



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ**



**ADLİ YARGIDAKİ “CERRAHİ MÜDAHALELERDE TIBBİ
UYGULAMA HATALARI” KONULU DAVALARIN SAĞLIK
HUKUKU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Ahmet Oğuzhan KARACA

**DİSİPLİNLERARASI ADLİ BİLİMLER ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

Danışman

Prof. Dr. Gürol CANTÜRK

ANKARA

2025

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

ADLİ YARGIDAKİ “CERRAHİ MÜDAHALELERDE TIBBİ
UYGULAMA HATALARI” KONULU DAVALARIN SAĞLIK
HUKUKU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ahmet Oğuzhan KARACA

DİSİPLİNLERARASI ADLİ BİLİMLER ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman
Prof. Dr. Gürol CANTÜRK

ANKARA
2025

ETİK BEYAN

Ankara Üniversitesi

Sağlık Bilimleri Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Yüksek Lisans/Doktora tezi olarak hazırlayıp sunduğum “Adli Yargıdaki “Cerrahi Müdahalelerde Tıbbi Uygulama Hataları” Konulu Davaların Sağlık Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi” başlıklı tez; bilimsel ahlak ve değerlere uygun olarak tarafımdan yazılmıştır. Tezimin fikir/hipotezi tümüyle tez danışmanım ve bana aittir. Tezde yer alan deneysel çalışma/araştırma tarafımdan yapılmış olup, tüm cümleler, yorumlar bana aittir.

Öğrencinin Adı Soyadı: Ahmet Oğuzhan KARACA

Tarih: 02.01.2025

İmza

KABUL VE ONAY

Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü
Disiplinlerarası Adli Bilimler Anabilim Dalında
Ahmet Oğuzhan KARACA tarafından hazırlanan
“Adli Yargıdaki “Cerrahi Müdahalelerde Tıbbi Uygulama Hataları” Konulu Davaların
Sağlık Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi” adlı
tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak OY BİRLİĞİ ile
kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi:07.02.2025

Prof. Dr. Gürol CANTÜRK
Ankara Üniversitesi
Jüri Başkanı

Doç.Dr. Selim Özden MERHACI
Ankara Üniversitesi
Üye

Prof. Dr. Abdulgaffar VURAL
Sağlık Bilimleri Üniversitesi
Üye

Tez hakkında alınan jüri kararı, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Yönetim Kurulu tarafından onaylanmıştır.

Prof. Dr. Fügen AKTAN
Sağlık Bilimleri Enstitüsü Müdürü

ÖZET

Adli Yargıdaki “Cerrahi Müdahalelerde Tıbbi Uygulama Hataları” Konulu Davaların Sağlık Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi

Tıbbi müdahale belli sınırlar içerisinde vücut dokunulmazlığının istisnasını oluşturur. Bu sınırlar aydınlatılmış onam ve endikasyon şartlarıdır. Hastanın sağlığını iyileştirmek amacıyla yönelik olarak tıbben yetkili bir kişinin müdahaleyi gerçekleştirmesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmüştür. Buna ek olarak hastanın kendisine yapılacak müdahalenin olası sonuçları hakkında bilgilendirildikten sonra alınmış rızası hukuka uygunluğun tamamlayıcı unsurunu oluşturacaktır. Yukarıda sayılan iki şarttan birinin gerçekleşmemesi halinde ise vücut dokunulmazlığı ihlal edilmiş olacak ve malpraktis oluşacaktır. Malpraktis, hekimin bilgisizlik, deneyimsizlik ve özensizlik sebebiyle yaptığı tıbbi uygulama hatasıdır. Komplikasyon ise izin verilen risk kapsamındaki öngörülemeyen veya öngörülsede dahi önlenemeyen sonuçlardır. Malpraktis, hekimin sorumluluğunu vücut verecek iken komplikasyon sonucu hekimin sorumluluğundan söz edilemez. Çalışmamızın birinci bölümü yukarıda kısaca bahsedilen tanımların açıklanmasından ibarettir.

Hekimin tıbbi uygulama hatası yapmasının bazı sonuçları vardır. Bunlardan birisi de tazminat sorumluluğudur. Tazminat sorumluluğu kusurlu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır. Tazminat sorumluluğunun nedenlerinden olan sözleşmesel sorumluluk, uygulamada en sık karşılaşılan olup doktrinde hasta hekim ilişkisinin hangi sözleşme türüne girdiği tartışmalıdır. Ancak farklı durumlar dışında genel olarak hasta hekim ilişkisinin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu düşünülmektedir. Gerek sözleşmesel gerek haksız fiil sorumluluğuna gidildiğinde talep edilebilecek tazminatlar maddi ve manevi tazminat olarak ikiye ayrılır. Bu tazminat türlerinin tazminat kalemleri, bunları kimlerin isteyebileceği ve bununla beraber yukarıdaki tüm bu hususların ayrıntıları da çalışmamızın ikinci bölümünü oluşturmaktadır.

Hekimin hatalı cerrahi müdahaleden sorumluluğu yalnızca tazminat sorumluluğu da değildir. Hekimin ayrıca cezai sorumluluğu vardır. Hekimin hatalı tıbbi uygulama türleri teşhis, tedavi kusuru vb. olarak sayılabilir. Hekimin malpraktisle sonuçlanan cerrahi müdahalesi nedeniyle açıkça kastı tespit edilememişse genellikle taksirle adam öldürme ve yaralama suçlarından yargılanacağı bilinmektedir. Bunun dışında görevi kötüye kullanma suçundan da yargılanıp cezalandırıldıkları Yargıtay kararlarınca sabittir. Çalışmamızın üçüncü kısmında ise tüm bu hususların yanı sıra bilirkişi raporları ve robotik cerrahi gibi başka konular da yer almaktadır.

Çalışmamızın son ve büyük kısmını ise Yargıtay tarafından karara bağlanmış olan hem hukuk hem de ceza davaları oluşturmaktadır. Bu kararların cerrahi müdahalelerde tıbbi uygulama hataları konusuna uygun olarak seçildiğini de belirtmek isteriz. Faydalı bir kaynak olması dileğiyle.

Anahtar Sözcükler: Tıbbi müdahale, cerrahi, malpraktis, komplikasyon, sorumluluk, tazminat.

SUMMARY

Evaluation of Cases of "Medical Practice Errors in Surgical Interventions" in Judicial Jurisdiction From the Perspective of Health Law

Medical intervention constitutes an exception to bodily integrity within certain limits. These limits are clarified through informed consent and indication requirements. The performance of an intervention by a medically qualified person with the aim of improving the patient's health has been regarded as a legal justification. In addition, the patient's informed consent after being informed about the possible consequences of the intervention will constitute the complementary element of legality. If one of the two conditions mentioned above is not fulfilled, bodily integrity will be violated, and malpractice will occur. Malpractice is a medical practice error caused by the physician's ignorance, inexperience, and negligence. Complications are unforeseeable or unavoidable consequences within the accepted risks. While malpractice attributes responsibility to the physician, complications do not hold the physician responsible. The first part of our study consists of explaining the definitions briefly mentioned above.

A doctor's medical malpractice can have various consequences, one of which is liability for damages. Liability for damages is divided into two categories: faulty and faultless liability. Contractual liability, which is one of the reasons for compensation liability, is the most frequently encountered in practice, and it is debatable in the doctrine which type of contract the patient-physician relationship falls into. However, in general, it is believed that the patient-doctor relationship is subject to the provisions of a mandate contract. When it comes to both contractual and tortious liability, the compensation that can be demanded are divided into material and moral compensations. The details of all these aspects, including the types of compensation, who can request them, and more, constitute the second part of our study.

A doctor's liability for faulty surgical intervention is not only limited to liability for damages but also includes criminal liability. The types of a doctor's faulty medical practices can include diagnostic and treatment errors, among others. If the doctor's clearly intentional malpractice in surgical intervention cannot be proven, they are usually prosecuted for manslaughter and injury through negligence. Additionally, it is established by decisions of the Court of Cassation that they can also be prosecuted and punished for abusing their position. Our third part also includes topics such as expert reports and robotics surgery in addition to all these aspects.

The larger part of our study consists of both legal and criminal cases settled by the Court of Cassation. It should be noted that these decisions were selected in accordance with medical malpractice in surgical interventions. We hope that it will be a useful resource...

Keywords: Medical intervention, surgery, malpractice, complications, liability, compensation.

ÖNSÖZ

Bu tezi yazarken başta cerrahi müdahaleler ve malpraktis davalarıyla ilgili olarak, bu davaların tüm tarafları için güncel bir kaynak olması amacındaydım. Bunu yaparken literatür bilgisinin yanı sıra güncel Yargıtay kararlarından yararlanarak bir derleme yaptım. Kararları tartışarak nihai hükümlerde göze çarpan bazı hususları literatür bilgisiyle yorumlamaya gayret ettim. Bununla yeni kararlar vericek olanlara da dikkate değer bazı değerlendirmeler sunma amacındaydım.

Bana her konuda destek olan ailem başta olmak üzere çalışmamda emeği geçen Prof. Dr.Gürol CANTÜRK hocama ve mesai arkadaşlarına, çalışmamda bana ilham veren meslek büyüklerime ve kaynak olarak yararlandığım eser sahiplerine teşekkürlerimi bildiriyorum.

Niyet ettiğim gibi ülkeme bu konuda faydalı olması umuduyla...

İÇİNDEKİLER

Etik Beyan	ii
Kabul ve Onay	iii
Özet	iv
Summary	v
İçindekiler	vii
Şekiller	x
Çizelgeler	xi
1. GİRİŞ	1
1.1. Kavramlar ve Tanımlar	3
1.1.1. Genel Olarak	3
1.1.2. Tıbbi Müdahale	4
1.1.3. Tıbbi Malpraktis (Tıbbi Uygulama Hatası)	4
1.1.4. Komplikasyon	5
1.1.5. Komplikasyon Malpraktis Ayrımı	5
1.1.6. Aydınlatılmış Onam	8
1.2. Hekimin Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu	11
1.2.1. Genel Olarak	11
1.2.2. Hekimin Sorumluluğunun Türleri	11
1.2.2.1. Kusurlu Sorumluluk	11
1.2.2.2. Kusursuz Sorumluluk	12
1.2.3. Hekimin Sorumluluğunun Hukuki Nitelendirilmesi	12
1.2.3.1. CIC Sorumluluğu	12
1.2.3.2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk	13
1.2.3.2.1. Hizmet Sözleşmesi	13
1.2.3.2.2. Eser Sözleşmesi	13
1.2.3.2.3. Vekalet Sözleşmesi	14
1.2.3.2.4. SuiGeneris Sözleşme	16
1.2.3.3. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk	16
1.2.3.4. Vekaletsiz İş Görme	17
1.2.4. Hastanede Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Nitelendirilmesi	17
1.2.4.1. Özel Hastanede Çalışan Hekim- Hasta İlişkisinin Hukuki Nitelendirilmesi	17
1.2.4.2. Kamu Hastanelerinde Çalışan Hekim- Hasta İlişkisinin Hukuki Nitelendirilmesi	20
1.2.4.3. Aile Hekimliklerinde Çalışan Hekim- Hasta İlişkisinin Hukuki Nitelendirilmesi	20
1.2.5. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Koşulları	21
1.2.5.1. Bir Sözleşmenin Varlığı	21
1.2.5.2. Sözleşmenin İhlal Edilmesi	22
1.2.5.2.1. Teşhis Koyma	22
1.2.5.2.2. Aydınlatılmış Onam	23
1.2.5.2.3. Hastayı Tedavi Etme	26

1.2.5.2.4. Sadakat ve Özen	26
1.2.5.2.5. Tıbbi Müdahalede Yapılan İşlemleri Kayda Geçirme ve Sır Saklama Sorumluluğu	27
1.2.5.3. Zarar	28
1.2.5.4. Kusur	29
1.2.5.5. İlliyet Bağı	30
1.2.6. Hekimin Sözleşmesel ve Sözleşme Dışı Sorumluluğunun Karşılaştırılması	30
1.2.7. Hatalı Tıbbi Uygulama Nedeniyle Hekime Karşı Açılabilecek Tazminat Davaları	32
1.2.7.1. Maddi Tazminat	33
1.2.7.1.1. Bedensel Zarar	33
1.2.7.1.1.1. Tedavi Giderleri	34
1.2.7.1.1.2. Kazanç Kaybı, İş Gücünün Azalmasından ya da Kaybedilmesinden Doğan Zararlar	34
1.2.7.1.1.3. Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Zararlar	35
1.2.7.1.2. Ölüm	35
1.2.7.2. Manevi Tazminat	37
1.2.7.2.1. Hastanın Ölümü Halinde Manevi Tazminat	37
1.2.7.2.2. Hastanın Cismani Zarara Uğraması Halinde Manevi Tazminat	38
1.2.7.2.3. Cenin İçin Manevi Tazminat	38
1.2.7.2.4. Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Esas Alınan Ölçütler	39
1.3. Cerrahi Müdahale Olgularında Tıbbi Uygulama Hatalarından Cezai Sorumluluk	40
1.3.1. Genel Olarak	40
1.3.2. Hekimin Malpraktis Olarak Nitelendirilen Müdahaleleri	40
1.3.2.1. Hekimin Tanı, Teşhis Kusuru	40
1.3.2.2. Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünde Kusuru	41
1.3.2.3. Hekimin Tedavi Kusuru	41
1.3.2.4. Hekimin Tedavi İçin Araç ve Yöntem Seçiminde Kusuru	42
1.3.2.5. Hekimin Tıp Kurallarının Uygulanmasında Kusuru	42
1.3.2.6. Hekimin Hal ve Şartların Gerektirdiği Özeni Göstermesinde Kusuru	42
1.3.2.7. Hekimin Hastayı Takip ve Kontrolünde Kusuru	43
1.3.2.8. Hekimin Beceri ve Organizasyon Kusuru	43
1.3.2.9. Hekimin Acil Durumlardaki Müdahalelerinde Kusuru	43
1.3.3. Taksirle Öldürme ve Yaralama Suçları	44
1.3.3.1. Genel Olarak	44
1.3.3.2. Suçla Korunan Hukuki Değer	45
1.3.3.3. Suçun Faili ve Mağduru	46
1.3.3.4. Suçun Maddi Unsuru	46
1.3.3.5. Suçun Manevi Unsuru	47
1.3.3.6. Hukuka Aykırılık Unsuru	48
1.3.3.7. Suçun Nitelikli Halleri	49
1.3.3.8. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	50
1.3.3.9. Soruşturma ve Kovuşturma	51
1.3.3.10. Bilirkişi Raporları	53
1.3.3.11. Yaptırım	54
1.3.3.12. Zamanaşımı	55

1.3.4.Görevi Kötüye Kullanma Suçu	55
1.3.4.1. Maddi Unsur	56
1.3.4.1.1. Kamu Görevlisinin Görevine Giren Bir İşin Bulunması	56
1.3.4.1.2. Kamu Görevlisinin Görevi Gereği Yapmakla Yükümlü Olduğu İşin İhmal Etmesi veya Geciktirmesi	56
1.3.4.1.3. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerin İhmal Etmesi veya Geciktirmesinin Bir Kamu Zararı ya da Kişiler Yönünden Mağduriyet yahut Haksız Kazanç Doğurması	57
1.3.4.2. Suçun Tamamlanma Anı	58
1.3.4.3. Manevi Unsur	58
1.3.5. Robotik Cerrahiden Sorumluluk	58
1.4. Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerden Cezai Sorumluluk	64
1.4.1. Özet	64
1.4.2. Genel Olarak	64
1.4.3. Ekip Halinde Yürütülen Faaliyet ve Güven İlkesi	68
1.4.4. Güven İlkesinin Sınırları	70
1.4.4.1. İş Paylaşımı ve Sorumluluk	70
1.4.4.1.1. İş Bölümü	71
1.4.4.1.2. Sorumluluk	73
1.4.4.2. Tıp Ceza Hukuku'nda Hekimin Güven İlkesi Kapsamında Sorumluluk Alanının Belirlenmesi	74
1.4.5. Türk Hukuku Uygulaması ve Güven İlkesi Açısından Tck M.22/5'in Yorumu	77
2. GEREÇ VE YÖNTEM	80
3. BULGULAR	81
3.1. Yargıtay Kararları	81
3.1.1. Hukuk Genel Kurulu ve Hukuk Daireleri Kararları	81
4. TARTIŞMA	253
5. SONUÇ VE ÖNERİLER	273
KAYNAKLAR	275
ÖZGEÇMİŞ	278

ŞEKİLLER

Şekil 4.1. Yıllara göre hukuk ve ceza kararlarının dağılımı	272
Şekil 4.2. Kararların sonuçlarına göre sınıflandırılması	272



ÇİZELGELER

Çizelge 4.1. Kararların özelliklerine sınıflandırılması

269



1. GİRİŞ

Ülkemizde tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan davaların sayısı her geçen gün daha da artmaktadır. Bu durumun sebebi olarak hastaların bilinçlenmesi, bu davaların medyada gündem olması ve bazı avukatların bu alanı kazanç sağlamak amacıyla seçmeleri gösterilmektedir. Tüm bu olguların yanı sıra ülkemizdeki doktor göçünün hızlanmış olması ile başarılı yeni mezunların estetik cerrahi dışındaki cerrahi branşları tercih etmiyor oluşunun malpraktis davalarının artışıdaki etkisi ise başka bir araştırmanın konusunu oluşturmaktadır. Tüm bu sebeplerin neticesi olarak bu alanda güncel araştırmalara ve kaynaklara ihtiyaç olduğu düşüncesiyle bu çalışmayı yapmaya karar vermiş bulunmaktayız.

Tıbbi müdahale, tıp alanında yetkili bir kimsenin teşhis ve tedavi amacıyla doğrudan ya da dolaylı bir şekilde hastanın vücut bütünlüğüne yönelmiş faaliyetler bütünüdür. Bu haliyle tıbbi müdahale hastanın aydınlatılmış rızası ve endikasyon yani tıbben gereklilik olması koşuluyla meşrudur. Aksi takdirde hastaya yönelik her davranış Anayasa ve evrensel insan hakları normlarınca korunmuş olan “vücut dokunulmazlığının ihlali”ni vücut vermiş olacaktır. Bu durum cezai müeyyideye tabi olmasının yanı sıra tazminat sorumluluğuna da konu olmaktadır. Taraflar arasında sözleşme olması halinde sözleşmenin ihlali ve sözleşme olmasa dahi haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Her iki durumda da zarar, kusur, illiyet bağı gibi koşulların da oluşması gerektiği izahtan varestedir.

Tıbbi malpraktis, diğer adıyla tıbbi uygulama hatası, “*Tıbbi yanlış uygulama; doktorun tedavisi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” olarak tanımlanmaktadır. Hekimin tedavi verirken mevcut uygulamalar arasında en çok tercih edilen uygulamayı seçmesinin zorunlu olmadığı Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir. Hekim, mevcut uygulamalar arasında bir seçim yapabilir, ancak bunun sebebini açıklayabiliyor olması vetedavinin öngörülen şekilde gerçekleşmesi için gerekli bilgi, dikkat ve özene sahip olması gerekmektedir. Hekimin beceri eksikliğinin olması durumunda ise kendisinin eğitim durumu gibi subjektif niteliklerine bakılmayacak ve objektif sorumluluk ölçütü esas alınacaktır. Yine hastanenin yoğunluğu sebebiyle tedavi verememe gibi durumlar hekim için bir mazaretolamayacaktır. Bunların dışında izin verilen risk alanında görülen komplikasyon ise tıpca öngörülemeyen veya öngörülse dahi önlenemeyen standart dışı sonuçlardır. Tıbbi müdahale sırasında hastada bir

komplkasyon oluşması durumunda hekim, komplkasyon yönetimini doğru yapması koşuluyla ortaya çıkacak zarardan sorumlu olmayacaktır.

Cerrahi müdahaleler, tıbbi uygulamaların belki de zorluk derecesi en yüksek olanlarıdır. Bu tür müdahalelerde yapılacak bir uygulama hatası hastanın ölümüne ya da geri kalan hayatında yaşam kalitesinin düşmesine yol açabilecektir. Bu sebeple müdahale yapılacak yerden gerekli ekipmana, seçilecek yardımcı kişilere kadar her konu en ince ayrıntısına kadar dikkat edilerek özenle seçilmelidir. Bu noktada en büyük yetki ve sorumluluk ise operasyonu yapacak hekime aittir. Tüm bu koşullar yerine getirilse ve alanınca yetkin bir hekim tüm dikkat ve zenini sarf etse bile istenmeyen sonuçlar doğabilir. Bu sebeple hastanın tüm bu riskler ve olası sonuçlar hakkında bilgilendirilmesine yani aydınlatılmış onamının alınmasına ihtiyaç vardır.

1.1. Kavramlar ve Tanımlar

1.1.1. Genel Olarak

Hekim, mesleğini icra ederken, kişilerin vücut dokunulmazlığına/beden bütünlüğüne ve sağlığına yönelik birtakım müdahalelerde bulunmaktadır. Bu müdahaleleri yaparken amaçladığı vücut dokunulmazlığına ilişkin hukukça korunan değere zarar vermek ya da hastanın beden bütünlüğünü tehlikeye sokmak değil, tam aksine bu değeri korumak, daha da iyileştirmektir. Tıbbi faaliyetlerin temelini oluşturan bu amaç, yasalar tarafından belirlenen koşulların varlığı halinde hekimin sorumsuzluğunu sonuçlamaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki, bu sorumsuzluk sınırsız değildir. Yapılan kasti bir hareket ya da tıbbi uygulama hatası sonucu ortaya çıkacak netice, hekimin sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır. “Sorumluluk medeni hukuk açısından tazminata mahkûm olma şeklinde belirirken, ceza hukuku açısından da işlenmiş bulunan fiilin yasal karşılığı olan cezaya mahkûm edilme biçiminde gerçekleşmektedir.”(Çakmut, s. 273, 274)

Tıbb uygulama hatalarının insan ve sistem hatası olmak üzere iki temel bileşeni olup, sistem hataları insanlardan kaynaklanan hatalara göre daha büyük oranda sorun teşkil etmektedir.(Güngör,2012)

Amerika Birleşik Devletleri’nde yapılan araştırmalar sonucu ortaya çıkan istatistiklere göre tıbbi hatalara bağlı ölümler, kanserden ve kalp krizinden kaynaklanan ölümlerden sonra üçüncü sırada yer almaktadır. Bir çalışmada şikayetlerin çoğunlukla cerrahi branşlarda çalışan hekimler için yapıldığı saptanmıştır. “Bu durumun nedeni olarak; cerrahi bölümlere başvuran hastaların göreceli olarak daha ciddi hastalıklara sahip olması, hastaların cerrahi tedavi sonrası sağlıklarına kavuşma beklentilerinin daha yüksek olması ve cerrahi tedavi sürecinin diğer tedavi yollarına göre daha riskli olması belirtilmektedir.” (Aktürk, s.19-25)

Tıbbi uygulama hatalarının olduğu iddia edilen girişimlerin klinik branşlara göre dağılımı incelendiğinde 10 olguyla (%31) en fazla genel cerrahi alanıyla ilgili kararların alındığı görüldü. Çalışmada araştırılan olgularda, uzman hekimler 29 kararda sorumlu tutulurken sadece bir olguda uzman hekim ve sağlık personeli(anestezi teknikeri) birlikte kusurlu bulundu.(Can,2011, s. 69-76)

Uzman hekim adaylarının tercihlerinde defansif tıp uygulamalarının da etkisi olduğu görülmektedir. “En yüksek riskli grup olarak adlandırılan ortopedi ve travmatolojinin de içinde bulunduğu uzmanlık dallarının taban puanlarının incelendiği bir çalışmada puanların son beş yılda anlamlı derecede düştüğü tespit edilmiştir.”(Dırvar, 2020, s.263-270)

1.1.2.Tıbbi Müdahale

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne tedavi amacıyla doğrudan ya da dolaylı müdahale olarak tanımlanabilir. Bir diğer deyişle tıbbi müdahale, hekimin tedavi amacına yönelik faaliyetleridir. Buna, bir hastalığı, anormal olarak tanımlanan bir durumu ya da bedensel veya ruhsal bir eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak ya da olumsuz etkilerini minimum seviyeye çekmek için yapılan her türlü davranış dahildir. Tıbbi müdahalenin kapsamı en basit bir teşhisten yahut girişimsel müdahaleden en hayati ve komplike cerrahi operasyonlara kadar uzanır. Tıbbi müdahale konu olarak yalnızca insan bedeniyle sınırlı değildir. Onun bir uzantısı olarak insan psikolojisi de tıbbi müdahaleye konu olabilir. Nitekim bu alanda düzenlenen mevzuatta vurgulanmaktadır ki amaçlanan “kişinin beden ve ruh sağlığı olarak tam bir iyilik hali”dir. Tıbbi müdahalenin tıp mesleğini icraya memur kişiler tarafından tıp biliminin kabul görmüş standartlara uygun olarak dikkatli ve özenli bir şekilde yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde aşağıda açıklanacağı üzere malpraktis kavramı gündeme gelecektir.

1.1.3.Tıbbi Malpraktis(Tıbbi Uygulama Hatası)

“Malpraktis kelimesi, Latince’de mala-praxis kelimesinden türemiş olup, makul olmayan beceri veya özen eksikliğinin olduğu mesleki hatalar için kullanılır.”(Güngör,2012)

The Joint Commision on Accreditation of Healthcare Organizations (JCAHO) ise; tıbbi malpraktisi, “Sağlık hizmeti sunan bir profesyonelin uygun ve etik olmayan bir davranışta bulunması, mesleki uygulamalarda yetersiz ve ihmalkâr davranması sonucu hastanın zarar görmesi” şeklinde tanımlamaktadır.

“Türk Tabipler Birliği Etik İlkeleri”nin 13. Maddesinde malpraktis (hekimliğin kötü uygulaması); “Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi” olarak tanımlanmıştır.

Kök nedenlerine göre malpraktis; işleme bağlı hatalar (yanlış işlem yapmak), ihmale bağlı hatalar (doğru işlemi zamanında yapmamak) ve uygulamaya bağlı hatalar (doğru işlemi yanlış tatbik etmek) olarak üç grupta toplanabilir.

1.1.4. Komplikasyon

Komplikasyon (İzin Verilen Risk); Bütün hekimlik uygulamaları hastalar yönünden belirli bir risk unsuru taşımaktadır. Bu riskler, hekimlik uygulamalarının doğası gereği olup büyük kısmı hekim tarafından gerekli dikkat ve özen sarfedilmişse bile kaçınılmaz olabilmektedir. Bu noktada izin verilen risk çerçevesinde kaldıkları müddetçe riskler, komplikasyon (istenmeyen durum) olarak tanımlanmaktadır. Yapılan müdahale sonucu komplikasyon oluştuğunda tıbbi uygulama hatasından ve hekimin kusurundan ve dolayısıyla hekimin ve idarenin sorumluluğundan söz edilemez. (Güngör,2012)

Komplikasyonun izin verilen risk olarak görülebilmesi için yönetimi de çok önemlidir. Zamanında fark edilmeyen veya fark edilmesine karşın gerekli önlemler alınmamış olan ya da fark edilip önlem alınmasına karşın yerleşmiş standart tıbbi girişimle müdahale edilmeyen durumlarda ise komplikasyon malpraktise dönüşür.

Hatalara yönelik yapılan analizler sonucunda bütün ülkelerde ortak olarak cerrahi girişimlere bağlı hataların ilk sırada yer aldığı saptanmıştır. Yine yapılan başka bir araştırmada ise maddi olarak tazmin edilmiş olguların çoğunluğunun cerrahi alanda meydana geldiği tespit edilmiştir. (Güngör,2012)

Cerrahi hatalar ve komplikasyonlar açısından her iki kapsama da giren ve en sık gözlenen olgular; cerrahi sırasında bir organ veya sinir yaralanması, vücut içinde istenmeyen nesne kalması, organ kaybıdır.

1.1.5. Komplikasyon Malpraktis Ayrımı

Tıpta uygulama hataları, İngilizce "*malpractice*" sözcüğünün Türkçe okunuşuyla "*malpraktis*", "*uygulama hatası*", "*hekimliğin kötü uygulanması*", "*tıbbi kötü uygulama*", "*tıpta yanlış uygulama*, *tıbbi hata*" gibi çeşitli kavramlarla isimlendirilmektedir. Türk Tabipler Birliğinin kabul ettiği 01.02.1999 tarihli "Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının" 13. maddesinde "*Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice)*" başlığı altında; "*Bilgisizlik*,

deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi" biçiminde tanımlanan tıbbi hata kavramı; Dünya Tabipler Birliğinin 44. Genel Kurulunun "Malpractice Bildirisi" olarak da bilinen sonuç bildirgesinde, "a) Tıbbi yanlış uygulama; doktorun tedavisi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar, b) Tıbbi uygulama sırasında öngörülemeyen bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan ise; istenmeyen sonuçtur ve bunda hekimin sorumluluğu yoktur" şeklinde tanımlanmıştır. Bu madde ile tıbbi yanlış uygulama ile tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen hekimin hatasından kaynaklanmayan durumların (komplikasyon) birbirinden ayrılması gerektiği vurgulanmıştır. (Özcan, s.289-315)

Komplikasyon, bir hastalığın başka bir hastalığa dönüşmesi, bir tıbbî rahatsızlık halinin başka bir tıbbî problem haline dönüşerek hastalığın bilinen venormal gelişimine eklenen ve onun gidişini ağırlaştıran yeni ve değişik durumlar olarak ifade edilmektedir. (Özcan, s.289-315)

Komplikasyon gelişen durumlarda hekimin ve sağlık personelinin gerekli özeni gösterip göstermediği araştırılır. Gösterilmesi gereken özenin ölçüsü, aynı şartlar altında, söz konusu olaya müdahalede bulunan hekimle eşdeğer statüde bulunan ortalama bir hekimin düşünüp göstermesi gereken özen düzeyindedir. Mesela, eğer hastaya müdahale eden bir pratisyen hekim ise, ondan beklenecek bilgi ve özen derecesi, bir uzman hekimin sahip olduğu bilgi, deneyim ve göstereceği özen ile eş tutulamaz ve karşılaştırılamaz. Ondan, kendisi ile eşdeğer sayılabilecek bir pratisyen hekimin aynı şartlar altında gösterebileceği özeni göstermesi beklenir. Yine, son derece ileri imkânlarla sahip gelişmiş cihazlarla çalışan modern bir hastanede çalışan bir hekimin, olanaksızlıklar içinde çalışan bir sağlık ocağı hekiminden daha fazla özen göstermesi beklenir. (Özcan, s.289-315)¹ Zararlı sonucun, hastanın ilk görünüşteki durumundan veya varlığı normal sayılan durumlara dayanılarak hekimin kusurlu davranışı neticesinde meydana geldiği hiçbir incelemeye gerek olmaksızın kesin olarak anlaşılan hallerde, hekimin ya da hastanenin kendi kusursuzluğunu ispatlaması gerekir.²

Riskin öngörülebilir veya önlenemez olmaması halinde tıbbi kusurdan söz edilemez. Yine, istenmeyen her olumsuz sonuç komplikasyon olarak nitelendirilmemelidir. Bu nedenle, "öngörme" temelinde şu durumların komplikasyon kapsamında değerlendirilmesi

¹Y. 13.HD. T. 23.05.2018 E. 2015/ 27853 K. 2018 / 6133==Y. 13. HD. T. 01.03.2016 E. 2015/ 3276 K. 2016 / 6289 ==Y. 13. HD. T. 05.11.2014 E. 2014 / 10131 K. 2014 / 34506

²Y. 13.HD. T.14.03.1983, E.1982/7237 K.1983/1783

gerektiği belirtilmiştir: "*Hiç öngörülemeyen durumlar*", "*öngörülen ve fakat önlem alınamayan (engellenemeyen) durumlar*", "*öngörülen ve fakat göze alınmış durumlar*", "*öngörülebilir ve önlemi alınmış durumlar*". (Birtek, 2015, s.72-73)

Tıbbi müdahale sırasında veya sonrasında gerçekleşen komplikasyonlar peşinen ve bütün olarak izin verilen risk kapsamında kabul edilemez. Bir kısım komplikasyonlar (komplikasyon meydana gelmeden ve/veya komplikasyon meydana geldikten sonra gerekli tıbbi müdahaleler yapılmış ise) izin verilen risk kapsamında iken; bir kısım komplikasyonlar (komplikasyon yönetimi ile bağlantılı olarak) izin verilen risk kapsamında olmayıp, hekim veya diğer sağlık personelinin ceza sorumluluğunu gerektirebilmektedir.

Kanaatimizce, ancak gerekli dikkat ve özen gösterilerek gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale neticesinde, olası zararlı (olumsuz) sonuçlardan öngörülebilir olanların öngörülmesi ve bunlara karşı tedbir alınması ve fakat buna rağmen olumsuz zararlı sonuçların engellenemediği durumlar "*izin verilen risk*" kapsamında kabul edilebilir. “Bu yönüyle, tıbbi müdahaleler açısından izin verilen risk, "*ceza hukuku yönünden sorumluluk doğurmayan komplikasyonları*" karşılamaktadır.” (Birtek,2015, s.75-76)

“TCK m.22/3” hükmünde "*öngörme*" şartının bulunması nedeniyle, sağlık personelinin sonucun öngörülebilir olduğu olgularda "*peşinen*" bilinçli taksirli hareket ettiği kabul edilemez. Yargıtay kararlarına bakıldığında, tıbbi müdahaleler bakımından hekim başta olmak üzere sağlık personelinin bilinçli taksirli olarak kabul edilebilmesi için "*öngörme*" unsuruna ek olarak bazı ölçütlerin geliştirildiği görülmektedir. Bu ölçütler; "*hekimin kendisine aşırı güveni*", "*mesleki cesareti*" ve "*tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılık bulunması*"dır.³” Hekimin ihtisas alanında olmayan bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi ya da gerçekleştirdiği tıbbi müdahale bakımından bir komplikasyonun gelişebileceğini öngörmesi ve fakat bu komplikasyona karşı (mesleki cesaretine ya da tecrübesine güvenerek) herhangi bir tedbir almaması durumunda -*tıbbi müdahale standarda uygun yapılmış olsa bile*- bu durumda izin verilen risk değil, tıbbi hata söz konusu olur ve failin bilinçli taksirli olarak hareket ettiği kabul edilmelidir.”(Ünver,s.166)

Birden çok kişinin birlikte faaliyetinin söz konusu olduğu durumlarda taksir sorunu, ötekinin doğru biçimde davranacağına güven ilkesine göre çözümlenecektir. Bu konularda genel taksire özgü öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütleri uygulanamaz, aksi takdirde

³Yar. 12. CD. 29.1.2014 tarih, E. 2013/18184 ve K. 2014/2055

hukuk düzeni kendisiyle çelişkiye düşecektir meğerki ekip arkadaşının kusuru açıkça öngörülebilir ve önlenabilir olmasın. Tıp hukukunda geçerli olan güven ilkesi birlikte hareket eden kişilerden birinin kusuru nedeniyle sorumluluğun kime ait olduğu sorununun çözmede yararlanılan bir ilkedir. Hiç şüphesiz bu ilke, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve objektif sorumluluk yasağının zorunlu bir sonucudur.(Ünver,2008, s.883) Ancak bu ilke, öngörülen neticeye kayıtsız kalınarak, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle zararlı neticenin meydana gelmesine neden olan hekim ya da sağlık personelinin cezasız kalmasını sağlayacak bir "*can simidi*" ve "*cezayı hafifleten mutlak bir sebep*" olarak kabul edilemez.⁴Bu ilke, hekime özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi için yardımcı olmaz.

1.1.6. Aydınlatılmış Onam

Aydınlatılmış onam ya da bilgilendirilmiş rıza (*informed consent*); "*riskleri, yararları ve alternatifleri ile alternatiflerin de risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin ya da uygulamanın hasta tarafından gönüllülikle kabulü*" olarak tanımlanabilir. (Şimşek,2014,s.3535-3556)

Aydınlatılmış onam, hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin, bu ilişkinin temelini oluşturan dürüstlük ilkesinin, bireyin kendi hakkında kararvermesine ilişkin özerklik ilkesinin korunmasında asıl rol oynamaktadır. (Ersoy,2010,s.1-8) "*Tıbbi müdahale ister istemez hastanın kişilik haklarına da bir müdahale anlamına gelmektedir.*"(Özcan,2007) Aydınlatılmış onam süreci; hastanın karar verme kapasitesinin değerlendirilmesi ile başlayıp, hastaya gerekli aydınlatmanın açık bir şekilde yapılması, bilginin anlaşılır kılınması ve hiçbir baskı, zorlama olmaksızın gönüllülikle tedaviyi onaması ya da reddetmesi imkanının verilmesi şeklinde sürdürülmelidir. (Ersoy,2010,s.1-8)

Ülkemizde aydınlatılmış onam, insan haklarına ilişkin Uluslararası Anlaşmaların yanı sıra, "1982 Anayasa"nın ilgili maddeleri ile teminat altına alınmış durumdadır. "1982 Anayasanın" 56. maddesinin yanı sıra 17. Maddesi ile: "*...Tıbbi zorunluluklar ve aynı kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan*

⁴Yar. 2. CD. 5.2.1996 tarih, E. 1996/268 ve K. 1996/1025.

bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” hükmü ile konunun ne kadar önemli ve hayati olduğunun altı çizilmiştir.

“Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun”un 70. maddesinin hastanın tıbbi müdahaleye rıza vermesine yönelik düzenlemesinden bunun zımnen hekimin aydınlatma yükümlülüğünü de düzenlediği sonucu çıkarılabilir.(Şenocak,1998)

“Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi”nin 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, hastanın psikolojisini etkilemeyeceğinden emin olunarak hastaya uygulanacak tedavi yöntemleri hakkında bilgi verilmelidir. (Özcan,2007)

“Hasta Hakları Yönetmeliği”nin 15. ve 31. maddelerinde de aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Kendi geleceğini belirleme hakkının bir gereği olarak hastaya hekim tarafından verilmesi gereken bilgilendirmenin kapsamı “HHY(m.15,m.31)”nde belirlenmiştir. Bunlar; hastaya, hastalığın muhtemel sebepleri ve ileride nasıl seyredeceği; tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi; diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bunların olası fayda ve riskleri; muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek olası fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri ile yan etkileri; sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri ile gerektiğinde aynı konuda tıbbî desteğe nasıl ulaşabileceğine yönelik bilgileri içermektedir. “Hastaya bilgi; mümkün olduğunca açık, anlaşılır, şüpheyeye yer verilmeden, sosyal, eğitim ve kültürel düzeyine uygun ve anlayabileceği biçimde verilir.”(Dinç,2018)

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün belli bir şekil şartı yoktur. Aydınlatmanın kişinin subjektif durumuna göre olması, hastayla karşılıklı iletişim kurulması, aydınlatmanın sağlıklı olması açısından önemlidir. Hastanın tıbbi müdahaleye yazılı rızası alındıktan sonra yapılacak sözlü bilgilendirmenin artık fazlaca bir önemi kalmayacaktır. “Aydınlatma zamanı her ne kadar önemli olsa da, zamanın belirlenmesi somut olayın niteliğine göre olacaktır, ancak acil durumlar dışında rızanın alınmasından önce yapılması gerekmektedir.”(Ozanoğlu,2013)

“Hasta Hakları Yönetmeliğinin” 28. Maddesinin ikinci fıkrasına göre aydınlatılmış olsa bile hastanın rızası konusunda bir şart koşulmuştur: *“Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz.”*

Nitekim “Hasta Hakları Yönetmeliğinde” 08.05.2014 tarihinde yapılan değişiklikle md. 28 de rızanın geçerliliğinin şekle bağlı olmadığı belirtilmiş olsa da, md. 26 da “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.” hükmü ile aydınlatmanın ispat şekli konusu düzenlenmiştir. İspat meselesinde dikkat edilecek temel nokta “ilk görünüş ispatı” ve “hayatın olağan akışı” kavramlarıdır.“1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatının İcrasına Dair Kanunun” 70. maddesinde, “*Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.*” denilmiştir. Yine aynı maddeye göre rızanın tıbbi müdahale öncesinde alınması gerektiği düzenlenmiştir.

“Hasta Hakları Yönetmeliğinin” 24.maddesine göre “Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır... 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... Hastanın rızasının alınamadığı 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...”.

1.2. Hekimin Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu

1.2.1.Genel Olarak

Hekim, hatalı uygulaması neticesinde ceza davasıyla karşı karşıya kalmasının yanı sıra hukuki sorumluluğunun bir sonucu olarak kendisine tazminat davası da açılabilmektedir. Özel hukukta her kusur haksız fiil olarak değerlendirilir ve hekim, kusurlu olduğu tespit edildiğinde ortaya çıkan zararı tazminle yükümlüdür. Hekimin hatası, ihmali veya kastı ile hastaya müdahalesi meşruiyetini kaybedecek, bundan dolayı oluşan zarara karşılık hekimin ceza hukuku yönünden şahsi, hukuki açıdan tazminat sorumluluğu doğacaktır. Tazminat davasının açılması ve zararı ispat külfeti ise “TBK” m. 41. ve 42. Uyarınca zarar gören hasta veya yakınına düşer. Ancak hekimlerin “yüksek özen borcu” nedeniyle “en hafif kusur”larından dahi “tam sorumlu”lukları vardır. Bu nedenledir ki, tazminata hükmedilirken kusur oranları değerlendirilmez ve tazminattan indirim, yalnızca hasta da kusurlu bir harekette bulunmuşsa söz konusu olabilir. (Cengiz, 2019, s. 107-131) Yargıtay kararları da bu yöndedir.

1.2.2.Hekimin Sorumluluğunun Türleri

1.2.2.1. Kusurlu Sorumluluk

Bir hekimin, hastaya zarar veren bir faaliyeti tıp bilimi, ahlak ve hukuk düzeni tarafından kınanabilir ise, yani kusurluysa, buna göre hekim hastaya verdiği zarardan sorumludur.(Savaş, 2011,s.157-179)

Bu sorumluluğa göre, hekim, tedaviyi sürdürürken mesleğinin gereklerini eksiksiz bir biçimde yerine getirmek, tıp biliminin sağladığı olanaklardan olabildiğince faydalanmak, yanlış tanı ve bundan kaynaklanan tedaviden kaçınmak, hastanın bakım ve gözetimini eksiksiz bir biçimde yerine getirmek ve “yüksek özen” göstermek zorundadır. “Buna sözleşme içi, kusura dayalı yüksek özen sorumluluğu ya da ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu diyebiliriz.” (Cengiz, 2019, s. 107-131)

1.2.2.2. Kusursuz Sorumluluk

Her ne kadar hekimin kusurlu sorumluluğu esas olsa da bazı durumlar bunun istisnasını oluşturup hekim kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmaktadır. Hekimin “BK” m. 55, “BK” m. 100’e göre çalışanının veya yardımcısının fiillerinden sorumluluğu ile “BK” m. 58’ e göre hekimin kullandığı tıbbi malzeme sebebiyle ortaya çıkan hasta zararlarından sorumluluğu bu sorumluluk türüne örnek teşkil etmektedir. (Savaş, 2011, s.157-179)

Hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi mevcutken hekim tedavi yükümlülüğünü yerine getirdiği sırada yardımcı kişi kullanmışsa, bunların kusurlu eylemlerinden ötürü “TBK m.116”ya göre sorumlu olur. Buna da sözleşme içi “kusursuz sorumluluk” denir. (Cengiz, 2019, s. 107-131)

Ancak zarar veren fiil ile borç ilişkisi arasında uzak veya yakın bir görevsel bağ mevcut değilse ve borcun yerine getirilmesinin sağladığı bir kolaylıktan yararlanılmıyorsa, borçlunun sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. (Yördem,2019)

1.2.3. Hekimin Sorumluluğunun Hukuki Nitelendirilmesi

Hekimlerle hastalar arasında hukuki bir ilişki vardır. Bu hukuki ilişkinin türünün belirlenmesi hekimin hatası veya ihmali sonucu meydana gelen zararın tazmini için önem arz etmektedir. Sorumluluk ilişkinin türüne göre hekim hastane arasında dağılacaktır. Herhangi bir yere bağlı olmadan faaliyet yürüten hekim ile hasta ilişkisinin hukuki niteliği 3 farklı şekilde olabilir. Bunlar; vekaletsiz iş görme, sözleşme ilişkisi ve haksız fiilden doğan ilişkidir. Olayın meydana geliş şekli ve zamanına bağlı olarak culpa in contrahendo (sözleşme öncesi sorumluluk) sorumluluğu da gündeme gelebilir.

1.2.3.1. CIC Sorumluluğu

Somut olayın özelliklerine göre, hekimin “culpa in contrahendo” (sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumluluk) esasına dayalı sorumluluğundan da bahsedilebilir. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin kurulmasından önceki safhada da hekimin vermiş olduğu zararlardan dürüstlük kuralı gereğince sorumluluğu söz konusu olabilir. (Yördem,2019)

Örneğin, başka bir yerde ikamet eden hastanın yolculuk etmemesi veya belli önlemler alınarak yolculuk etmesi gerekirken hekimin bu konuda uyarıda bulunmaması sonucunda hastanın zarar görmesi veya ölmesi hekimin sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluğuna sebebiyet verecektir.

1.2.3.2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Hekim ile hasta arasında genel bir tabirle hekimlik sözleşmesi adı verilen bir sözleşme kurulmaktadır. Bu sözleşmenin Borçlar Kanunu'nda tam olarak bir karşılığı bulunmamaktadır. Ancak doktrinde tartışılmakla beraber belli durumlarda geçerli olmak üzere dört farklı sözleşme türünden söz edilebilir: hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, vekalet sözleşmesi ve suigeneris sözleşme.

1.2.3.2.1. Hizmet Sözleşmesi

Hizmet sözleşmesi işçinin belli bir süre işçinin emri altında bir işi görmesi, işverenin ise buna mukabil bir ücret ödemesi borcunu üstlendiği sözleşme türüdür. Hizmet sözleşmesinde işçi gereken özeni gösterdiği takdirde sonuç gerçekleşmese bile ücrete hak kazanacaktır. Hizmet sözleşmesinde esas olan bağımlılık unsurudur. Ancak “Tıbbi Deontoloji Tüzüğü” m. 6’ ya göre hekim, işini yürütürken hiç kimsenin tesiri ve baskısı altında kalmadan vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket etmelidir. Bu durum hekimlik sözleşmesinin bağımlılık unsurunu barındırmaması nedeniyle hizmet sözleşmesinin bir türü olmadığını göstermektedir. Hekimlik sözleşmesinin belirsiz süreli olması onu süre unsuru da bulunan hizmet sözleşmesinden ayıran bir diğer özelliktir. Literatürde de hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olmadığı noktasında görüş birliği bulunmaktadır. İsviçre Hukukunda ise hâkim görüş, her ne kadar hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesinin bir türü olmadığı ise de bu hukuk sisteminde sadece “aile hekimliği” sözleşmesine hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.

1.2.3.2.2. Eser Sözleşmesi

Eser sözleşmesi, borçlunun bir eser meydana getirmeyi, alacaklının ise buna mukabil bir ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme türüdür. Eser sözleşmesinde esas unsurlar eser ve ücrettir. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme, birçok yönü ile eser sözleşmesine, diğer bir adıyla “istisna akdine” benzetilmektedir. “BK.” m. 355’ e göre “*İstisna bir akittir ki onunla*

bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.”. Hüküm irdelendiğinde hekim hasta ilişkisini tam olarak karşılamadığı görülecektir. İstisna akdinde bahsedilen “eser” kavramı, malzeme ile ilgili maddi yapıları ifade etmektedir ve bu husus yerleşik Yargıtay içtihatlarında da kabul edilmektedir. Oysa ki, hekimlik sözleşmesinin muhteviyatındaki teşhis, tanı ve tedavi kavramlarının ve dahası bu kavramların vücut bulduğu hastanın maddeleştirilmesine imkan yoktur. (Savaş, 2011, s.157-179)

Bundan başka, istisna akdinde borçlu, bir ücret karşılığında istenilen ve tarif edilen şekilde bir eser meydana getireceğini iş sahibine taahhüt etmektedir. Çoğu zaman imal edilecek eser bir numune üzerinde görüşülerek kararlaştırılmaktadır. Oysa ki, hekimin hastayı kesin olarak iyileştireceğine yönelik taahhüdü, geçerli ve hayatın olağan akışına uygun bir taahhüt değildir.

Hekimlik sözleşmesi belli durumlarda eser sözleşmesi olarak yorumlanmaktadır. Bunlar diş hekimliğinin ile plastik cerrahinin alanına giren bazı işlerdir. Hekimin yaptığı eser tıp biliminin öngördüğü şekilde yapılmışsa ve tedavi kaygısı ile yapılmamışsa karşı tarafın memnuniyetinden bağımsız olarak eser kabul edilir. Karşı taraf eğer ortaya çıkan eserden memnun değilse seçimlik hakları vardır. Bunlar eserin onarımı, yeniden yapılması, ücretin indirilmesi ve sözleşmeden dönmedir. Hasta bu dört hak ile birlikte tazminat talebinde de bulunabilir.

1.2.3.2.3. Vekalet Sözleşmesi

Vekilin vekil edenin bir işini görmeyi üstlendiği sözleşme türüne vekalet sözleşmesi denir. “BK” m. 386’ya göre “*Vekâlet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.*”. Hekimlik sözleşmesi de bir ücret karşılığı olarak hastanın teşhis ve tedavisinin yani bir işinin görülmesinin üstlenilmesi sebebiyle vekalet sözleşmesi türüne uygun gözükmektedir. (Savaş, 2011, s.157-179)

Hekimlik sözleşmesinde vekalet sözleşmesinin unsurlarından biri olan bir iş görmeyi üstlenme unsuruna uygun olarak bir teşhis ve tedaviyi üstlenme vardır. Bunun yanı sıra yine bir iş görmenin belirli bir zamana bağlanmaması da vekalet sözleşmesiyle uyumludur. Ayrıca hizmet sözleşmesinde sözleşme açık veya zımni bir şekilde kurulabilmektedir.

Uygulamada daha çok zımni olarak kurulmaktadır. Örneğin hastanın polikliniğe girerek şikayetini anlatmasıyla hekimlik sözleşmesinin kurulmuş kabul edilmesi gibi. Bu durum vekalet sözleşmesiyle çelişmediği gibi hastanın bu davranışıyla hekime zımnen vekalet verdiği şeklinde bir yorum da kanaatimizce yanlış bir yorum olmaz. Hekimlik sözleşmesinde hekim sonucu garanti edemez. Yine vekalet sözleşmesinde de vekil üstlendiği iş için gösterdiği dikkat ve özenen sorumludur, sonuçtan sorumlu değildir. Bu sözleşme türünde ücret zorunlu, kurucu bir unsur olmaktan çok kanuni bir güvenceye dayanmaktadır. Zira “Borçlar Kanunu 502/3”te “Sözleşme varsa vekil ücrete hak kazanır.” denmektedir. “Borçlar Kanunu m.502” de tarafların istedikleri zaman sözleşmeden dönme haklarının olduğu düzenlemesi mevcuttur. Bu madde hekimlik sözleşmesinde tarafların karşılıklı güvenine dayalı olarak sözleşmeyi istedikleri zaman sonlandırabilmeleriyle bağdaşır. Tüm bu unsurlar doktrinde de kabul edildiği üzere hekimlik sözleşmesini vekalet sözleşmesinin bir alt türü olmaya yaklaştırır.

Vekalet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayıran en önemli unsur eser sözleşmesinde sonucun vekalet sözleşmesinde ise iş görme sürecindeki dikkat ve özenin önemli olmasıdır. Bunun yanı sıra eser sözleşmesinde ücretin zorunlu bir unsur olması onu vekalet sözleşmesinden ayırır. Vekalet sözleşmesinde vekilin vekil edene bağlı çalışan konumunda olmaması, onun emri altında çalışmaması, hizmet sözleşmesinden farkını oluşturur. Özellikle hekimlik sözleşmesinde hekimin hastaya bağlılığı meslek etiğiyle sınırlanır. İş görme süresince hastaya doğrudan bağlı olması gibi bir durum söz konusu değildir. Vekalet sözleşmesi, sözleşmenin süresi bakımından da hizmet sözleşmesinden ayrılmaktadır. Hizmet sözleşmesi belirli bir sürede iş görülmesini öngörürken vekalet sözleşmesinde süre işin ve halin icabıyla değişkenlik gösterir.

“BK” m. 396’ya göre “*Vekâletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir. Şu kadar ki münasip olmayan bir zamanda vekâletten azil veya ondan istifa eden kimse diğerinin zararını zamin olur.*”.

Kendiliğinden Sona Erme: Tedavinin sona ermesiyle hekim ile hasta arasındaki vekalet ilişkisi de sonlanacaktır. Tedavi, hastanın iyileşmesi ile sona erebileceği gibi, vekalet ilişkisinin sona ermesi için hastanın iyileşmesi de gerekmez.

Hastanın Hekimi Azletmesi: Hasta ile hekim arasındaki ilişki güvene dayalı bir ilişkidir. Hastanın hekime olan güvenini yitirdiği durumlarda hekimi azletmesi vekalet ilişkisini sona erecektir.

Hekimin Görevinden İstifa Etmesi: Hekim gerekli görmesi durumunda vekillik görevinden çekilebilecektir. Yalnız hekimin istifası, zaman olarak hasta için bir tehlike teşkil etmemelidir. (Savaş, 2011, s.157-179)

1.2.3.2.4. SuiGeneris Sözleşme

Bu tür sözleşmeler kanunda düzenlenmemiş kendine özgü kurallar öngören sözleşmelerdir. Doktrinde az sayıda da olsa hekimlik sözleşmesinin sui generis sözleşme türünde olduğu görüşü mevcuttur. Bu görüşün dayanağı olarak hekimlik sözleşmesinin karşılıklı özen, anlayış ve güvene dayalı bir sözleşme olması görüşü öne sürülmüştür. Diğer bir husus ise tarafların sözleşme ilişkisinden farklı olarak eşit konumda olmadığıdır. Bir diğer görüş ise hekimin yaptığı faaliyet veya tıbbi müdahalenin vekalet sözleşmesinde olduğu gibi bir işin görülmesi olarak görülemeyeceğidir.

1.2.3.3. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk

Hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi yoksa ve yukarıda bahsedildiği gibi vekaletsiz iş görmenin kapsamına giren durumlar da mevcut değilse haksız fiil hükümleri devreye girer. Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için hukuka aykırılık, zarar, kusur ve uygun illiyet bağı koşulları aranır. Hekimin gerekli izinleri almaksızın bir kişi üzerinde deney uygulaması örneğinde olduğu gibi, hastaya yapılan hatalı tıbbi müdahalede, hekim ile hasta arasında sözleşmeye dayalı hukuki bir ilişki bulunmuyorsa, örnekten bağımsız olarak ayrıca hatalı tıbbi müdahalede vekâletsiz iş görmenin şartları da bulunmuyorsa, yapılan hatalı tıbbi müdahalede, hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilecektir.(Yördem, 2019)

Hastanın rızası olmaksızın yapılan her müdahale vücut bütünlüğüne saldırı teşkil edecektir. Her tıbbi müdahale, hastanın vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale niteliği taşıdığından, yapılan uygulama hataları “TBK” m.49 ve sonraki maddeleri anlamında bir haksız fiil oluşturur. Bu gibi durumlarda, sözleşme sorumluluğu ile sözleşme dışı sorumluluğun yarışması söz konusu olur. Zarar gören hasta, hastane işletmesine karşı “TBK” m.112’ye göre sözleşmeye aykırı işlem veya “TBK” m.49 vd. maddelerine göre haksız fiil

nedenlerinden birine dayanarak dava açabilir. Ancak bu seçim yapılırken kusurun kanıtlanması, zamanaşımı, yardımcı kişilerden sorumluluk gibi farklılık bulunan hususlar dikkate alınmalıdır.(Cengiz, 2019, s. 107-131)

1.2.3.4. Vekaletsiz İş Görme

Bir kimsenin yetkisi olmaksızın iş sahibinin yararına yahut kendi yararı için iş sahibinin bir işini görmesine vekaletsiz iş görme denir. “Türk Borçlar Kanunu”nun 526. maddesine göre vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş görenin, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlü olduğu düzenlenmiş, 527. maddesine göre de vekâletsiz iş görenin, her türlü ihmalden sorumlu olduğu ancak, iş görenin bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapması durumunda sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirileceği düzenlenmiştir.

Tıpta acil durumlarda hastanın rızası alınmaksızın yapılan müdahaleler ya da ameliyatın yine hastanın bilinci kapalıyken rızasına başvurulamayarak genişletilmesi hallerinde vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanabilir. Buna göre, zaruret halinde olan bir hastanın hayatını kurtarmak veya zarar görmesini engellemek için tıbbi müdahalede bulunmak durumunda olan hekim, tıbbi kötü uygulamaya sebep olmuşsa, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre hekimin sorumluluğuna gidileceği açıktır. Vekaletsiz iş görme kapsamındaki müdahalelerde de hekim, özen borcu altındadır ve tıbbi müdahalede hiç bir menfaati bulunmasa bile gerekli özeni göstermek zorundadır” (TBK. m. 534).(Yördem, 2019)

1.2.4. Hastanede Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Nitelendirilmesi

1.2.4.1. Özel Hastanede Çalışan Hekim- Hasta İlişkisinin Hukuki Nitelendirilmesi

Yataklı teşhis ve tedavi hizmeti sunan özel hastanelerin hastalarla yaptıkları sözleşme; tıbbî tedavi ve hasta bakımı yönünden vekalet ve hizmet sözleşmesinin; barındırma, kira yedirip içirme yönünden ise, satım sözleşmesinin unsurlarını bünyesinde taşır. Bu nedenle günümüzde, Alman, İsviçre ve Türk hukukunda, özel hastaneler ile hasta

arasında yapılan sözleşme “karma sözleşme” olarak kabul edilmektedir.(Özdemir, 2011, s.295-313)

Karma sözleşme, kanunun öngördüğü çeşitli sözleşme tiplerindeki unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesiyle vücut bulan sözleşmelerdir. (Özdemir, 2011, s.295-313)

Tarafların teşhis ve tedavi sözleşmesi yapmasındaki asıl amaç, hastanın sağlığına kavuşturulması veya en azından çektiği acıların dindirilmesidir. Yani hastane işleticisinin yüklendiği esas unsur tıbbî teşhis ve tedavinin gerçekleştirilmesidir. Diğer edimler ise yan edimdir. Söz konusu edimler asıl edimin gerçekleşmesini kolaylaştırmaktadır. Sözleşmenin esası, tıbbî teşhis ve tedavi edimleri olduğu için sözleşme, bunların ait olduğu türe yani vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulur.

Teşhis ve tedavi edimini, özel hastanede ifa yardımcısı konumunda olan hekim, sağlık kuruluşunda ise, sağlık kuruluşunun sahibi olan veya hizmet sözleşmesine göre çalıştırılan hekim yerine getirir. (Özdemir, 2011, s.295-313)

Teşhis ve tedavi sözleşmesinde hastane, kendi kast veya ağır ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapamaz. (Özdemir, 2011, s.295-313) Çünkü, “Türk Borçlar Kanunu” m.115/I’ e göre, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüz kılınmıştır. Bununla beraber sözleşmenin tarafı olan kişinin kural olarak hafif kusurundan dolayı sözleşmenin karşı tarafı ile sorumsuzluk anlaşması yapabilmesi mümkündür. Ancak bu anlaşma Özel Hastaneler söz konusu olduğunda geçerli değildir. Çünkü, “TBK 115/III ‘e göre “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür” şeklinde bir düzenleme vardır.

Özel hastaneler, sağlık hizmeti sunabilmek için kadrolarında hekim ve diğer sağlık personeli bulundurmak zorunda olduklarından, tüzel kişi olarak doğrudan sorumluluklarının yanı sıra, “TBK m.116” ya göre yardımcı kişilerin fiillerinden de sorumlu tutulurlar. Her ne kadar “TBK m.116”da sorumluluğun kaldırılmasına ya da daraltılmasını sağlayabilecek hükümler olsa da aynı “TBK m.116/III”e göre; uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa,

borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. (Cengiz, 2019, s. 107-131)

Özel hastane hastalarına karşı tıbbi müdahalelerini bunun için özel olarak tasarlanmış ve kısmen tehlikeli aletlerle gerçekleştirir. Buna örnek olarak radyasyon saçan röntgen aletleri gösterilebilir. Ancak kullanılan bu aletlerin bozuk veya bakımında eksiklikler olması nedeniyle hastalara zarar vermeleri halinde özel hastane herhangi bir kusuru olmasa da sorumludur. Burada özel hastane bir şeye malik olması sebebi ile kusursuz sorumludur. Hastanenin sorumluluğunun doğabilmesi için, pozitif ve negatif şartların olmalıdır. Hukuka aykırı bir müdahale, müdahale sonucu zararın gerçekleşmiş olması, zararlı kullanılan alet arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekir. Alete ait şartlar ise, söz konusu esere sahip olunmasının yanı sıra; yapının ayıplı olarak üretilmesi veya gerekli bakımın yapılmamış olması gerekir. Burada Medeni Hukuk anlamında sahip olma yani mülkiyet kastedilmektedir.

Negatif şart olarak ise, olayda hukuka uygunluk hallerinin bulunmaması gösterilebilir. Burada malik, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluktan kurtulamayacaktır. (ÖZDEMİR, 2011, s.295-313) Örneğin, röntgen cihazının radyasyon ayarının bozuk olması sebebiyle hastanın normalin üzerinde radyasyona maruz kalması, ameliyat için alınan kalp ritmi görüntüleme cihazının bakımı yapılmadığı için görüntüleme yapamaması sonucu doğan zarardan hastane sorumludur.

Özel hastanede çalışan hekimin kusurlu davranışı sebebiyle yardımcı kişi olmasından dolayı her ne kadar sözleşmesel sorumluluğuna gidilemeyecekse de, hekimin haksız fiilinden doğan sorumluluğuna gidilebilecektir. Özel hastane ve hekim, hastanın uğradığı zarardan müştereken ve müteselsilen sorumludur. Buna göre hasta, zararın tazmini istemini, sadece hekime veya sadece özel hastaneye yöneltebileceği gibi, her ikisinden de birlikte isteyebilecektir. (Savaş, 2011, s.157-179) Taraflar kusurları oranında birbirlerine rucü edebilirler, bu hakları saklıdır.

Hastane ve hekimin hastaya karşı sorumlulukları hem ortaklaşa hem de ayrıca zincirlemedir. (Cengiz, 2019, s. 107-131)

Özel Hastane ile hasta arasında sözleşmeden doğan sorumluluk, esas itibarıyla belirli bir miktar tazminat ödeme borcu şeklinde ortaya çıkar. Kusurlu olduğu sabit olan hastane,

hastanın maddi manevi bütün zararlarını tazmin etmek zorundadır. Hem sözleşme hem de sözleşme dışı sorumlulukta uğranılan zararın asıl miktarını ispat yükü hasta üzerindedir (TBK. m.50 /I). Hastanın özel hastaneyi yanıltıcı bilgi vermek, teşhis ve tedaviye yönelik talimatlara uymamak, tehlikeli olduğu noktasında önceden bilgilendirildiği bir müdahaleye razı olmak gibi karşı kusuru da dikkate alınarak tazminat miktarı indirilebilir (TBK. M. 52). (Özdemir, 2011, s.295-313)

1.2.4.2. Kamu Hastanelerinde Çalışan Hekim- Hasta İlişkisinin Hukuki Nitelendirilmesi

Kamu hastanesine başvuran hasta ile hastane arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisi değil, daha çok kamusal bir ilişkidir ve bundan doğan davalarda kamu hukukuna göre yargılama yapılacaktır. Kamu hastanelerinde hasta ile hastane arasında sözleşme ilişkisi değil idare hukuku ilişkisi mevcuttur. Danıştay'ın son karar mercii olduğu bu yargı yolunda verilen karar hasta lehine yani hekimin kusurlu olduğu şeklinde ise kamunun hekime daha sonra rücu hakkı bulunmaktadır. Ancak literatürde hekim kamu kurumunda çalışıyor olsa bile ilişkinin özel hukuk ilişkisi kapsamında olup, davanın idareye açılacak olmasının ilişkinin özel hukuk ilişkisi vasfını etkilemeyeceği şeklinde görüşler vardır.(Asanoğlu, 2023, s.558-563)

1.2.4.3. Aile Hekimliklerinde Çalışan Hekim- Hasta İlişkisinin Hukuki Nitelendirilmesi

Aile hekimliğinin ülkemizdeki özel statüsü nedeniyle hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuksal niteliği konusunda tereddütler bulunmaktadır. Aile hekimliğinin de kamuya bağlı olması sebebiyle sözleşme ilişkisi değil kamu hukuku ilişkisi düşünülmelidir. Aile hekimliği kanunundaki bazı maddeler bize göstermektedir ki aile hekimliğinde hasta ile hekim arasında özel hukuk ilişkisinden ziyade kamu hukuku ilişkisi mevcuttur. Örneğin, madde 3/3' e göre sözleşmeli olarak çalışan aile hekimlerinin kadroları ile ilişkileri devam eder, madde 5/2' e göre aile hekimliği hizmeti ücretsizdir, madde 6' ya göre aile hekimi ya da aile sağlığı çalışanları görevleri ile ilgili işledikleri veya şahıslarına karşı işlenen suçlarda devlet memuru gibi sayılırlar. (Asanoğlu, 2023, s.558-563) Uygulamada da aile hekimlerine karşı açılan davalar idari yargıda görülmektedir.

1.2.5. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Koşulları

“Hekim ile hasta arasında tıbbi müdahaleye ilişkin açık veya zımni bir sözleşme bulunması durumunda, hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağını sözleşme oluşturacaktır.” (YÖRDEM, 2019) Hekimin hukuki sorumluluğunun bulunduğu vakıaların büyük bir kısmında, özellikle bağımsız çalışan hekimlerde olmak üzere, hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu kabul edilir. Yanlış anestezi uygulaması sonucu hastanın zarar görmesi olayında olduğu gibi, tedavi sözleşmesini kusurlu olarak ihlal eden ve bunun neticesinde hastanın zarar görmesine yol açan hekim, “Borçlar Kanunu” 96. maddesi ve devamı maddelerine göre sorumlu olacak ve ortaya çıkan zararı tazminle yükümlü olacaktır. Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu aşağıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda mevcuttur:

1.2.5.1. Bir Sözleşmenin Varlığı

Hekimin sözleşmeden doğan hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için öncelikle hekim ve hasta arasında geçerli bir sözleşmenin varlığı gereklidir. Tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, teoride ve Yargıtay kararlarındaki hakim görüşün, tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği için vekâlet sözleşmesi olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Hekim ile hasta arasındaki vekâlet sözleşmesinin esas unsuru, hastayı sağlığına kavuşturmak veya ızdırabını dindirmek için hekimin bilimsel tıbbın standartlarını karşılar mahiyette gerekli olan müdahaleleri yapmasıdır. “Türk Borçlar Kanunu” 1. Maddesine göre, “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.”. Tedavi sözleşmesinin geçerliliği konusunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olduğundan yukarıdaki genel hükme göre; tedavi için hastanın hekime başvurusu ve hekimin hastanın faydasına onu muayene etmesi, hekimin tedaviye başlaması veya hastaya ilaç yazması, hastanın bu duruma ses çıkarmayarak reçete alması, ücret ödemesi durumlarında olduğu gibi tedavi sözleşmesi, taraflar arasında zımni irade beyanıyla kurulabileceği gibi açıkça irade beyanı ve yazılı şekilde de kurulması mümkündür.

Diğer yandan, 6098 sayılı “TBK”nın 503. maddesine göre “*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*”. Buna göre hastanın icabını derhal reddetmeyen doktor işi kabul etmiş sayılacaktır. Görüleceği üzere vekalet

sözleşmesinin bir alt türü olarak görülen hekimlik sözleşmesinin taraflarının kendilerine yapılan icabı reddetmedikçe kabul etmiş sayılacakları bir karine teşkil etmektedir. Madde hükmü, vekil konumundaki doktorlar hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Zira doktorlar da devletten aldıkları ruhsata dayanarak tıbbi müdahale faaliyetini icra edebilmekte ve bu şekilde ilgili hükmün öngördüğü şartları karşılamaktadırlar. Dolayısıyla, tedavi konusundaki hastanın icabını derhal reddetmediği takdirde hekimin zımnen kabulü ile tedavi sözleşmesinin taraflar arasında kurulmuş olduğu varsayılacaktır.” (Yördem, 2019)

1.2.5.2. Sözleşmenin İhlal Edilmesi

Tıbbi müdahale nedeniyle hekimin sözleşmeyi ihlalinin söz konusu olabilmesi için hekimin, icrai veya ihmali bir davranışta bulunmuş, bu şekilde tedavi sözleşmesinden doğan sorumluluklarından en az birini ihlal etmiş ve bundan dolayı hastasının zarar görmüş olması gerekmektedir. Söz konusu ihlal, “Türk Borçlar Kanunu”na göre “*hiç veya gereği gibi ifa etmeme*” şeklinde görünebilir. Hasta iyileşememiş olsa bile hekim, bilimsel tıbbi standarta uygun müdahaleler ile üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmiş ise sorumluluklarını yerine getirdiği kabul edilecek ve sözleşmeyi ihlal etmiş olmayacaktır. Hekim, tedavi sözleşmesinin mahiyeti itibarıyla tedavinin mutlaka başarılı olacağını da zaten garanti edemez. Hastanın sağlığına kavuşması veya acısının minimum dereceye indirilmesi, hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinin temel amacıdır. Bununla birlikte, doktorun teşhis ve tedavi sorumluluğu haricinde; aydınlatma yükümlülüğü, sadakat ve özen yükümlülüğü ile kayda geçirme ve sır saklama yükümlülüğü gibi tedavi sözleşmesinden kaynaklanan başka yükümlülükleri de bulunmaktadır. Sözleşmenin tam olarak yerine getirildiğinden söz edebilmek için hekimin yukarıda bahsedilen diğer sorumluluklara da gereğince ifa etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde hekim, bu yüzden zarar gören hastaya karşı zararı tazmin borcu doğabilecektir. Tedavi sözleşmesinden doğan ve ihlali halinde hekim sorumluluğunun söz konusu olabileceği yükümlülüklerle aşağıda kısaca değinilmiştir:

1.2.5.2.1. Teşhis Koyma

Tıbbi müdahaleden önce hekim en doğru tedavi yöntemini uygulayabilmek için öncelikle teşhis koymalıdır. Tedavinin başarısı ya da başarısızlığı, öncesinde yapılan teşhise bağlı olduğu için teşhis son derece önemlidir. Hastayı iyileştirmek amacıyla kullanılacak ilaç veya tedavi yöntemi, teşhisin yanlış konulması halinde hastanın durumu kötüleşebilir,

hastalıkla ilgili olmayan yeni sorunlarla karşılaşılabilir ve hatta hastanın ölümüne bile yol açabilir.

Birçok hastalığın benzer semptomlarının bulunması hekimin teşhis koyarken işini zorlaştırabilmektedir. Hukuk sistemimizde de teşhis koyarken uyulacak kurallarla ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak teşhis koyarken hekimin önce hastalık öyküsünü (anamnez) alması, hastayı muayene ederek ve hastaya sorular sorarak hastalığın çıkış sebeplerini araştırması, daha önce hastayı muayene etmiş hekimlerin bulgularını da inceleyerek röntgen, mikroskopik ve kimyasal araştırmalar gibi tıbben kendisinden beklenen zorunlu araştırma önlemlerine başvurusu ve somut olayın özelliklerine göre şahsi tecrübesinden de yararlanarak teşhis koyması gerektiği kabul edilmektedir. (Yördem, 2019) Tıp biliminin standartlarına uyarak, somut olayın biricikliğini dikkate alarak, gerekli araştırmaları yaparak elde ettiği bulguları mesleki bilgi ve özenle takdir etmiş olan hekim, sadece yanlış teşhis konulması nedeniyle sorumlu tutulamaz. Ancak hekimin gerekli araştırmaları yapmaksızın teşhiste bulunması veya tahlil sonuçlarını mesleki eksikliği nedeniyle doğru değerlendirememesi gibi durumlarda hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

1.2.5.2.2. Aydınlatılmış Onam

Hukuk sistemimiz içerisinde aydınlatma sorumluluğunu da kapsadığı yorumlanan, “Anayasamızın” 17 maddesi 1. fıkrasında yer alan, “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” düzenlemesine göre kişi kendi geleceği hakkında karar verme hakkına sahiptir. Ayrıca “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu”nun rızayı düzenleyen 70. maddesinde ve “Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi”nin 14. maddesinin 2. Fıkrasında dolaylı olarak aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Yine “Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kurallarının” “*Aydınlatılmış Onam*” başlığını taşıyan 26. maddesinde aydınlatma yükümlülüğünün ayrıntılı olarak işlendiği söylenebilir.

Hekimin hastaya karşı tıbbi müdahalesini hukuka uygun hale getiren hasta rızasının hukukten geçerli olabilmesi için, hastanın aydınlatılmış onamının alınmış olması bir ön koşul olarak gereklidir. Bireyin vücudu üzerindeki hakları göz önüne alındığında, tıbbi müdahalelerde hastanın rızası, hukuka uygunluk nedeni olarak görülmektedir. Aydınlatma, uygulanması düşünülen tedavi yöntemi hakkında, hekimin vereceği bilgilerle hastanın

kendisiyle ilgili karar alabilecek bir bilgi düzeyine getirilmesidir. Hastanın aydınlatılma sorumluluğu ve hastanın aydınlatılmış rızası, kendi geleceğini belirleme hakkı ve kişilik hakkının bir sonucudur. Hastayı aydınlatma sorumluluğu, mümkünse tıbbi müdahalede bulunacak olan hekim tarafından gerektiği şekilde yerine getirilmezse hastanın rızası geçersiz olacağı için, usulüne uygun bir tıbbi müdahale yapılmış olsa bile, bu müdahale hem sözleşmeye, hem hukuka aykırı olur. Hekim, bu durumda tedavinin olumsuz bir sonucu için kusuru bulunmasa dahi meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır.

“Hasta Hakları Yönetmeliği”nin 31. Maddesine göre rıza alınırken hastanın ve kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır. Hastanın uygulanabilecek tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbi işlemleri de kapsar. Ancak tıbbi işlemlerin uygulanmasında, bu yönetmelikte ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami ihtimam gösterilmelidir.

Hastaya, konulan teşhisin bildirilmesi ve yakalanmış olduğu hastalığın özellikleri hakkında bilgi verilmesi hastanın aydınlatma sorumluluğu kapsamındadır ve hekimin aydınlatılmış onam sorumluluğunun ilk adımını oluşturur. Tedavi edilmemesi halinde, teşhis edilen hastalıktan kaynaklanabilecek olumsuz sonuçların (süreç aydınlatılması) anlatılması, hekimin aydınlatılmış onam sorumluluğunun ikinci adımını oluşturur. “Hastaya tatbik edilmesi planlanan tıbbi müdahalenin şekli, kapsamı, türü, tedavinin olası riskleri, komplikasyonları ve olası sonuçları hakkında (riziko aydınlatılması) bilgi verilmesi ise, sorumluluğun üçüncü adımını oluşturur. Hukuken hastanın neye onay verdiğini bilmesi gerektiğinden, ancak böyle bir aydınlatmadan sonra hastanın tıbbi müdahaleye onamının geçerliliğinden söz edilebilecektir. (Yördem, 2019)

Aydınlatılmış onam sorumluluğunun kapsamı belirlenirken, hastanın ruhsal durumu da göz önünde bulundurulmalıdır. Hastanın ruh sağlığını olumsuz etkileyecek veya hasta için hayati tehlike yaratacak durumlardan kaçınılmalı, aydınlatmanın kapsamı da bu oranda dar tutulmalıdır. Diğer yandan, tıbbi müdahalenin aciliyeti azaldıkça, uygulanacak tedavinin riski arttıkça aydınlatmanın kapsamı geniş tutulmalıdır. Yine yeni metotlar uygulanacaksa rızasına başvurulacak hastanın detaylı bir şekilde aydınlatılması gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise hasta aydınlatılmak istemediğini bildirir ise veya bilinci kapalı ise hekimin aydınlatma sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Örneğin, trafik kazası sonucu hayati tehlikesi bulunan ve baygın olan hastaya yapılacak tıbbi müdahale gibi. Aydınlatılmış

onam alınacak kişi ayırt etme gücüne sahipse kişisel olarak aydınlatılmalıdır. Aydınlatılmış onamın alınacağı kişinin küçük olması halinde kanuni temsilcisi de gerekli ölçüde bilgilendirilmelidir. Aydınlatılmış onamın alınacağı kişi ayırt etme gücüne sahip değilse kanuni temsilcisi aydınlatılmalıdır; kişinin kanuni temsilcisi yoksa, bu durumda aydınlatılabilir.

Aydınlatılmış onam sorumluluğu, sözleşmenin tarafı olan hekim tarafından kural olarak tıbbi müdahaleden önce tamamlanmalıdır. Yapılacak aydınlatmanın muhatabı mümeyyiz olması koşuluyla hastadır. “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun”un 70. Maddesine göre hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde tıbbi müdahale için veli veya vasinin izni aranacaktır.

Hukuk sistemimizde, rızanın yazılı şekle tabi tutulduğu düzenlemeler bulunmakla beraber, hastaya aydınlatma yükümlülüğünün ne şekilde yapılacağı konusunda, “Hasta Hakları Yönetmeliği” m.18 dışında herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. “Hasta Hakları Yönetmeliği” 28. maddesine göre, “*Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir*”. Aynı Yönetmelik m. 18’de “*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*” şeklinde aydınlatmanın sözlü olmasının gerektiği öngörülmüştür. Ancak uygulamada aydınlatma sorumluluğu yazılı veya sözlü olarak yerine getirilirken, sözlü açıklamaların beraberinde getireceği ispat güçlüğü nedeniyle hastayı sözlü bilgilendirmeye hazırlayıcı nitelik taşıyan ve ispat kolaylığı sağlayan yazılı aydınlatma yapılmasının daha uygun olacağı kabul edilmektedir. İddia sahibinin iddiasını ispatlamakla yükümlü olduğu genel hukuk kuralı gereği (MKm.6), aydınlatma sorumluluğunun gereği gibi yerine getirilmediğini iddia eden hastanın iddiasını ispatlaması gerektiği varsayılmaktadır. Ancak bununla beraber, doktrinde ve yargı kararlarında, hekim karşısında zayıf durumda bulunan hastayı korumak niyetiyle ispat yükünün hekimde olduğunun kabul edildiği söylenebilir.

1.2.5.2.3. Hastayı Tedavi Etme

Hastaya gerekli teşhis konulduktan sonra hastalığın tedavisi için hekimin tıbbi standartlara en uygun, hastanın tedavisinde riski düşük ve başarı şansı yüksek olan tedavi yöntemini seçmesi gerekmektedir. Buna göre daha az riskle sonuca ulaşılabilecek geleneksel bir tedavi yöntemi dururken, daha fazla riskle daha az başarı ihtimali olan yeni bir yöntem tercih edilmemelidir. Ancak dinamik bir bilim dalı olan tıbbın doğası gereği, bu prensibin daimi olarak tatbik edilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, yeni tedavi yöntemi daha riskli fakat başarılı olma ihtimali daha yüksek ise; hekimin, hastasının aydınlatılmış onamını alarak yeni tedavi yöntemini uygulayabilmesi mümkün olacaktır. En uygun tedavi yöntemini somut olayın koşullarına ve hastasının kişisel durumuna göre seçecek olan hekim; tedaviyi hastanın zarar görmesini önleyecek gerekli tedbirleri alarak, genel olarak tıp bilimi ve uygulamasında kabul edilmiş esasların zorunlu kıldığı özeni göstererek tatbik edecektir. Buna rağmen, tedavinin mutlak başarı ile sonuçlanması zorunluluğu yoktur. Buna göre, yukarıdaki standartlara uygun bir tıbbi müdahaleye rağmen yine de hasta iyileşmemiş ise hekimin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

1.2.5.2.4. Sadakat ve Özen

Hastanın sağlığını koruma amacına bağlılıkla onun tedavi olmasını sağlayacak davranışlarda bulunmak ve hastasına zarar verecek davranışlardan kaçınmak gibi durumlar hekimin sadakat sorumluluğunun birer sonucudur. Hekim, sadakat sorumluluğunun bir gereği olarak, öncelikle hastasının menfaatlerini kendi menfaatlerinin üzerindetutmalı hastasının güvenini zedeleyecek tavırlardan kaçınmalıdır. Örneğin, hekim kendi parasal çıkarlarını, hastanın çıkarlarından üstün tutarak daha fazla tedavi ücreti alabilmek için, gerekmediği halde tedaviyi gereksiz yere uzatmamalı, hastaya yanlış bilgi vermemeli veya faydalı olmadığını bildiği halde bir tedaviyi tatbik etmemelidir. Hastasını tedavi ederken hekimin özen yükümlülüğü vardır. “TBK” m.506/2. maddesine göre vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmesi yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekimin özen sorumluluğu, sözleşmeye olduğu kadar genel hukuk kurallarına da dayanan bir sorumluluktur.

Hekimin özen sorumluluğunun ölçüsü, hizmet sözleşmesindeki işçiye kıyasen olması gerektiği öngörülmüştür. Bu nedenle, olası bir tıbbi müdahalede hekimin özen borcunu yerine getirip getirmediğine bakılırken, hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen özen için

getirilmiş, objektif ve sübjektif nitelikteki kıstaslar dikkate alınacaktır. Objektif kıstas gereğince, tıbbi müdahalelerde, yapılan işin müvekkil hasta için taşıdığı önem büyük olduğu oranda vekil konumundaki hekimin göstermesi gereken önem de fazla olacaktır. Örneğin, hastanın bacağına atılacak dikiş ile iç organlarına atılacak dikişin özen derecesi elbette farklı olacaktır. Sübjektif kıstas gereğince de, iş sahibinin bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer niteliklerinin dikkati nazara alınmalıdır. Ancak, teoride tıp eğitimi sonucu alınan diploma ve devlet tarafından verilen ruhsat ile tıbbi faaliyet gösteren hekim yönünden sübjektif kıstasın uygulanmasının mümkün olmayacağı kabul edilmektedir. Buna bağlı olarak, tedavi sözleşmesi açısından hekimden beklenen özen ölçüsü, hekimin kişisel niteliklerinden bağımsız olarak objektifleştirilmiştir.”(Yördem, 2019) Diğer bir ifadeyle hekim, aynı hal ve şartlar altında, mensup olduğu branşta ortalama düzeydeki bir hekimin ortaya koyması gereken özenle sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Her ne kadar özen ölçüsü objektifleştirilmiş olsa da hekimin uzmanlığı halinde özen yükümlülüğünün de artacağı göz ardı edilemez.

1.2.5.2.5. Tıbbi Müdahalede Yapılan İşlemleri Kayda Geçirme ve Sır Saklama Sorumluluğu

Tedavisini üstlendiği hastasıyla ilgili olarak hekim edindiği bilgileri kayda geçirmek ve kayıtları ilgili belgelerle saklamakla yükümlüdür. Hekim, “Türk Borçlar Kanunu”nun 508. maddesi hükmü gereğince, hesap verme sorumluluğu çerçevesinde, hastasıyla ilişkili kayıtları düzenli bir şekilde tutmak ve bunlar hakkında hastasına ve ilgili kişilere açıklama yapmak sorumluluğu altındadır. Hastaya ilişkin kayıtların, detaylı bir biçimde tarih belirtilerek, günlük olarak tutulması zorunluluğu olmasına rağmen, uygulamada kayıtların çoğu kez zamanında ve gerektiği gibi tutulmadığı ve arşivlenmediği görülmektedir. “Zira unutmamak gerekir ki, hastaya ilişkin kayıtların düzenli tutulması açılacak sorumluluk davalarında kusurun tespiti noktasında büyük önem taşımaktadır.” (Yördem, 2019)

Sadakat borcunun bir gereği olarak hekimin hastasıyla ilgili aralarındaki ilişkiden kaynaklanan ve bu sebeple öğrendiği özel hayatın gizliliği kapsamındaki bilgileri gizli tutup üçüncü kişilerle paylaşmaması gerekmektedir. Hekimin sır saklama sorumluluğu, hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin bir sonucudur. Hekimin sır saklama sorumluluğundaki sır kavramı açıklanmamasında hastanın yararı bulunan tüm bilgiler olarak tanımlanabilir. Örneğin; hastanın menfaati gerektiriyorsa, hekime müracaatı dahi gizlenmesi. Hekimin sır

saklama sorumluluğu, kural olarak üçüncü kişilerin tamamı için geçerlidir ve hekimin yardımcı kişi olarak çalıştığı personel de sır saklama yükümlülüğu altındadır.

1982 Anayasa'sının 20. maddesinde düzenlenerek güvence altına alınmış olması ve tıp meslek ahlakının çekirdek konularından ve tarihsel yönden çok köklü bir geçmişı olması dolayısıyla hekimin sır saklaması kavramı geniş yorumlanmalıdır. Hekimin sır saklama yükümlülüğu teşhis, tedavi tedbirleri, hastalığın türü, maddi ve ruhsal bozukluklar, muayene materyali, hasta dosyası, röntgen sonuçları, kişinin mesleki, ailevi ve mali durumları gibi tüm durumları kapsar.

1.2.5.3. Zarar

Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ihlal edilmiş olmasına rağmen, hastada zarar oluşmamışsa, hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Dolayısıyla, hekimin hukuki sorumluluğunda zarar, en temel koşul olarak kabul görmektedir. Hekimin kusurlu davranışı nedeniyle gerek maddi gerekse manevi zarar doğabilir. Kişinin malvarlığında istemi dışında oluşan eksilmeye maddi zarar denir. Hekimin hukuki sorumluluğunun ihlali sonucu oluşan maddi zarar, yürütülen tedavinin asıl sonucu ile tedavi sözleşmesinin gereklerine uygun bir tedavi yapılmış olsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumu arasındaki farkın kişinin malvarlığına yansımından ibarettir. Maddi zarar, fiili zarar şeklinde ortaya çıkabildiği gibi, yoksun kalınan kar şeklinde de ortaya çıkabilir. Örneğin; hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi nedeniyle yeni bir ameliyata ihtiyaç duyan hastanın ikinci ameliyatının masrafları fiili zarardır. Hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sonucunda burnunda sabit iz kalan medyatik hastanın bu durum dolayısıyla gelen tekliflerde azalmadan dolayı mahrum kalınan olası parasal azalma ise, yoksun kalınan kardır.

Tıbbi kötü uygulama neticesinde duyulan manevi ve bedensel acı, travma, hayat zevklerinden yoksunluk hallerine de manevi zarar denilir. Tıbbi kötü uygulama nedeniyle, hastanın vücut bütünlüğünde, sağlık değerlerinde meydana gelen eksilme sebebiyle veya tedavi sözleşmesinin diğer koşullarının ihlali nedeniyle hastada maddi zararla beraber manevi zarar da meydana gelebilir. Hastanın ölümü halinde ise yakınlarının, kusurlu hekimin eylemiyle manevi zarar görmüş oldukları kabul edilebilir. Maddi ve manevi zararı ispat yükü elbette iddia makamı konumunda olan davacı hastanın veya ölümü halinde yakınlarının üzerinde kalacaktır (BK m. 50, 58).

1.2.5.4. Kusur

Sözleşmeye dayalı hekim sorumluluğundan söz edilebilmesi için, diğer koşulların yanı sıra hekimin kusurlu olması da gerekmektedir. Hiç şüphe yoktur ki, hekimin hukuki sorumluluğu konusunda kural olarak kusursuz sorumluluk değil, kusura dayalı sorumluluk esastır. “Sorumluluk hukukunda kusur, zararın sebebi olarak kendini gösteren ve zarar vereni sorumlu tutmayı hukuken haklı gösterecek derecede hukuk düzenince kınanan davranış biçimi olarak tanımlanmaktadır.” (Yördem, 2019)

Kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Hekimin endikasyon olmadığı halde hastayı ameliyat etmesi örneğinde olduğu gibi kast, borçlu tarafından hukuka aykırı sonucun bilinçli bir şekilde istenmesidir. İhmalde ise borçlu, hukuka aykırı sonucun doğmasını istememektedir ancak bu sonucun gerçekleşmemesi için üzerine düşen özeni de göstermemektedir. İhmalin ölçüsü objektiftir. Hekimin sübjektif özelliklerinin burada dikkate alınması mümkün değildir. Örneğin; hatalı reçete düzenleyen hekimin, yardımcısının olmamasından yakınlıkla çok çalıştığından, yorgun olduğundan bahsetmesidir ki bununla sorumluluktan kaçamaz. İhmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılır. Hekimin en hafif ihmalinden dahi sorumluluğu bulursa da; ihmalin ağırlığı, gerek sözleşmeden doğan sorumlulukta, gerekse sözleşme dışı sorumlulukta, sadece tazminat miktarının belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir.

Hekimin kusuru konusunda değinilmesi gereken bir diğer husus da, “*meslek kusuru*” konusudur. Meslek kusuru konusunda yasal bir tanım yapılmamış olmakla beraber, teoride yapılmış ve genel kabul gören tanıma göre meslek kusuru, tıp bilimi ve uygulamasında genel kabul gören prensiplere dayanan tıbbi özen ve ihtimam sorumluluğunun hekim tarafından ihlal edilmesidir. (Yördem, 2019) Tanım gereğince; meslek kusurundan söz edilebilmesi için, öncelikle tıp biliminin genel kabul görmüş bir takım kuralların bulunması gerekmektedir., Tıp biliminin dinamik yapısı gereği olarak, sürekli olarak yeni tedavi metotlarının gelişmesi, bir hastalığa ilişkin tedavi metotlarının birden fazla olması genel olarak bilinen ve kabul görmüş kuralların tespitini bir hayli güçleştirmektedir. “Bununla beraber, tıp biliminin genel olarak bilinen ve tanınan bir kuralı, hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı veya benzer olaylara uygulanan metot olarak tanımlamak mümkündür.” (Yördem, 2019) Aynı konuda benimsenmiş ve genel kabul gören birden fazla metodun olması elbette mümkündür. Böyle bir durumda, hangi tedavi yöntemini seçileceği hususunda hekimin bir takdir hakkının bulunduğu açıktır.

Meslek kusurundan bahsedebilmek için gerekli ikinci koşul ise hekimin, tıp biliminin genel olarak kabul görmüş bir kuralını kusurlu olarak ihlal etmesidir. Kural olarak hekimler meslek kusurlarından sorumlu tutulurken, sözleşmeden doğan diğer sorumluluklarını ihlal etmemiş olmak şartıyla, komplikasyon nedeniyle hekimin sorumluluğu doğmayacaktır.

1.2.5.5. İlliyet Bağı

Hukuka aykırı bir şekilde meydana gelen zararlar, failin kusurlu bulunduğu davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisini kuran bağa illiyet bağı denilmektedir. Bir hukuki ilişkide, sorumluluğun bağlandığı davranışın zarar ile arasında illiyet bağı yoksa hukuki sorumluluktan söz konusu değildir. Bu sebeple, tedavi sözleşmesini ihlal edilmesi sonucu ortaya çıkan zararın hekime yüklenilebilmesi için gereken son şart, tıbbi kötü uygulama eylemi ile hastada meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Hukuk düzeninde, hekimin tıbbi faaliyetlerindeki kusurlu davranışının, hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre hastada meydana gelen zararı oluşturmaya elverişliliği mevcut ise illiyet bağı var kabul edilecek ve hekime sorumluluk atfedilebilecektir. Ancak söz konusu davranış, genel hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, uygun illiyet bağı kurulamadığından hekimin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Örneğin, cerrahın, ameliyat sırasında gazlı bezi ameliyat bölgesinde unuttuğu bir ameliyatta hekime kusur atfedilebilecek olmakla birlikte, hasta ameliyat sırasında hekimin kusuru olmayan başka bir sebepten –örneğin solunum yetmezliğinden veya cihaz arızası sonucunda- ölmüş ise, hekimin kusurlu davranışı ile hastanın ölümü arasında uygun illiyet bağı kurulamayacak ve hekimin hukuki sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

1.2.6. Hekimin Sözleşmesel ve Sözleşme Dışı Sorumluluğunun Karşılaştırılması

Hekim ile hasta arasında tedavi sözleşmesiyle kurulan ilişki neticesinde hekimin hatalı tıbbi müdahalesi ile hastada yönünden bir zarar oluşursa burada hekimin gerek sözleşmesel gerekse de sözleşme dışı sorumluluğundan söz edilebilir. Şöyle ki; hekim, kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermeyerek görevini gereği gibi yerine getirmemiş ve sözleşmeyi ihlal etmiştir. Ancak bununla birlikte hukuka uygunluk sebeplerinin ortadan kalktığı bir noktada hastaya verdiği zarar ile haksız fiil kapsamında bir eylemde bulunmuştur. Bu durumda zararının tazmini istemiyle yola çıkan hasta, hangi hukuki yolu takip etmelidir? Sözleşmeye aykırılık hükümlerin mi haksız fiil hükümlerinin mi olaya

uygulanacağı hastanın insiyatifindedir. Hakların yarışması durumunun mevcut olduğu bu noktada, hekimin sözleşmesel sorumluluğuna gitmek hasta açısından daha yararlı ve elverişli bir yoldur.(Savaş, 2011, s. 157-179)

- Haksız fiil sorumluluğunda, zarar gören (hasta), zarar verenin (hekimin) kusurunu ispatlamakla yükümlüdür. Buna karşın; sözleşmesel sorumlulukta, sözleşmeyi ihlal edenin - bu durumda zarar veren hekimdir- kusurlu olduğu ön kabulü ile hareket edilir. Kusursuzluğun ispatı sözleşmeyi ihlal eden borçluya/hekime düşer.

- Hekimin bir hastaya müdahale ederken yardımcı şahıslardan yararlanması ve hastaya, yardımcı şahsın zarar vermesi durumunda da sözleşmesel sorumluluğun dayanak olarak gösterilmesinde hasta açısından büyük yarar vardır.

“BK” m. 55 hükmü, yardımcı şahsın fiilinden kaynaklanan zararlarda uygulama alanı bulmaktadır. “BK” m. 55 hükmü gereğince haksız fiil kapsamında yardımcı şahsın fiilinin hastaya zarar verdiği durumlarda; hekim kurtuluş kanıtı öne sürebilmektedir. “Yani haksız fiil sorumluluğuna dayanıldığında hekim *“çalışanını/yardımcı şahsını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini”* ispat ederse, sorumluluktan kurtulacaktır.”(Savaş, 2011, s. 157-179)

Sözleşmesel sorumluluğa göre ise, “BK” m. 100 hükmü uyarınca hekim birlikte hareket ettiği yardımcı şahısların fiillerinden sorumlu tutulmaktadır. “BK” m. 100 hükmüne göre hekimin kurtuluş kanıtı öne sürmesi mümkün değildir. Hasta-hekim arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmuşken, bir zarar ortaya çıkaran davranışın hekimin birlikte hareket ettiği yardımcı şahıs tarafından gerçekleştirilmesi ihtimalinde, yardımcı şahsın seçiminde veya talimat vermede gerekli dikkat ve özenin gösterildiği hekim tarafından ispat edilse dahi hastanın zararından sorumluluktan kurtulunamayacaktır. (Savaş, 2011, s. 157-179)

- Haksız fiil sorumluluğunun öngörülen zamanaşımı süresi, hastanın fiili, zararı ve faili öğrenmesinden itibaren 1 yıldır. Sözleşmesel sorumlulukta ise genel zamanaşımı süresi öngörülmüş olup bu süre 10 yıldır.

1.2.7. Hatalı Tıbbi Uygulama Nedeniyle Hekime Karşı Açılabilir Tazminat Davaları

Hatalı tıbbi uygulamalardan cezai ve idari sorumluluk olduğu gibi hukuki sorumluluk yani tazminat sorumluluğu da vardır. Tazminat sorumluluğunun kaynağı sözleşmeye dayalı sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğudur. Hekimlik sözleşmesinin kurulması ile sözleşmeye dayalı tazminat sorumluluğu doğar ve esas olan sorumluluk türü budur. Hastanın rızası dışında ve hukuka uygunluk sebepleri olmaksızın yapılan her müdahale ise vücut bütünlüğünün dokunulmazlığına aykırılık teşkil edecek ve haksız fiile dayalı tazminat sorumluluğunu doğuracaktır. Özel hastanelerde her iki sorumluluk türü için de koşulları oluşması durumunda hekim ile birlikte hastanenin de tazminat sorumluluğu oluşacaktır.

Buraya kadar anlatılan hususlar serbest çalışan hekimin hukuki sorumluluğu için aynen geçerlidir. Hekim kusurlu davranışları ile sebep olduğu zararlardan bizzat ve kusuru oranında -hastanın da kusurlu olması durumunda- sorumludur.

Hekim ek olarak “BK” m. 100 ve “BK” m. 55 kapsamında yardımcı kişi konumunda tıbbi müdahalede yer alan şahısların fiillerinden doğan zararlardan da sorumludur. (Savaş, 2011, s. 157-179)

Hekim, “BK” m. 58’e göre de tıbbi müdahale için kullanılan malzemelerin kötü üretilmiş veya kötü şartlar altında muhafaza edilmiş olmasından dolayı 3. şahıslara rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla hata ile verdiği zararlardan sorumludur.

Hekim ile hasta arasındaki ilişki doktrinde hakim görüşe göre ve Yargıtay kararlarında “vekâlet sözleşmesi” olarak kabul edildiğinden, hekime karşı açılacak tazminat davalarının zamanaşımı süresi de TBK m.147 gereğince 5 yıl olacaktır. Ancak hekimin fiili, “TCK” kapsamında bir suç vasfında ise daha uzun olan ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır. (Savaş, 2011, s. 157-179)

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan tazminat deavalarında görevli mahkeme Tüketici Mahkemesi'dir. Buna dayanak maddeler ise Madde 3' ün aşağıdaki bentleridir:

k) Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,

l) Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi

1.2.7.1. Maddi Tazminat

Hatalı tıbbi uygulama sonucunda ölüm veya bedensel zararın gerçekleşmesi halinde, maddi tazminatın kapsamı farklı kalemlerden oluşacaktır. Ek tedavi giderleri veya yapılması gereken yeni bir cerrahi işlem gibi fiili zararlara ek olarak zarara sebep eylemle ilişkilendirilebilecek, uğranılan çalışma gücü kaybını ve ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan zararlar da maddi zarar kapsamındadır. “Tıbbi müdahale randevusuna hekimin zamanında gelmemesinden dolayı, hastanın hekimi beklerken uğramış olduğu kazanç kaybı, aynı şekilde, tıbbi müdahale randevusuna giderken hastanın harcadığı yol ve sair giderler, maddi zarar kapsamında talep edilebilecektir.” (Savaş, 2011, s. 157-179)

1.2.7.1.1. Bedensel Zarar

“TBK” m. 54’e göre tıbbi müdahale sonucu oluşan bedensel zararlar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar şeklinde olacaktır.

Beden gücü kaybı sebebiyle oluşan maddi zararın tespitinde yine;

- Hastanın malul olmadan önceki aylık geliri, hastanın malul olduktan sonra elde etmesi muhtemel aylık gelir ve bu iki gelir arasındaki fark,

- Hastanın yaşı, ortalama veriler ışığında ne kadar süreyle daha aktif olarak çalışabileceği,

- Hastanın da kusurlu olup olmadığı, kusurluysa ne oranda olduğu.

Bu hesaplamalar için uygulamada bilirkişiye başvurulmaktadır. (Savaş, 2011, s. 157-179)

1.2.7.1.1.1.Tedavi Giderleri

Hastanın sağlık durumunun düzelmesi için, tıbbi müdahale dolayısıyla yapılan gerekli harcamalara tedavi giderleri denilir. Tedavi giderleri; muayene, teşhis, tahlil, hasta nakil giderleri, hastanın evinde tedavi gördüğü süre zarfında hastabakıcı veya hemşire tutması durumunda ödenen paralar ile ameliyat, ilaç, tekerlekli sandalye, protez, fizik tedavi, kaplıca, korse ve sair giderlerdir.

1.2.7.1.1.2. Kazanç Kaybı, İş Gücünün Azalmasından ya da Kaybedilmesinden Doğan Zararlar

İş gücünün, yani kişinin kendisini fikri veya bedeni olarak kazanç elde edebilecek şekilde kullanabilmesine çalışma gücü denir. Burada söz konusu olan kazançtan kayıp ya da azalma değil zarar görenin çalışma gücünün azalması ya da kaybedilmesidir. Çalışma gücünü kaybeden kişinin hiç kazanç elde etmeyen birisi olması mümkün olduğu gibi belli bir çalışma gücü sarf etmeden kazanç sağlayan birisi olması da mümkündür. Hatalı tıbbi uygulamadan zarar gören kişi, çalışma gücünü yitirmiş veya gücü eksilmişse zarar hesaplaması geleceğe ilişkin ve farazi olacaktır. Hiç kuşku yok ki burada söz konusu olan kazanç kaybı yoksun kalınan kardır. Hatalı tıbbi uygulama sonucunda zarar gören kişinin çalışma gücündeki azalma düzelmiş ve tamamen iyileşme meydana gelmiş ise buradaki iyileşme anına kadarki çalışma gücü kaybı zararı oluşturacaktır. Bu zarar niteliği itibariyle fiili yoksun kalınan kardır.

1.2.7.1.1.3. Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Zararlar

Ekonomik geleceğin sarsılması, hatalı tıbbi uygulama sonucunda hastanın vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi suretiyle hastanın çalışma gücünün olumsuz etkilenmesi ve buna bağlı olarak hastanın ekonomik geleceğinin tehlikeye girmesi veya olumsuz ekonomik sonuçlar doğması demektir. Özellikle, meslek icabı sürekli olarak toplum önünde olan tiyatro sanatçıları gibi hastalar, hatalı tıbbi uygulamaya maruz kalmaları sonucunda akıl veya hafıza zayıflığına uğraması, bedensel bütünlüklerinin zarar görerek fiziki anomaliler doğması, kötürum kalması sonucu ekonomik gelecekleri ciddi anlamda tehlike altına girebilecek ve ekonomik zarar görebileceklerdir. Böyle bir durumda, bedensel zarara uğrayan kişi çalışma gücünü tam olarak korusa bile, iş piyasasının getirdiği ekonomik rekabette yeni bir iş bulmak veya işini korumakta zorlanabilir ya da çalışsa dahi eskisine oranla daha çok güç sarf etmek zorunda kalabilir.(Yördem, 2019)

1.2.7.1.2. Ölüm

Hatalı tıbbi uygulama neticesinde ölüm gerçekleştiğinde, maddi tazminat kalemleri, “TBK” m. 53’e göre; “Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır: 1. Cenaze giderleri. 2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar. 3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar” şeklinde düzenlenmiştir. Hüküm gereğince, ölüm gerçekleşmişse, maddi zararlar, ölüm dolayısıyla yapılan masraflar, bilhassa cenaze giderleri, diğer bir ifadeyle, cesedi yıkama ve kefenleme, taşıma, tabut, gömme masrafları, otopsi, yemek, mezarlık yeri ve mezar taşı gibi kalemlerdir. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin ölüm sebebiyle uğramış oldukları maddi kayıplar ile ölenin ekonomik ve sosyal durumuna ve dini inanışına uygun ilgili giderler de maddi tazminat kalemleri olarak istenebilecektir. Tazminat, TBK 53 üncü ve 54 üncü maddelerinde sayılan zarar kalemleriyle sınırlı değildir. Sayılan haller zarar kalemlerinin bir kısmının sayılmasından ibarettir. Bunların dışında da ortaya çıkmışsa zararın tazmini, ispatı koşuluyla mümkündür.

Ölen kişinin bir şahsa/shahıslara sağladığı maddi desteğin veya bakım ve yardımın;

- Devamlı ve düzenli olması,

- Meşru bir sebebe dayanıyor olması şarttır. (Ölen kişiden, hukuka veya ahlaka aykırı bir sebebe dayanarak maddi destek alan kişi destekten yoksun kalma tazminatı talep edemez.) (Savaş, 2011, s. 157-179)

Ölüm halinde, destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında göz önünde tutulan hususlar:



1- Ölen kişinin ölmeden önceki geliri

2- Ölen kişinin yaşı

3- Kusur oranları; hastanın tam kusurlu olması halinde, hastanın ölümünden kaynaklanan zararlardan hekim sorumlu tutulamaz. Çünkü hastanın tam kusuru, hekimin uygulama hatası ile zarar arasındaki illiyet bağıını keser.

4- Geride kalan eşin erkek ya da kadın olması(Savaş, 2011, s. 157-179)

1.2.7.2. Manevi Tazminat

Hatalı tıbbi uygulama halinde manevi tazminat, “*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. “Mahkeme, manevi tazminat olarak, para şeklinde nakden bir miktar paraya hükmedebilir, bu durumda halin icabına göre, bunun sermaye şeklinde toptan veya irat şeklinde ödenmesini emredebilir. “Mahkemece hükmedilen tazminatın, sermaye şeklinde toptan ödenmesi, manevi tazminatın amacına daha uygun olacaktır.”(Yördem, 2019)

1.2.7.2.1. Hastanın Ölümü Halinde Manevi Tazminat

“BK” m. 47: “*Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismanî, zarara düşen olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adaletle muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.*” Hükümden anlaşılacağı üzere, hekimin kusurlu davranışı sebebiyle bir yakını kaybeden kişi, yaşadığı derin elem ve sıkıntı için manevi tazminat talep edebilmektedir.

Ölüm nedeniyle manevi tazminat davasında davalının kusurlu davranışta bulunan hekim olduğu biliniyorken davacının kim/kimler olabileceği hususu tartışmalıdır. “BK” m. 47’ye göre ölüm halinde manevi tazminat talep etme hakkı ölünün “ailesine” aittir. Buradaki “aile” kavramı soy bağıyla sınırlı yorumlanmamalıdır. Aile kavramı, ölünün hayattayken kurduğu derin sevgi bağı üzerinden anlamlandırılmalıdır. Ölen kişinin kaybının kendisinde

ne denli yoğun bir ruhsal travmaya neden olduğunu kanıtlayabildiği müddetçe ölen kişi ile yaşadığı süreçte, sıkı sevgi bağı olan herkes manevi tazminat talebinde bulunabilecektir.

1.2.7.2.2. Hastanın Cismani Zarara Uğraması Halinde Manevi Tazminat

“BK” m. 47: *“Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismanî zarara düşer olan kimseye ... manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.”*

“BK” m. 47 hükmü hekimin kusuru sebebiyle hastanın cismani zarara uğraması durumunda, sadece kendisinin manevi tazminat talebinde bulunabileceği şeklinde yorumlanabilir. Buna göre, hekimin kusurlu davranışı sebebiyle bir yakını zarara uğrayan kimse (beden gücünü kaybederek malul olan veya durumu ağırlaşanveya bedeninde kalıcı bir iz oluşan hastanın yakını) “BK” m. 47 hükmüne göre tazminat talep edemeyecektir. Cismani zarara uğrayan hastanın yakınının dayanak yapacağı hüküm, “BK” m.49’ dur. Şöyle ki;

“Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dâva edebilir. Hâkim, manevi tazminatın miktarını tâyin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.” Hekimin kusurundan dolayı zarar gören ve belki de bakıma muhtaç hale gelen hastanın yakınları da hastayla birlikte derin acı ve sıkıntılarla dolu yeni bir süreç girmektedir. Hekimin görevini gereği gibi ifa etmemesinden dolayı hastanın yüzünde sabit bir iz kalırsa, baba, çocuğunun yüzüne her bakışta tarifsiz bir acı çekecektir. Hekimin kusurlu davranışı sebebiyle cinsel fonksiyonlarını kaybeden hastanın eşinin kişisel hakları da bu durumdan menfi anlamda payını alacaktır. (Zararın Yansıması ve Yansıma Yoluyla Manevi Tazminat İstemi) Bu hallerde “BK” m. 49 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

1.2.7.2.3. Cenin İçin Manevi Tazminat

Sağ doğmak kaydıyla, olay günü ana rahmine düşmüş olan ceninin de manevi tazminat talep etme hakkı bulunduğu Yargıtay kararlarında kendisine yer bulmuştur.. (Savaş, 2011, s. 157-179)

1.2.7.2.4. Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Esas Alınan Ölçütler

- Ölüm şeklinin ölenin yakınlarında yarattığı ruhsal travma,
- Maluliyet oranı, geçici veya kalıcı nitelikte olması,
- Hekimin kusurlu davranışı sonucu hastanın vücudunda oluşan kalıcı iz, izin bulunduğu yer, hastanın cinsiyeti-yaşı-mesleği,
- Kusur oranları,
- Tarafların sosyal ve ekonomik durumu,

Tazminat miktarına TBK m. 49/2 hükmü gereğince yukarıdaki husları da dikkate alarak hakim belirleyecektir. Türk hukuk sistemindeki yerleşik görüşe göre manevi tazminat, zenginleşme aracı olarak kullanılmamalıdır.

1.3. Cerrahi Müdahale Olgularında Tıbbi Uygulama Hatalarından Cezai Sorumluluk

1.3.1. Genel Olarak

Kural olarak vücut bütünlüğüne yapılan her türlü müdahale hukuka aykırıdır. Ancak hukukun ‘izin verilen risk’ olarak ifade edilen uygulanmasında ortaya çıkabilecek riskleri aşkın bir yarar sağlayan birtakım fiilleri –bazı durumlarda vücut bütünlüğü ihlal edilenin onamı şartıyla- bu kapsamın dışında bıraktığı görülmektedir. Bu kapsamdaki müdahalelerden biri de sağlık alanındaki cerrahi müdahalelerdir. Cerrahi müdahalelerde de tanı, tedavi, hastanın takibi, yanlış araç ve yöntemin seçilmesi gibi kusur türleri sıralanmaktadır. Müdahalelerin tıbbi malpraktis olarak nitelendirilmemeleri için yetkili bir kişinin, endikasyon gereği olarak, tıbbi standartlara uygun bir müdahaleyi hastanın açıkça aydınlatılmış onamını alarak gerçekleştirilmiş olmaları gerekmektedir. Hekimin tüm dikkat ve özeni göstermesine karşın ortaya çıkması beklenen ve önlenemeyecek olan veya beklenmeyen durumlara ise komplikasyon denilmekte olup bunlar için hekimin sorumluluğuna başvurulamaz. Tıbbi malpraktisin sonucunda genellikle hasta ölmüşse taksirle adam öldürme, hasta yaralanmışsa taksirle yaralama suçundan cezai işlem yapılır. Taksirin oluşabilmesi için; taksirin cezalandırılacağı konusunda yasada bir hükmün bulunması, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, hareketin bilerek ve istenerek yapılması, sonucun (neticenin) öngörülebilir olması, failin öngörülen neticeyi istememiş olması, hareket ile sonuç arasında nedensellik bağı bulunmasıdır.

1.3.2. Hekimin Malpraktis Olarak Nitelendirilen Müdahaleleri

1.3.2.1. Hekimin Tanı, Teşhis Kusuru

Özellikle son yıllarda uzmanlık branşlarının tıbbi uygulamalarında birbirine giderek daha fazla yaklaşması sonucu tanı ve tedavi uygulamalarında uzmanlık alanının sınırlarını korumak zorlaşmakta, dikkatli olmayı gerektirmektedir. Diğer taraftan “yetki” alanında kalmak öncelikle asistan hekimler için çok önemlidir ve uzman hekim denetiminde bulunulması zorunludur. (Ekizoğlu)

“Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”nde öngörüldüğü üzere sağlık alanında yapılacak tüm işlemler mesleki standartlara uygun yapılmalıdır. Daha önceden bilinip uygulanan ya da kullanılan bir tanı yöntemini kullanmamaktan dolayı oluşacak zarardan doktorun sorumluluğu söz konusudur. Ancak, hekimin teşhis zorunluluğu yoktur ve teşhis koymayan bir hekim aleyhine kusuru var denilerek dava açılamayacaktır. Teşhis aşamasında kusuru olarak nitelendirilebilecek bir husus, hekimin gerekli konsültasyonları istememiş olmasıdır. Bu durum eksik araştırma olarak ya da özen kusur olarak nitelendirilebilecektir.(Özcan, s. 289-315)

1.3.2.2.Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünde Kusuru

“Lizbon Bildirgesi”nde düzenlenen hastanın tedaviyi kabul ya da ret hakkı, yaklaşık iki bin beş yüz yıldır uygulanagelen buyurgan ve paternalist hipokratik tıp anlayışının sona erdiğini göstermektedir. (Kök,s.677-685.)

“Tıbbî aydınlatma yükümlülüğü ise esasen üç biçimde kendisini göstermektedir. Bunlar sırasıyla; hastaya uygulanacak tıbbî eylem ve işlemlerle ilgili hastanın özelliklerini koruyucu yönde müdahale aydınlatması; tedavi sürecinin kontrolü ve tedavisinin başarılı sonuçlanmasına yönelik güvenlik, tedavi aydınlatması, hastaya yükletebilecek olası mali ve parasal yükümlülüklerle ilişkin ekonomik aydınlatmadır.” (Özcan, s. 289-315)

Bu işlemi hukuka uygun bir işlem haline getirmek için yapılması gereken ilk iş hastanın veya vasisinin aydınlatılması ve onamının (rıza) alınmasıdır. (Küçüker)

Bilgilendirme neticesinde hastanın aydınlatılmış rızasının alınması, komplikasyon gerçekleşse bile hekimin sorumluluğunun doğmasını engelleyecektir. Ancak rızanın alındığı veya müdahalenin riskli olduğu hususunda hastanın aydınlatılıp rızasının alındığı müdahalelerde, hekim ispat yükünden kurtulur.

1.3.2.3.Hekimin Tedavi Kusuru

Tedavi kelimesi sadece hastalığın oluşumundan sonraki aşamayı değil, önceki profilaktik tedbirleri de içermektedir. Tedavi çok seçenekli bir uygulamadır ve profilaksinin

ile birlikte gözlem altında tutma, ilaçla tedavi, cerrahi müdahale, psikolojik yardım olarak beş ana gruptan oluşmaktadır. (Özcan, s. 289-315)

1.3.2.4.Hekimin Tedavi İçin Araç ve Yöntem Seçiminde Kusuru

“Hasta Hakları” m. 11’ e göre “*Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.*”. “Tıbbi Deontoloji Tüzüğü” m. 13’te ise tıbben kabul edilmemiş, hekimin yeteri kadar denenip standart tedavi yöntemleri arasına girmemiş yöntemi kullanamayacağı vurgulanmıştır. Kural olarak hekim teşhis ve tedavi esnasında kullanacağı araçların seçiminde serbesttir. Ancak hekim bu seçimini yaparken hastanın özelliklerini dikkate almalı ve daha sonra seçiminin haklılığını ispat edebilmeli, seçimini kendisine ve başkalarına açıklayabilmelidir. (Özcan, s. 289-315)

1.3.2.5.Hekimin Tıp Kurallarının Uygulanmasında Kusuru

Hekimin, tıp biliminde tespit edilmiş olan kuralları doğru ve hatasız olarak uygulamadığı hallerde veya zararlı sonucun hekimin bilmesi gereken zorunlu bilgilerinin eksik olmasından kaynaklandığı hallerde hekimin kusuru mevcuttur. Ancak gerekli olmayan, tartışılan ve genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına uymamak, sorumluluğu gerektiren bir kusur sayılmaz.

1.3.2.6.Hekimin Hal ve Şartların Gerektirdiği Özeni Göstermesinde Kusuru

“Bu sorumluluk uygulamayı yapan kişi için hastayı makul olmayan riske maruz bırakmaktan kaçınmayı içerir. Bu kavram Hipokrat öğretisindeki “ önce zarar verme ilkesi” ile yakın bir sorumluluktur.”(Ekizoğlu)

“Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi” m. 2.’de; hekimin, hastasını tedavi ederken, azami dikkat ve özeni göstermek zorunda olduğu belirtilmiştir.Hekimlerin tedavi ile ilgili kusurları, sadece kural haline gelmiş ve belli bir tarzda davranılmasını gerektiren tıp kaideleri ile sınırlı bulunmamaktadır. Hekimin, tedavi nedeni ile hastanın zarar görmemesi için hal ve şartların gerektirdiği özen yükümlülüğünü de yerine getirmesi gerekir. (Özcan, s. 289-315)

1.3.2.7.Hekimin Hastayı Takip ve Kontrolünde Kusuru

Hekimin sorumluluğu, sadece hastanın tanı ve tedavi süreci ile sınırlı kalmayıp bazı durumlarda, hastanın takip ve kontrolü aşamalarını da içerebilir. Hekimin bu husustaki ihmali ve kusurlu davranışı da sorumluluğunu gerektirir. (Özcan, s. 289-315)

1.3.2.8.Hekimin Beceri ve Organizasyon Kusuru

Sağlık işletmelerinde kurumun sorumluluğunun gündeme geldiği asıl kusur, organizasyon kusuruna ilişkin alandır. Özellikle hastane yönetiminin, hastaların ve refakatçilerin barınması, ısınması, onlara uygun yiyecek-içecek verilmesi, gereken kriterlerde personel istihdamı, hastanede yürütülecek deney, test, tahlil ve laboratuvar çalışmalarının kurallara uygun yürütülmesinin organize edilmesi, hijyen kurallarına uygunluğun sağlanması, tıbbî araç-gereçlerin yetkili kişilerce ve tekniğine uygun şekilde kullanılması ve bunların fonksiyon görecektir şekilde muhafazasının sağlanması gibi pek çok yükümlülükleri vardır. Bunlara uyulmamasından doğacak hasta zararının sorumluluğu, organizasyon kusuru çerçevesinde bu konuda gerekli organizasyonu sağlamayan sağlık kurumuna ve yönetimine aittir. (Özcan, s. 289-315)

1.3.2.9.Hekimin Acil Durumlardaki Müdahalelerinde Kusuru

“Tıbbi Deontoloji Tüzüğü” m. 3’e göre “*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur*” m. 18’ e göre “*Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.*”. İlgili hükümlerden anlaşıldığı üzere hekim acil durumlarda müdahalede bulunmak zorundadır. Acil haller, resmi veya insani vazifenin yerine getirilmesi durumlarında ifayı reddedemez. Hekimin vekâletsiz iş görme hallerinden olan acil durumlara müdahale durumu, tesadüfen kaza yerinde bulunan ya da kaza yerine çağırılan serbest çalışan bir hekimin ya da bir hastane hekiminin, kazazede hastayı ölümden veya ağır bir zarardan kurtarmak için yaptığı zaruri tıbbi müdahaleler olarak ifade edilebilir. (Özcan, s. 289-315)

1.3.3.Taksirle Öldürme ve Yaralama Suçları

1.3.3.1.Genel Olarak

“Tıbbi malpraktis tıbbi bakım sağlayanların kasıtlı ihmallerinin kanuni sorumluluğunu içerse de genelde tıbbi özensizlik ve ihmali ifade eder.” (Ekizoğlu)

Hekimlerin sorumluluklarının kaynağı tıbbi işlemlerdeki hareketleridir. Hekimin taksire dayalı cezai sorumluluğu değerlendirilirken iki önemli husus üzerinde durmakta yarar vardır;

Birincisi, **tedavi serbestisi**; Bu ilke, hekimin, teşhis ve tedaviye ilişkin araç ve kuralları seçebilmesini, bu konuda serbest olmasını ifade eder. Yani hekim seçimini yaparken tıp mesleğinin genellikle kabul görmüş kurallarına uymak zorunda değildir. Hekim hastanın subjektif durumu ve entelektüel yeteneklerine göre yerinde bulduğu yöntemi takip etmek hakkına sahiptir. Tıp biliminin genel ve öncelikle kullanılan yöntemlerinin, sırf bu nedenle, tercih edilmeleri zorunluluğu yoktur. Aksi halde, tıbbi müdahale gerçekleştirilirken somut şartların değerlendirilmesi ve hastanın özelliklerinin gözetilmesi kuralı ortadan kalkar. İlkenin amacı, her hekime, kendi mesleki deneyimlerini ve bunlardan edindiği tecrübelerini uygulamak olanağını vermektir. (Demirhan, s.108-130)

“İkincisi, **mesleki hata**; Hekim, tıbbi müdahalede seçtiği yöntemi, bilimsel ve klinik açıdan objektif biçimde haklı gösteremiyorsa veya karşılaştırma genel kabul gören usullerin daha önerilir olduğunu gösteriyorsa, artık mesleki hatadan söz edilecektir. Yöntemlerden herhangi birisinin kesin üstünlüğünün kabul edilemediği veya somut olayda yöntemlerden hangisinin daha fazla başarı şansının bulunduğu tespit edilemediği durumlarda, hekimin kusurlu olmadığı sonucuna varmak gerekecektir.” (Demirhan, s.108-130)

Suç yaratan normlar herkese hitap ederlerken sübjektif hak yaratan normlar ise, sadece belli özellikleri bulunan kimselere hitap ederler. Her iki kapsama da giren durumlarda çözüme ilişkin açık bir kural yoksa, sistemin mantığından hareketle varılan *"yetkinin icrası"* (hakkın icrası) kavramından yararlanılabilmektedir. (Keyman, s.59-89)

“Sorumluluk, faaliyetten vazgeçmemekle beraber, bazı özel tedbir kurallarına uymak ve faaliyeti belli biçimlerde icra etmek sureti ile önlenebilecek sonuçlar bakımından ortaya çıkabilmektedir.” (Keyman, s.59-89)

“Gerek öğreti gerekse yargısal kararlarda, taksirin unsurları;

- Taksirin cezalandırılacağı konusunda yasada bir hükmün bulunması,
- Dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi,
- Hareketin bilerek ve istenerek yapılması,
- Neticenin öngörülebilir olması,
- Failin neticeyi istememiş olması,
- Hareket ile sonuç arasında nedensellik bağı bulanmasıdır.” (Yalvaç, s.16-22)

1.3.3.2. Suçla Korunan Hukuki Değer

Taksirle öldürme suç tipi ile korunan yarar, bireyin yaşamıdır. Doğumun başlangıcıyla bu niteliği kazanan insan, suçun konusunu oluşturmaktadır. (Demirhan, s.108-130)

Taksirle yaralama suçunda ise korunan hukuksal değer insanın vücut bütünlüğü dokunulmazlığı, fiziksel ve ruhsal sağlığıdır.

Vücut bütünlüğü dokunulmazlığı hakkının varlığı ve kabulü, kişinin doğumundan ölümüne kadar geçecek süre içinde, bir başkasının hatta kendisinin bile, gerçekleştireceği saldırılardan korunmasının gerekliliği anlamına gelir. Vücut bütünlüğü ile kişinin fiziksel ve ruhsal tamlığı ifade edilmek istenmektedir. Bu tamlığa maddi veya manevi şekilde zarar verecek hareketler söz konusu hakkın ihlalini sonuç verir. İhlal hem fiziksel hem ruhsal tamlığa yönelik olabileceği her birisine yönelik de olabilir. Vücut bütünlüğü, “1982 Anayasası”nın 17. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında, “Herkes, yaşama, maddi ve manevini varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller

dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz” şeklinde güvence altına alınmıştır. (Demirhan, s.108-130)

1.3.3.3.Suçun Faili ve Mağduru

Taksirle öldürme suçunun faili ve mağduru herkes olabilir. Suçun işlendiği anda mağdurun hayatta olması gerektiği açıktır, çünkü suçla korunmak istenen yaşam hakkıdır. (Demirhan, s.108-130)

Tedavi edilmek amacı ile vücut bütünlüğüne dokunulmasına izin veren kişiyi *mağdur* saymak da mümkün değildir. “Vücut bütünlüğünün ihlali için işlenmiş hafif bir fiile ses çıkarmamak ile sağlığına kavuşmak için bedeni üzerinde bazı işlemlere izin vermek arasında, önemli farklar vardır.”(Keyman, s. 59-89)

Taksirle yaralama suçunun faili herhangi bir kişi olabilir. Hekimin taksirle yaralama suçu konu edildiğinde taksirli davranarak hastasının zarar görmesine sebep olan fail hekimdir. Fail, objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle öngörülebilir ve önlenabilir yaralanma neticesini öngörmediği ya da önleyemediği için, gerçekleşen yaralamadan sorumlu tutulmatadır. Dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde objektif ölçü esas alınmakta, fail olan hekimin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmamaktadır. (Demirhan, s.108-130)

1.3.3.4.Suçun Maddi Unsuru

Taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun maddi unsuru, taksirle hareket ederek bir kimsenin ölmesine neden olmaktır. Fail, bu sonuca icrai veya ihmali harekette bulunarak sebebiyet vermiş olabilir. Hareketle netice arasında illiyet bağı bulunmalı; ölüm neticesi failin gerçekleştirdiği hareket sonucunda ortaya çıkmış olmalıdır. Hareketin böyle bir neticeyi meydana getirebileceği objektif olarak kabul edilebiliyorsa ve failin, ortaya çıkan ölüm neticesine engel olmak için yeterli özenli davranışa aykırı hareket ettiği açıksa hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisi mevcuttur. “Taksirli hareketle netice arasında nedensellik ilişkisinin kurulabilmesi için, bu hareket yapılmasaydı neticenin de gerçekleşmeyeceğinin kesinlikle anlaşılması gerekli olmayıp, bunun olanaklı ve muhtemel olması yeterlidir.” (Demirhan, s.108-130)

Ölüm neticesinin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda TCK m.25'e göre her fail kendi kusuru oranında ayrı ayrı değerlendirilip ceza belirlenecektir. Bununla beraber nedenselliğin kesilmesi sebebiyle failin neticeyi öngörebilme olanağı ortadan kalkmışsa, artık bu durumda failin taksirinden söz edilemez. "Ölüm sonucunun, taksirli harekete başka nedenlerin katılmasıyla meydana geldiği hallerde ise fail taksirle ölüme sebebiyetten değil, ancak taksirle yaralamaya sebebiyetten sorumlu tutulur. Konuya ilişkin Yargıtay, taksirli hareketle yaralanan mağdurun yirmi dokuz gün sonra hastanede öldüğü bir olayda, ölümün bacadaki açık yaranın ameliyattan sonraki bakım sürecinde ortaya çıkan mikrop toksinlerinin kana karışması sonucu meydana gelmesi nedeniyle, taksirli ölüme değil; taksirle yaralamaya ilişkin hükmün uygulanması gerektiğine karar vermiştir." (Demirhan, s.108-130)

Taksirle yaralama suçunun maddi unsuru, taksirle bir kimsenin yaralanmasına neden olunmasıdır. Maddi unsura ilişkin diğer açıklamalar taksirle öldürme suçuyla aynıdır.

1.3.3.5.Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru olan taksir, istisnai bir kusurluluk şeklidir. Kanun istisnai kusurluluk şekli olan taksirin varlığını, fiili suç saymak ve failini cezalandırmak açısından yeterli saymıştır. Çünkü nispeten ağır ve toplum için zararlı sonuçlar doğurabilecek hareketleri yapan veya meslekleri icra eden kimselerin daha dikkatli, daha basiretli davranmalarını, başkalarının hak ve menfaatlerine karşı titizlikle yaklaşmalarını, bu gibi hak ve menfaatlere karşı umursamazlıkla hareket etmemelerini sağlamak için önemli gördüğü bu gibi durumlara müeyyide bağlamıştır. "TCK" m.22/2'ye göre, taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın, suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi biçiminde tanımlanmıştır. (Demirhan, s.108-130)

Kastta failin kusurlu iradesi hem harekete hem de neticeye yönelirken, taksirde kusurlu irade sadece harekete yönelik olup, neticeye yönelik değildir. Fail, kasıtlı davrandığında, neticeyi öngörür ve isterken, taksirli davrandığında, neticeyi öngörmez veya öngörmekle birlikte, gerçekleşmesini istemez. Taksirli hareketin cezalandırılmasının nedeni, toplumun bireylere yerine getirilmesi olanaklı olduğu hallerde dikkat ve özen gösterme görevini yüklemiş olmasıdır. (Demirhan, s.108-130)

Davranış kuralları belirlenirken objektif kriterler dikkate alınır ve ilgili oldukları alandaki bilim ve deneyimden yararlanılarak, öngörme ve önleyebilme ölçütleri ortaya konulur. “Buna göre, uyulmaması halinde böyle bir neticenin öngörülebilir veya uyulması halinde böyle bir neticenin önlenabilir olduğu icrai ya da ihmali davranışları gösteren kurallar, önleyici davranış kurallarıdır.” (Demirhan, s.108-130)

TCK m.22/1’e göre failin taksirli hareketinden dolayı cezalandırılması, bunun kanunlarda açıkça gösterilmiş olmasına bağlıdır. Suçun oluşabilmesi için aranan temel kusur türü kasttır; taksir ancak istisnai bir kusurluluk şeklidir. Buna göre, suçlar kural olarak kasten işlenebilirlerken kanunda bir suçun taksirli şekline ayrıca yer verilmişse, o suç taksirle de işlenebilir.

Öngörme kavramı, bilinçli ve bilinçsiz taksiri birbirinden ayıran özelliktir. Neticenin öngörülebilmesinden anlaşılan, neticenin fail tarafından, hareketin yapıldığı zaman ve bu andaki koşullara göre tahmin edilebiliyor oluşudur. Eğer neticenin öngörülebilme olanağı yoksa failin sorumluluğu söz konusu değildir. (Demirhan, s.108-130)

1.3.3.6.Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka uygunluk nedeni olarak rıza düşünülebilirse de, yaşam hakkına yönelik rıza hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez. Tıbbi müdahale bağlamında ancak izin verilen risk bir hukuka uygunluk nedeni olabilir. Nitekim deprem sonrası yetersiz aletlerle hastaya acil müdahalede bulunan hekim riziko çerçevesinde hareket ettiğinden hukuka uygun hareket etmektedir. Başka ciddi tedavi alternatifinin bulunmadığı hallerde de, hekimin rizikolu bir yöntemi tercih etmesi durumunda hekimin hareketi izin verilen risk çerçevesinde hukuka uygundur. (Demirhan, s.108-130)

Ancak bu tip durumlarda, ölüm veya ağır zarar tehlikesi ne kadar ciddi ise, takip edilen amaç da o kadar esaslı olmalıdır. Böylece bu tip bir amaç için alınan risk haklı görülebilmelidir. Ölmek üzere olan acil bir hastayla karşılaşan, onu hijyen açısından yetersiz bir ortamda ameliyat eden hekim, mikrop kapması yüzünden hastanın ölümüne yol açtığı takdirde zorunluluk halinden yararlanır.

“Buna karşılık seçim imkânı veren olaylarda, somut olaya dayanarak kendi seçimini haklı gösterebilen hekim, doğan zararlı sonuçtan sorumlu olmayacaktır.” (Keyman, s. 59-89)

Tıbbi Müdahalenin hukuka uygunluk şartları ise dört ana başlıkta incelenebilir. Bunlar; Tıbbi müdahalenin kanunen yetkili kişilerce yapılması, endikasyon, yeterli ve uygun bir aydınlatılmış onam ve yapılan müdahalenin tıp biliminin standartlarına uygun yapılmış olmasıdır.(Işık, 2020, s. 542-544)

1.3.3.7.Suçun Nitelikli Halleri

TCK m.22/3'e göre taksirle ölüme sebebiyet verilmesinde, failin bilinçli taksirli olması halinde, ceza üçte birden yarısına kadar artırılır. Karşılaştırmalı hukuka göre, meslek ve sanatın icrası sırasında ölüme sebebiyet verilmesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmektedir. "Çünkü bir meslek veya sanatı icra eden kişiye karşı toplum güven duymakta, yapılan işin gereken özen gösterilerek icra edileceği konusunda bir kanaate sahiptir. Bu nedenle, mesleğin icrası sırasında sebebiyet verilen ve taksire dayanan ölüm halinde, failin daha ağır cezalandırılması gerektiği düşünülmektedir." (Demirhan, s.108-130)

89. Maddenin dördüncü fıkrasında,"*Failin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*" şeklinde taksirle yaralamaya ilişkin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal düzenlenmiştir. Örneğin, acil gözlemede yatan hastaların belirli aralıklarla yapılması gereken tedavilerini ihmal eden hemşire, tedavi gecikmesi sonucu mağdur olan hastaların tamamının zararından dolayı sorumlu olacaktır. (Demirhan, s.108-130)

Taksirli eylem sonucunda, mağdurun "TCK m.89/2"de gösterilen derecede yaralanmasına sebebiyet verilmesi, suçun bir diğer ağırlaştırıcı nedenidir. Bu durumda ceza, temel cezanın yarısı oranında artırılır. Bu ağırlaştırıcı nedenler şunlardır:

-Taksirle Yaralamanın Duyu Veya Organlardan Birinin İşlevinin Sürekli Zayıflamasına Neden Olması

-Taksirle Yaralamanın Vücutta Kemik Kırılmasına Neden Olması

-Taksirle Yaralamanın Konuşmada Sürekli Zorluğa Neden Olması

-Taksirle Yaralamanın Yüzde Sabit İze Neden Olması

-Taksirle Yaralamanın Yaşamı Tehlikeye Sokan Bir Duruma Neden Olması

-Taksirle Yaralamanın Gebe Kadının Çocuğunun Vaktinden Önce Doğmasına Neden Olması

Taksirli hareket sonucunda, mağdurun “TCK m.89/3”de belirtilen derecede yaralanmasına neden olunması halinde, ceza, temel cezanın bir katı oranında artırılır. Bu ağırlaştırıcı nedenler:504

Taksirli Yaralamanın Mağdurun İyileşmesi Olanağı Bulunmayan Bir Hastalığa Veya Bitkisel Hayata Girmesine Neden Olması

Taksirle Yaralamanın Duyu Veya Organlardan Birinin İşlevinin Yitirilmesine Neden Olması

Taksirle Yaralamanın Konuşma Yeteneğinin Kaybolmasına Neden Olması

Taksirle Yaralamanın Çocuk Yapma Yeteneğinin Kaybolmasına Neden Olması

Taksirle Yaralamanın Yüzün Sürekli Değişikliğine Neden Olması

Taksirle Yaralamanın Gebe Bir Kadının Çocuğunun Düşmesine Neden Olması

1.3.3.8.Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Bu suçta diğer taksirli suçlarda olduğu gibi teşebbüs ve iştirak (TCK m.40/1), mümkün değildir. TCK’unda taksirle ölüme sebebiyet verme suçu açısından özel bir içtima hükmü bulunmaktadır. TCK md.85/2” de düzenlenmiş olup, buna göre, (2) “*Fîil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”, şeklinde belirtilmiştir.

Taksirle yaralama suçunun özel görünüş şekli olarak teşebbüs ve iştirak sayılabilir.

Teşebbüs: “TCK”nın m. 35’e göre “*kişi işlemeyi kastettiği bir suçu*” *tamamlayamazsa teşebbüsten cezalandırılır.*”. Kasten işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olduğu madde hükmünce açık iken taksirli hareketle işlenen suçlar için teşebbüs mümkün

olmayacaktır. Çünkü bu suçlarda netice istenmemektedir, bu yüzden istenmeyen bir neticeye yönelik icra hareketlerinden söz edilemez. (Demirhan, s.108-130)

İştirak: Taksirli fiiller, birden fazla fail veya birden fazla hareketle meydana getirilebilir. Faillerin ve her birinin hareketlerinin sonucunda istenmeyen netice meydana gelmektedir, bu yüzden iştirak halinden söz etmek mümkün değildir. Bu durumda her fail kendi taksirli hareketinden sorumlu tutulacaktır. (Demirhan, s.108-130)

İçtima: “İşlenen yaralama suçu ile tek fiille birden çok hukuki değerin ya da bazı koşullarla farklı fiillerle aynı hukuki değerin ihlal edilmesi halinde suçların içtimaı söz konusudur ve taksirle birden fazla kişinin yaralanmasına neden olunması halinde cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran özel içtima kuralı öngörülmüştür” (89/4 md). (Demirhan, s.108-130)

1.3.3.9. Soruşturma ve Kovuşturma

Kamu görevlisi hekimler ve diğer sağlık personelinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlar bakımından ceza soruşturması “4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun” hükümlerine göre yürütülür. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na göre Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun soruşturma izni vermediği durumlarda, kamu görevlisi olan hekim Cumhuriyet Savcılığı tarafından soruşturulamaz:

Ek Madde 18- (Ek:12/5/2022-7406/14 md.) Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olanlar hariç olmak üzere, kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve dış hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle yapılan soruşturmalar hakkında 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Soruşturma izni, Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından verilir. Mesleki Sorumluluk Kurulu, özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve dış hekimleri ile diğer sağlık meslek mensupları bakımından il sağlık müdürlüklerinde görevli başkan veya yardımcılarını da ön inceleme yapmak üzere görevlendirebilir. Soruşturma izni verilmesine ilişkin 4483 sayılı Kanunun 7 nci maddesindeki süreler, iki kat olarak uygulanır.

Mesleki Sorumluluk Kurulunun kararlarına karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilir.

Kamu kurum ve kuruluşları ve Devlet üniversitelerinde görev yapan hekim ve dış hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idare tarafından ödenen tazminattan dolayı ilgisine rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına, ilgilinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusur durumu gözetilerek Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından bir yıl içinde karar verilir. (Ek cümle:21/2/2024-7496/21 md.) Devlet üniversitelerinde görev yapanlar bakımından, ilgili üniversite tarafından Mesleki Sorumluluk Kurulu kararı ve varsa ilgili hakkında görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığına dair kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı dikkate alınarak altı ay içinde nihai karar verilir.

(Ek fıkra:21/2/2024-7496/21 md.) İdare, kesinleşen mahkeme kararında hüküm altına alınan tazminatı ödedikten sonra hukuken sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle tazminatın ödenmesine sebep olan ve zorunlu meslekî malî sorumluluk sigortası bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile devlet üniversitelerinde görev yapan sağlık meslek mensuplarının yerine geçer. Bu sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle her türlü kusuru ve görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek verdikleri zararlardan dolayı idare tarafından ödenen avukatlık vekâlet ücreti ve yargılama masrafları dâhil tazminat sağlık meslek mensubunun kusuru oranında ve sigorta teminatı dâhilinde tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu malî sorumluluk sigortası yaptırdığı sigorta şirketinden talep edilir.

Ancak aşağıda belirtilen şartların oluşması halinde kamu görevlisi sağlık personeli hakkında doğrudan soruşturma yapılması olanaklıdır: (Demirhan, s.108-130)

İrtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet gibi suçlar “3628 sayılı Kanunun” 19/1 maddesi uyarınca Cumhuriyet savcılığı tarafından doğrudan soruşturma yapılır.

Kamu görevlisi olmayan hekimler yönünden; Cumhuriyet savcılığı tarafından 5271 sayılı “CMK” hükümlerine göre doğrudan soruşturma yapılır. (Demirhan, s.108-130)

Kovuşturma

Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması takibi şikâyeteye bağlı olduğu için savcı taksirle öldürme suçundan farklı olarak taksirle yaralama eyleminde bulunan sağlık personeli hakkında doğrudan soruşturma yürütemez ve dava açamaz. Ayrıca hasta, hekimin eylemi sonucu şikayette bulunsa dahi bu talebini geri alabilecek ve bundan sonra hekim hakkında açılan dava düşecektir. Ancak, 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı kanunla değişik “TCK” m.89/5 uyarınca “TCK” m.89/1 dışında suç bilinçli taksirle işlenmişse artık takibi şikayete bağlı değildir. Buna göre, “TCK” m.89/1 kapsamında taksirle yaralama bakımından bilinçli taksir söz konusu olsa bile soruşturma ve kovuşturma şikayete bağlıdır. Taksirle yaralama şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın uzlaşma kapsamındadır. (Demirhan, s.108-130)

1.3.3.10.Bilirkişi Raporları

“Ülkemizde yapılan bir çalışmada, hatalı tıbbi uygulama iddiası ile açılan davalarda temyiz edilen hukuk davası kararlarının %9,6’sının Yargıtay tarafından onandığı, %90,1’inde ise bozma kararı verildiği, en sık görülen bozma sebebinin %39,8 ile bilirkişi raporlarının karar vermeye elverişli olmadığı gerekçesi bildirilmiştir.” (Aktürk, s.19-25)

Sağlık mensubunun meydana gelen zararlı sonuca kusurlu davranışıyla neden olup olmadığının belirlenmesi teknik bir konu olduğundan 5271 sayılı “CMK”nın 63. maddesi uyarınca mutlaka bir bilirkişi incelemesini gerektirmektedir. Mahkemelerin uygun göreceği bilirkişinin rey ve görüşüne başvurma özgürlükleri saklı kalmak kaydıyla tıp mesleğinin uygulanmasından doğan suçlarda Yüksek Sağlık Şurası’nın görüşünün sorulmasını zorunlu kılan 1219 sayılı Yasa’nın 75. Maddesi, Anayasa Mahkemesinin 3.6.2010 tarihli ve 2009/69-2010/79 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Buna göre, Yüksek Sağlık şurasından görüş almak artık zorunlu değildir. Ancak bu zorunluluğun geçerli olduğu dönemde de, Yargıtay’ca bozma kararları verilmiştir. Kararların gerekçesi olarak raporun bağlayıcı olmadığı ve Şuranın son merci olmadığı, Adli Tıp İhtisas Daireleri ile Şura raporu arasında çelişki bulunması halinde, çelişkilerin giderilmesi açısından yeniden rapor alınması, ya da oluşt

uygun olduğu takdirde diğerkurumlardan alınan raporlara itibar edilerek hüküm verilmesi gerektiğı şeklinde görüş belirtilmiştir.

Hekim müdahalelerine dayalı sorumlulukların belirlenmesinde bilirkişi raporlarının; “sanıkların sıfatları, durumları ve yetki dereceleri, oluş içinde değerlendirilmek suretiyle” olayın oluşuna ilişkin kısımları dosya kapsamına uygun saptamalar içermeli, sonuç kısımları yasal dayanaklarını da kapsayacak şekilde açık, anlaşılır ve gerekçeli olmalıdır. Raporlarda, müdahale ile hangi hukuki norm ya da ortak hayat tecrübelerinin, genel kabul gören uygulamaların ihlal edildiğinin yargısal denetime imkân verecek şekilde gösterilmesi gerekir. “Şüphesiz ki, kusuru belirleyecek nihai merci mahkeme ise de, yeterli bir bilirkişi raporu, mahkemelerin doğru ve adil bir sonuca ulaşmasında en büyük yardımcı olacaktır.”(Yalvaç, s. 16-22)

1.3.3.11.Yaptırım

5237 sayılı “TCK” m. 85/1’e göre bir kişinin taksirle öldürülmesi halinde 2 yıldan 6 yıla kadar hapis, birden fazla ölüm veya bir ölü ile birlikte yaralanma halinde 2 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. 5237 sayılı “TCK”nın 89/1. maddesinde ise, 3 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası, 2. fıkrasında bu cezaların yarı, 3. fıkrasında ise cezaların bir kat arttırılması, birden fazla kişinin yaralanması halinde ise altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Her iki suç tipi için de bilinçli taksirle işlenmesi halinde 22/3. madde uyarınca cezaların üçte birden yarısına kadar arttırılması hüküm altına alınmıştır.

5237 sayılı “TCK”nın 85 ve 89. maddelerinde düzenlenen taksirle öldürme, yaralama suçlarının, 765 sayılı “TCK”nın 455 ve 459. maddelerinde ayrıldığı en temel nokta, 5237 sayılı “TCK”nın 22/4. maddesinde cezanın failin kusuruna göre belirleneceğı ilkesine yer verilmesine karşın, herhangi bir kusur indiriminin ilgili suç tiplerinde yer almamasıdır. Eski yasa dönemindeki kusurun matematiksel ifadesi bu yasada terk edilmiştir. Geçmişte cezayı kusurun derecesi nedeniyle sekizde birine kadar indirme yetkisine sahip olan hakim, bu yasa döneminde böyle bir imkana sahip değildir. Zira 765 sayılı “TCK” döneminde, taksirle öldürme halinde “sanık az da olsa ceza alsın” mantığıyla verilen 1/8 veya 2/8 oranındaki kusurlarda hükmedilecek 3 aylık ve 6 aylık cezalar, 5237 sayılı “TCK”nın 85. maddesindeki düzenlemede 2 yıl hapis cezasına yükseltilmiş olup, bu cezadan kusur nedeniyle de yapılabilecek bir indirim bulunmamaktadır. Bu nedenle geçmiş dönemdeki

kusur belirlenmesindeki alışkanlıkların bu yasa döneminde terk edilmesi veya yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Yargıtay'ın ilgili dairesince, az kusurluluk halinde cezanın asgari haddiye tayininin sağlanması, bu cezanın adli para cezasına veya tedbire dönüştürülmesi ya da ertelenmesi için bozmalar yapmak suretiyle, ağır sonuçların hafifletilmesine çalışılmaktadır. (Yalvaç, s. 16-22)

1.3.3.12.Zamanaşımı

“TCK” 89. maddede düzenlenen taksirle yaralama suçunun istisnai haller dışında şikayete tabi olması sebebiyle “TCK” m.73/1’e göre şikayete tabi suçlar için zarar gören kimse tarafından altı ay içinde şikayette bulunulması gerekmektedir. Aksi halde şikayet hakkı zamanaşımına uğrayacak, soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır. “TCK” m.66/1-e bendine göre ise, taksirle yaralama suçunun basit ve nitelikli hallerinde dava zamanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır. TCK m.67/4’e göre dava zamanaşımını kesen nedenlerin bulunması halinde, dava zamanaşımı süresi en fazla on iki yıl olabilir. (Demirhan, s.108-130)

1.3.4.Görevi Kötüye Kullanma Suçu

Görevi kötüye kullanma suçu, TCK’nın 257. maddesinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Buna göre, “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Bu suçlar, kamu görevinde disiplinin sağlanması suretiyle kamu idaresinde düzenin oturtulması ve kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun davranmalarının sağlanması amacıyla öngörülmüştür. “Dolayısıyla bu suçların hukukî konusu, kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaattir.”(Ergün, s.2)

Görevi kötüye kullanma suçu özgü bir suçtur, yalnızca kamu görevlisi yahut özel kanunlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülen kimseler tarafından işlenebilen bir suçtur.

257. madde kapsamında yer alan fiili gerçekleştirdiği sırada kamu görevlisi sıfatına sahip olmak kaydıyla, failin sonradan bu sıfatını kaybetmesi 257. maddenin uygulanmasını engellemez. Örneğin; istifa etmesi, emekliye ayrılması, kendisine görevden el çektirilmesi (Ergün, s.5)

Görevinin Gereklerini İhmâl veya Geciktirme Suçu

Bu suç da birinci fıkrada düzenlenen görevin gereklerine aykırı hareket etme suçu gibi genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suçtur. Dolayısıyla, failin “TCK”nın 257. Maddesinin 2. fıkrası uyarınca cezalandırılabilmesi için, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi, özel bir cezai düzenlemeye konu olmamalıdır. Nitekim ceza hukukuna hakim olan özel düzenlemenin genel düzenlemeye üstünlüğü bu suç için de geçerlidir.

1.3.4.1. Maddi Unsur

1.3.4.1.1. Kamu Görevlisinin Görevine Giren Bir İşin Bulunması

Görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçunun varlığı için öncelikle, kamu görevlisinin görevi ile ilgili olan, görev alanına giren bir işin bulunması gerekir.(Ergün, s.22) Kamu görevlisinin görevinin ne olduğu ve kapsamı kanunlarla veya idarî düzenlemelerin konusudur.

1.3.4.1.2. Kamu Görevlisinin Görevi Gereği Yapmakla Yükümlü Olduğu İşin İhmali veya Geciktirmesi

Görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçuna asıl özelliğini veren unsur, kamu görevlisi tarafından görevinden kaynaklanan bir işin ihmal edilmesi veya geciktirilmesidir. “Bilindiği gibi, ihmali davranış, hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen hareketlerin yapılmamasıdır.”(Toroslu, s.117) Dolayısıyla, “ihmal” ibaresi, kamu görevlisinin hukuk düzeni tarafından yapılması kendisinden istenen bir işi yapmamasını veya gereğince yerine getirmemesini ifade eder.

Görevin gereklerini yapmakta gecikme göstermek ise, kamu görevlisi tarafından görevi gereği yapması beklenen işin yapılması gereken zamanda yapılmaması ya da zamanı geçtikten sonra yapılmasıdır. Ancak bu tanıma uygun bir suçun oluşabilmesi için işin zamanı geçtikten sonra yapılması unsurunun mevcut olması gerekir. Bu süre, kanunla veya idarî düzenlemelerle belirlenmiş olabileceği gibi, somut olayın gereklerinden de kaynaklanabilir. “Görüldüğü gibi, görevin gereklerine aykırı hareket etme ipotezinin aksine, burada ihmali davranışla işlenen bir suç, yani ihmali bir suç söz konusudur.”(Toroslu, s.306) Örneğin; yenidoğan bebeğe bakmakla yükümlü olan hemşirenin kontrolleri aksatması halinde 257. maddenin 2. fıkrasında öngörülen suç gerçekleşmiş olacaktır.

Esasen, görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçu da görevin gereklerine aykırı bir davranıştır. Fakat birinci fıkradaki suç tipinden ayrılık, söz konusu aykırılığın icrai bir davranışla mı yoksa ihmali bir davranışla mı gerçekleştirildiği noktasındadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu suça asıl özelliğini veren unsur, kamu görevlisinin görevi gereği yapmakla yükümlü olduğu bir şeyi yapmaması veya geciktirmesi, yani ihmaldir.(Ergün, s.24)

1.3.4.1.3. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklerin İhmal Etmesi veya Geciktirmesinin Bir Kamu Zararı ya da Kişiler Yönünden Mağduriyet yahut Haksız Kazanç Doğurması

Görevin gereklerini ihmal veya geciktirme suçunun gerçekleşebilmesi için, diğer suç tipinde olduğu gibi, kamu görevlisinin görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi sonucu kişiler bakımından mağduriyet veya aksi bir bakışla haksız bir kazanç ortaya çıkmış veya kamu zarara uğramış olmalıdır. Görevin gereklerini ihmal suçu bakımından kanunda aranan zarar veya haksız kazanç kavramları, kanunî tipe yabancı, kanunî tipin dışında bir unsur olmayıp bizzat suçun kurucu unsurlarındandır.(Ergün, s.11) Çünkü belirtilen sonuçlardan biri doğmadıkça, görevin gereklerine aykırı davranma suçu gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Dolayısıyla, burada sayılanlar teknik anlamda “sonuç” niteliğindedirler. (Toroslu, s.121)

Kanunda aranan bu sonuçlara kamu görevlisinin davranışının neden olması; diğer bir ifadeyle kamu görevlisinin görevinin gereklerini ihmali ve geciktirici davranışı ile belirtilen sonuçlar arasında illiyet bağı bulunması gerekir.

1.3.4.2. Suçun Tamamlanma Anı

Suç, ihmal veya geciktirme sürecinin gerçekleştiği anda değil, kişilerin mağduriyetinin veya kamu zararının ya da haksız kazancın gerçekleştiği anda tamamlanmış olur.(Ergün, s. 24-25) Söz konusu ihmal suretiyle işlenen bir icra suçu olduğundan bu suça teşebbüs mümkündür.

1.3.4.3. Manevi Unsur

Görevi ihmal, kasten işlenen bir suçtur. Yukarıda da belirtildiği gibi, genel kast kuralları uyarınca, failin kastının suçun bütün unsurlarını kapsamaması gerekmektedir. Kamu görevlisinin kendi görevine giren bir işi yerine getirmemek iradesiyle davranması yeterli değildir. Ayrıca bunu kişilerin mağduriyetine veya kamu zararına neden olmak ya da kişilere haksız kazanç sağlamak bilinç ve iradesiyle yapması gerekir. (Toroslu, s.309) “Dolayısıyla, kamu görevlisinin görevi gereği yapması gereken bir iş olmadığını zannederek ihmali davranışta bulunması veya görevinin gereği yapmak zorunda olduğu bir işi ihmal ettiğini veya geciktirdiğini bilmesine rağmen, bundan bir kamu zararı veya kişiler bakımından bir mağduriyet ya da haksız kazanç doğmasını istememiş olması halinde kastın varlığından söz edilemez.” (Ergün, s.25)

1.3.5. Robotik Cerrahiden Sorumluluk

Robotlar yapay zeka ve robot bilimin birlikte gelişmesiyle giderek günümüz modern yaşamının bir parçası haline gelmektedir. Cerrahi robotları pek çok tıbbi müdahalede hekimleri destekleyici bir rol oynamakta iken, ileride bazı tıbbi müdahaleleri de tek başlarına gerçekleştirebilecekleri ifade edilmektedir. Bu ‘öncü’ robotların tıp bilimini ve sağlık sektörünü şekillendireceği öngörülmektedir. (Börü, 2019, s.758-775)

Yasa koyucuların teknoloji ve tıp bilimindeki bu meydan okumalara hazırlıksız yakalandıkları mevcut yasalardaki boşluklardan anlaşılmaktadır. Ülkemizde robotlara ilişkin henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın, robotların kullanımından kaynaklanan zararların tazmini açısından uygulanabilecek hükümler mevcuttur. “Ancak hız kesmeyen teknolojik gelişmeler dikkate alındığında, -başta sorumluluk hukukunda olmak üzere- robotların yol açabileceği farklı hukuki sorunlara çözüm olabilecek yeterlilikte değildir.” (Börü, 2019, s.758-775)

BM'nin 2005 Robotbilim Raporu'nda robot, 'kısmen ya da tamamen otonom şekilde çalışan tekrar programlanması mümkün bir makine' olarak tanımlanmıştır. Robot kavramı 1940'lı yıllarda bilim kurgu yazarı *Asimov* tarafından şekillendirilmiştir. Yazar robotların davranışlarını sınırlandıran ve varlıklarının temel dayanağını teşkil eden ünlü *Üç Robot Yasası*'nı geliştirmiştir:

1.Bir robot bir insana zarar veremez ya da zarar görmesine seyirci kalamaz.

2.Bir robot, birinci kuralla çelişmediği sürece bir insanın emirlerine uymak zorundadır.

3.Bir robot, birinci ve ikinci kuralla çelişmediği sürece kendi varlığını korumakla mükelleftir.

Genel düşünce, robotu dış görünüşüne göre değil, işlevine göre sınıflandırmanın yerinde olacağı; robotun otonomi seviyesi, işlevleri, insanlar ile etkileşimi gibi ölçütlerin ele alınması suretiyle ayırım yapılması gerektiğidir. “Kanımızca bu tür bir ayırım başta sorumluluk hukuku olmak üzere, hukuki değerlendirmeler açısından da önem teşkil etmektedir.” (Börü, 2019, s.758-775)

Robotik alanındaki araştırmaların en dinamik alanlarından biri de sağlık sektörü uygulamalarıdır. Robotik cerrahi (RC), hemşire robotlar, çocuk ve yaşlı bakımında rol alan bakıcı robotlar bu alandaki yeniliklere örnek gösterilebilir. “Robotik cerrahi 1972’de NASA’nın uzaydaki astronotlara, izleyen yıllarda NATO’nun savaş bölgesindeki askerlere tedavi ve destek sağlamak için bir sistem geliştirilmesini istemesiyle ortaya çıkmıştır. 1997’de RC’nin öncü modeli *da Vinci* robotik sistemi oluşturulmuş; ilk olarak safra kesesi ameliyatında kullanılmış, 2000’de Amerika Gıda ve İlaç İdaresi (FDA) onayıyla ilk kez kardiyovasküler cerrahide, günümüzde ek olarak üroloji, jinekoloji, genel cerrahi, ortopedi gibi alanlarda yaygın şekilde kullanılmaya başlanmıştır.” (Börü, 2019, s.758-775)

Da Vinci günümüzde başta prostat, rahim, safra kesesi, kalp kapakçığı, mide küçültme ameliyatları, organ nakli olmak üzere cerrahi müdahalelerde yaygın uygulama alanı bulmaktadır. Pek çok ülkede kullanılmakla birlikte, bu RC sisteminin en popüler olduğu yer üretici firmanın da bulunduğu Amerika’dır. “Buna bağlı olarak, RCM’lerden doğan zararların yargıya taşındığı, hukuki sorunların en çok kendini göstermeye başladığı yer de bu ülkedir”: (Börü, 2019, s.758-775)

Mracek v. BrynMawrHosp. (Pennsylvania 2009) davasında, davacı tıbbi müdahale esnasında robotun düzgün şekilde çalışmadığını, gecikmeyle açık cerrahiye dönüldüğünü, ciddi komplikasyonlara maruz kaldığını ileri sürmüştür. Ancak Bölge Mahkemesi robotu kusurlu bulmamış, bu hatalı işleğin davacının zararına yol açtığına yönelik davacının yeterli delil sunamadığına karar vermiştir. (Börü, 2019, s.758-775)

Dulski v. IntuitiveSurgicalInc. (Illinois 2011) davasında, tıbbi müdahale sırasında “*da Vinci*” robotunun hastanın bağırsağını delmesi üzerine, öncelikle hekimlere malpraktis iddiasına dayanarak dava açılmıştır. Dava sürecinde davacı *Dulski*’nin ameliyatından önce robotla ilgili yirmi bir kez servis araması yapıldığı ve davalı hekimin on sekiz kere robotik cerrahi müdahalede bulunduğu öğrenilmesi üzerine, ikinci bir dava da üretici *IntuitiveSurgical*’a kusurlu ürün ürettiği, sattığı ve dağıttığı için açılmıştır. “Davaların biri hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığını gösteren delil olmadığına dayanarak delil yetersizliğinden reddedilmiştir; diğerinin sonucu ise kamuoyuna yansımamıştır.” (Börü, 2019, s.758-775)

Silvestrini v. IntuitiveSurgicalInc. davasında, hasta tiroidektomi ameliyatı öncesinde, bu operasyonda RCM’ nin geleneksel operasyon yöntemine göre çok daha az müdahale içerdiği hususunda aydınlatılmıştır. Ancak ameliyat sırasında robotta arıza (*malfunction*) oluşunca açık operasyona dönülmek zorunda kalınmış; bunun sonucunda hastanın boynunda ciddi bir estetik müdahaleye muhtaç yara kalmıştır. Davacı hastaneye ve robot üreticisi *IntuitiveSurgical*’a zararlarının tazmini istemiyle dava açmıştır: Hastaneye karşı olan iddialar, robotun bakımının gerektiği gibi yapılmaması, hastanenin operasyon esnasında oluşan robot arızasına müdahale edebilecek sağlık personeli yetiştirmediği ve böyle acil durumlarda üretici firma ile bir teknisyenin bulundurulması yönünde anlaşma noktasında özensiz hareket ettiği. Üretici firmaya yönelik iddialar, firmanın hastane ve ilgili sağlık personeline uzmanlık eğitimini sağlamaktan sorumlu olduğu ve bu eğitimin mevcut haliyle çok yetersiz olduğudur. “Nihayetinde, hastaneye karşı iddiaların usulsüz olduğuna karar verilirken, *IntuitiveSurgical*’a karşı olan iddiaların akıbeti yayınlanmamış, kamuoyuna yansımamıştır.” (Börü, 2019, s.758-775)

Doktrinde, özellikle üretici firma ile olan uyumsuzlukların sonucuna ilişkin bazı belirsizliklere dikkat çekildiği; bunun bazen yargısal süreçlerin halihazırda devam ediyor olabilmelerinden kaynaklanması mümkünse de, daha ziyade tarafların mahkeme dışında bir

araya gelip sessizce uzlaşmakta olmasından kaynaklandığı düşüncesinin ağır bastığı görülmektedir.

Hukuki sorumluluğun doğmasında ve sorumluluk hükümlerinin işletilmesinde esas unsur, hastanın uğramış olduğu zararın kaynağı noktasındadır. Hukuki sorumluluğun vasfı ve hukuki sorumluluk sujelerinin belirlenmesi ancak meydana gelen zararın kaynağına göre tespit edilebilecektir:

1. Zarar, hekim tüm özen ve dikkat yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına rağmen, kaçınılması mümkün olmayan bir durumdan meydana gelmiş olabilir.

2. Zarar, hekimin robotu yanlış programlamasından, hatalı yönlendirmesinden ya da robotun kullanımına ilişkin bilgi sahibi olmamasından, gerekli uzmanlık eğitimi ve/veya tecrübeye sahip olmamasından kaynaklanmış olabilir.

3. Zarar, tıbbi müdahale esnasında robotta meydana gelen mekanik bir arıza nedeniyle ortaya çıkmış olabilir. Böyle bir zarar robotun kendi yapısından/üreticisinden kaynaklı doğabileceği gibi, hastanelerin bünyesinde bulundurdıkları robotik sistemlerin bakımına, çalışır ve işe yarar konumda bulundurulmasına ilişkin özen yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemiş olmalarından da kaynaklanabilir. (Börü, 2019, s.758-775)

Hekim; hastalarına neden böyle bir müdahale tavsiye ettiği, müdahalenin olası yararları gibi hususlarda; yine RCM'ye has robot-kaynaklı risklere karşı bilgilendirmelidir. Böylece kapsamlı bir aydınlatma hastayı -RC' ye has bilinen risklerin varlığı hakkında bilgi sahibi olarak RCM. yöntemini seçme ile geleneksel cerrahi yöntemlerine öncelik verme arasında karar verme olanağı sunar. (Börü, 2019, s.758-775)

Greenway v. Fusiadavasında, hekim *da Vinci* tıbbi robotunun kullanımında çok sınırlı tecrübesi olmasına rağmen RC. kullanarak böbrek ameliyatı gerçekleştirmiştir. Müdahale sırasında hasta ölümcül damar yaralanmalarına maruz kalmıştır. Hekime ve hastaneye karşı açılan dava tarafların uzlaşmasıyla sonuçlanmış; hekim yüksek miktarda bir tazminat ödemiş; hastanenin ödediği tazminatın meblağı ise açıklanmamıştır. (Börü, 2019, s.758-775)

RC. uygulayacak cerrahlar açısından genelgeçer bir uzmanlık eğitimi henüz mevcut değildir. Ancak, MAUDE veritabanına rapor edilen somut olaylara ilişkin, çoğu zaman

zarara robot arızaları, yetersiz uzmanlaşma ya da hekim takdirine bağlı olması gibi hekim kaynaklı sebeplerin birlikte yol açtığı dile getirilmektedir. (ör:cerrahın tıbbi müdahalenin kritik bir anında ortaya çıkan sistem hatasını teknik uzmanlığa sahiğ olmaması nedeniyle giderememesi) (ör: cerrahın tıbbi müdahale sırasında ek yaralanmalara yol açacak bir komplikasyon oluşması üzerine farklı bir tıbbi yöntemle dönüş yapmaması) (Börü, 2019, s.758-775)

Cerrahi müdahale yapılırken beklenmedik bir durum oluştuysa veya müdahaleyi yapmamak yahut bekletmek hasta açısından hayati tehlike oluşturacaksa, hekim hastanın onayını almadan da müdahalede bulunabilecektir. Tıbbi müdahalenin genişletilmesinin hukuka uygun olabilmesi için Türk ve İsviçre hukuk doktrini ve mahkeme uygulamalarına göre belirli koşullar aranmaktadır:

- Zorunlu olarak genişletilen tıbbi müdahalenin hastanın rıza göstermiş olduğu önceki müdahalenin risklerine kıyasen daha ağır bir risk taşıması,
- Hastanın ilgili müdahaleye rızasının alınmasının gecikmenin doğuracağı tehlikeler nedeniyle mümkün olmaması,
- Ölüm tehlikesinden kaynaklı olarak zorunluluk olmadıkça hastanın önemli organlarının alınmaması.

“Hekimin cerrahi müdahalede bulunurken vekaletsiz iş görmesi anılan koşulların varlığına bağlı olarak hukuka uygundur. Robotik cerrahi müdahaleler açısından da aynı esaslar geçerlidir.” (Börü, 2019, s.758-775)

Özel hastane işletenler tacir sıfatını haiz olup, basiretli işadamı gibi davranma yükümlülüğü altında olduklarından; gerek RCM’ lerde kullanılacak robotik sistemlerin temininde ve bakımında gerekse RCM’yi gerçekleştirecek hekimleri ve yardımcı sağlık personelinin seçme, gerekli eğitimi almalarını sağlama ve denetleme açısından yüksek özen göstermek zorundadır.⁵ Kamu hastanelerinde amaç Anayasamızın 56.maddesine göre devlete yüklenmiş olan sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde rol almaktır. Genel tüm yükümlülüklerinin yanında, özellikle RCM’lerle ilgili olarak, kamu hastaneleri, RC’de yetkin kılacağı sağlık personelinin seçim, gözetim, eğitim ve denetiminde gereken dikkat ve

⁵YHGK, T.23.06.2004, E.2004/13-291, K.2004/370

özeni göstermemesi; temizliğe gereken özeni göstermeyerek hastane enfeksiyonlarının önüne geçememesi; robotik sistemlerin, görüntüleme aygıtları gibi diğer tıbbi araç ve gereçlerin her an tam verimle çalışır durumda olmalarını sağlayamaması ve genel olarak bir hastanenin yeterli sağlık hizmeti verebilmesi için gerekli tüm olanakları hazır edememesi durumunda, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğu doğacaktır. (Börü, 2019, s.758-775)

RCM’lerde kullanılan robotların üretim hatalarından kaynaklanan zararlara yol açması(robotun hatalı/ayıplı olması); yine robotları kullanacak hekimlerin deneyimsiz oldukları gözardı edilerek, bu konuda bilgilendirme ve eğitime gerekliliklerinin (genişletilmiş özen yükümlülüğü kapsamında) yerine getirilmemiş olması üreticilerin sorumluluğuna yol açabilecektir. “Konunun hasta hakları ve hasta güvenliği yönünden hassasiyetinden yola çıkılarak; cerrah (ve cerrahi ekibi), tıbbi ürün/cihaz üreticisi ve hastaneler gibi sorumluluk paydaşlarının sorumluluklarının bilinciyle yüksek özen yükümlülüğüne uygun hareket etmesi, tıp bilimiyle teknolojinin iç içe geçtiği bu alanda yenilik ve güvenlik menfaatlerinin dengelenmesi açısından da önemlidir.” (Börü, 2019, s.758-775)

1.4. Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerden Cezai Sorumluluk

1.4.1. Özet

Özellikle teknik faaliyetler alanındaki uzmanlaşmanın gerekliliği ile birlikte bakıldığında işbölümü ve ekip çalışması, içinde bulunduğumuz bu çağda yoğunlaşmıştır. Bu sebeple taksirli ceza sorumluluğuna ilişkin esasların saptanması gerekmektedir. Risk içermekle birlikte iş bölümü ve sorumluluk bölüşümü öngören bir düzen içinde yürütülen faaliyetlerin yol açtığı zararların hangi esaslara göre belirleneceği tartışmalıdır. “Tıbbi müdahalelerin de aralarında bulunduğu birçok faaliyet bakımından hiyerarşik, dolayısıyla belli kimseler bakımından denetim ve gözetim yükümlülüğünün söz konusu olduğu işbölümü modellerinin oluşması kaçınılmazdır.” (Katoğlu, s.29-30)

“Güven ilkesi” birden fazla kişinin birlikte hareketiyle gerçekleştirilen müdahaleler sonucunda bir suçun oluşması halinde kimlerin ne ölçüde sorumlu olduğunun tespiti hususunda yol göstermesi bakımından önem kazanmaktadır. Türkiye’de henüz çokça çalışılmayan “güven ilkesi” nin incelenmesi bu yönüyle son derece kıymetlidir.(Altundere, s. 105-116)

Bu çalışmada, ekip halinde yürütülen faaliyetlerden kaynaklanan taksirli ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından özellikle güven ilkesi etrafında yoğunlaşan temel tartışmalara yer verildikten sonra, birden çok kişinin işlediği taksirli suçlardan dolayı cezanın belirlenmesinde dikkate alınan ilkeler ile Türk Hukuku uygulaması ve “TCK m.22/5”in yorumu incelenecektir.

1.4.2. Genel Olarak

Ekip halinde yürütülen faaliyetler, birden çok kişinin belirli bir iş bölümü çerçevesinde yürüttüğü ortak bir amaca yönelik faaliyetleri ifade etmektedir. Ekip halinde yürütülen faaliyet tanımı, yalnızca tıp alanında kullanılmamakla beraber çalışmamızda tıp alanında ve özellikle cerrahi müdahaleler gibi faaliyetlerle ilgili olarak kullanılacaktır.

Tıp ceza hukukunda kasten işlenen suçlar da görülebilmekle beraber genellikle ve bu çalışmanın da konusunu oluşturan taksirle işlenen fiillerdir. “TCK” 22. maddesinde taksirle

işlenen fiillerin, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılacağı düzenlenmiş, devamında ise taksir “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmıştır.

Öngörülebilirlik ve önenebilirlik ölçütü, kanundaki tanımda da kendisine yer verilen ve taksirin şartlarından olan bir ölçüttür. Zararlı sonucun öngörülmemiş olmasını cezai sorumluluk açısından anlamlı kılan bu ölçüt yazılı davranış kurallarına uymamadan doğan taksir hallerinde etkili değildir. “Çünkü bu hallerde fail, yükümlü olduğu tedbirleri almış ise, sonucu öngörmüş olsa dahi taksirli sorumluluktan söz edilemez.”(Toroslu, s.193-208)

Taksirli sorumluluğun birleştirici esasını failin uyulması zorunlu bir davranış kuralına istemeyerek de olsa uymamasından dolayı kınanmasında aramak gerekir. Taksirin özelliklerini ortaya koyan unsurların tipikleşmiş bir fiilin istenmemesi, hukuken korunan varlıklara yönelik zarar verici davranışların önlenmesi için düzenlenmiş kurallara aykırı davranılması ve bu davranışın faile isnat edilebilirliğin den ibaret olduğunu söyleyebiliriz. Uyulması gereken davranış kuralları kaynak türüne göre yazılı ve yazılı olmayan davranış kuralları olarak ikiye ayrılmaktadır. Yazılı olmayan davranış kuralları dikkatli olmaya, özenli(tedbirli) olmaya ilişkin kurallardır. Bunlardan dikkatli olmaya ilişkin olanlar, yapma biçimindeki bir davranışın belirli bir şekilde uygun ve hatasız olarak yapılmasını emrederken, özenli olmaya ilişkin olanlar bazı hareketleri yapmama biçiminde bir emir koyan kurallardır. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranma biçiminde kendisini gösteren taksir yönünden sonucun öngörülebilirliği ve önenebilirliği vazgeçilmez bir ölçüttür. “Sonuç öngörülemeyen ve önlenemez ise faile karşı herhangi bir kınamada bulunulamaz.”(Toroslu, s.193-208)

Kanaatimizce, her somut olay bakımından ve olayın şartları nazara alınarak dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılıp davranılmadığı değerlendirilirken, varsa pozitif bir hukuk kuralı olup olmadığına, yoksa ve fail bir mesleğe mensupsa mesleğin ortak tecrübelerine dayanılarak konulan meslek kurallarına ve fail eğer bir mesleğe mensup değilse toplumun ortak yaşam tecrübelerine bakılmalıdır.(Birtok)

“Şu halde öngörülebilirlik ve önenebilirlik değişik “model ajan” ölçütüne göre belirlenmelidir.”(Toroslu, s.193-208). Bu ölçüt modern toplumdaki iş bölümü, uzmanlaşma ve bilgi düzeyindeki farklılıklar yanı sıra her insanda bulunan cinsiyet, yaş, eğitim durumu gibi farklılıklara göre belirlenecek grupların olması gerektiğini önermektedir. Çünkü sonuç

belli bir fail için öngörülebilir ve önlenabilir olmasına karşılık başka bir fail için koşulların farklılığı dolayısıyla aynı netlikte olmayabilir.(Toroslu, s.193-208) “TCK”nın taksirle ilgili 22. madde gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun öngörme konusunda sübjektif görüşe taraftar olduğu görülmektedir. Gerekçeye göre, *"Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır."*

Birden çok kişinin birlikte hareket etmesinin zorunluluğunun söz konusu olduğu durumlarda taksir sorunu, her kişinin başkalarının doğru biçimde davranacağına güvenin ilke olarak belirlenmesiyle çözümlenecektir. Bu konularda genel taksire özgü öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütleri uygulanamaz, aksi takdirde hukuk düzeni kendisiyle çelişkiye düşecektir. Çünkü hukuk düzeni tehlikeli faaliyetlerin yapılmasının gerekli olduğu durumlarda buna izin verip hatta bunu zorunlu kılarken, diğer yandan bu faaliyetin icra edilmesi neticesinde doğacak zararlı sonuçtan dolayı, öngörülebilir ve tehlikeli faaliyetten kaçınmak suretiyle önlenebilir olduğu gerekçesiyle, faili sorumlu tutması kabul edilemez. Bu sebeple fail sadece öngörülebilir ve ancak meslek kurallarına uymakla önlenebilecek zararlardan dolayı taksirli olarak sorumlu tutulabilecektir. Buna karşılık öngörülebilir, ancak hukuk düzenince “rıza gösterilen tehlike” olarak tanımlanan, tıptaki karşılığı ile komplikasyonlar sonucu teknik kurallara bütünüyle uyulmasına rağmen gerçekleşebilecek zararlardan dolayı taksir nedeniyle sorumlu olmayacaktır.(Toroslu, s.193-208)

Risk öngörülebilir veya önlenebilir değil ise, tıbbi kusur söz konusu değildir. Yine, istenmeyen her zararlı sonuç komplikasyon olarak nitelendirilemez. Bu nedenle, *"öngörme"* temelinde aşağıdaki hallerin komplikasyon kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir: *"Hiç öngörülemeyen durumlar"*, *"öngörülen ve fakat önlem alınamayan (engellenemeyen) durumlar"*, *"öngörülen ve fakat göze alınmış durumlar"*, *"öngörülebilir ve önlemi alınmış durumlar"* (Birtek, s.72-73)

Kelime anlamı itibariyle komplikasyon (complication): *"Bir hastalığın devamı sırasında oluşan başka patolojik olaylar veya hastalıklar"* şeklinde tanımlanmaktadır. Diğer bir tanımla komplikasyon; *"Bir hastalığa ve duruma bağlı olarak veya bu hastalık ya da durumdan bağımsız bir şekilde ortaya çıkan ikincil (ek) bir hastalık ya da durum"* anlamına gelmektedir. Öğretide hakim görüşe göre, *"komplikasyon"* ile *"izin verilen risk/ kabul edilebilir risk"*, *"istenmeyen yan etki"* kavramları aynı anlama gelmektedir. “Hatta bir görüşe

göre, "izin verilen risk" kavramı, "komplikasyon" kavramının hukuktaki karşılığıdır". (Birttek, s.71-73)

Tıbbi müdahale sonrasında gerçekleştirilen komplikasyonlar peşinen ve bütün olarak izin verilen risk kapsamında kabul edilemez. Bazı komplikasyonlar (komplikasyon ortaya çıkmadan veya çıktıktan sonra gerekli yönetim yapılmışsa) izin verilen risk kapsamında iken; bazı komplikasyonlar izin verilen risk kapsamında değildir. Bunlar sebebiyle hekim veya diğer sağlık personelinin ceza sorumluluğuna gidilebilmektedir.

Roxin'e göre izin verilen risk, "suç tipini ve böylece objektif tipikliğe isnadiyeti ortadan kaldıran bir faktördür". Bunun sebebi olarak o riski riskin kaynağı olan kişi ya da olaya hukuken atfetmenin gerekli olduğu gösterilebilir. "İzin verilen risk" her somut olay ve eylem bakımından ayrı bir biçimde ele alınmalı ve her somut olayda izin verilen riskin cezalandırılmama sebebi ortaya konulmalıdır. (Ünver, s.338)

Kanaatimizce, ancak gerekli dikkat ve özen gösterilerek gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale neticesinde, olası zararlı (olumsuz) sonuçların öngörülmesi ve bunlara karşı tedbir alınmasına rağmen olumsuz zararlı sonuçların önlenemediği veya düzeltilemediği durumlar "izin verilen risk" kapsamında kabul edilebilir. "Bu yönüyle, tıbbi müdahaleler açısından izin verilen risk, "ceza hukuku yönünden sorumluluk doğurmayan komplikasyonları" karşılamaktadır." (Birttek, s.75-76)

İstisnai bir sorumluluk türü olan "taksirli eylemden doğan sorumluluk", toplumun beraber yaşamasından kaynaklanan sorumluluklarını yerine getirirken -ki bu bazen bir mesleği yerine getirmek de olabilir- onun her bir bireyini dikkatli davranmaya sevk eden 'uyarı' niteliğinde bir mahiyet arz etmektedir. Öngörülmesi gereken, "münhasır ya müşahhas" netice olmayıp, "genel" neticedir. (Birttek, s.80-81)

Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılarak engellenebilecek bir neticenin öngörülememesi/engellenememesi iken; bilinçli taksir, öngörülen neticenin meydana gelmesi ya da engellenebilmesi için kişinin kendisine yüklenen "yükümlülüğü/ödevi" yerine getirmemesidir. *Bilinçli ve bilinçsiz taksiri birbirinden ayıran özellik kendini 'öngörme' kavramında gösterir.*⁶

⁶Yar. CGK, 24.11.2009 tarih, E. 2009/9-185 ve K. 2009/273.

“TCK” m.22/3 hükmünde düzenlenen "öngörme" şartının gerçekleştiğinden bahisle, sağlık personelinin "peşinen" bilinçli taksirli hareket ettiği kabul edilemez. Yargıtay kararlarına göre hekimin bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için bazı ek ölçütler getirildiği, öngörme unsuru ile yetinilmediği görülmektedir. Bu ölçütler; "hekimin kendisine aşırı güveni", "mesleki cesareti" ve "tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılık bulunması" dır.⁷ Hekimin ihtisas alanında olmayan bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi durumunda tıbbi müdahale standarda uygun yapılmış olsa bile ya da gerçekleştirdiği tıbbi müdahale bakımından bir komplikasyonun gelişebileceğini öngörmesi ve fakat bu komplikasyona karşı herhangi bir tedbir almaması durumunda bu durumda izin verilen risk değil, tıbbi hata söz konusu olur ve failin bilinçli taksirli olarak hareket ettiği kabul edilmelidir. (Ünver, s.166)

Tıp hukukunda da geçerliliği olan güven ilkesi işbirliği yapan kişilerden birinin kusurlu hareketinden sonra sorumluluğun aidiyeti sorununu çözmede faydalanan bir ilkedir. Hiç şüphesiz bu ilke, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve objektif sorumluluk yasağının zorunlu bir sonucudur. (ÜNVER, s.883) Ancak bu ilke, hekim ya da sağlık personelinin öngörülen neticeye kayıtsız kalarak, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle zararlı neticenin meydana gelmesine sebep olmasına rağmen cezasız kalınmasını sağlayacak bir "can simidi" ve "cezaı hafifleten mutlak bir sebep" olarak kabul edilemez.⁸ Bu ilke, hekime özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi için yardımcı olacak şekilde yorumlanamaz.

1.4.3. Ekip Halinde Yürütülen Faaliyet ve Güven İlkesi

Aynı zaman ve yerde ekip halinde yürütülen faaliyetler bakımından ekip üyelerinin diğerlerinin tehlikeli faaliyetlerinden dolayı suçlanabilir olabilmeleri için gerekli dikkat, özen ve denetim yükümlülüklerinin sınırlarının belirli olması gerekir. Taksirli sorumluluğun belirlenmesinde yararlanılan öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütlerinin subjektif görünümü ekip halinde yürütülen faaliyetlerde denetim ve gözetim yükümlülüklerinin yoğunluğunu artırırken bu durum her bir ekip üyesinin özen yükümlülüğünü gereğince yerine getirmesini zorlaştırmaktadır. “Ekip üyelerinin her birinin sürekli olarak diğerlerinin davranışlarını kontrol etmeleri, bu kez de üzerlerine düşen asıl sorumluluklarını özen borcuna uygun biçimde yerine getirmelerine engel olabilecektir.”(Altundere, s.105-116) Bu yönüyle uzmanlaşmadan beklenen yarar sağlanamayacak, işbölümünün verimi de düşecektir.

⁷Yar. 12. CD. 29.1.2014 tarih, E. 2013/18184 ve K. 2014/2055

⁸Yar. 2. CD. 5.2.1996 tarih, E. 1996/268 ve K. 1996/1025.

Bu sebeple ekip halinde yürütülen faaliyetlerden doğabilecek zararlardan faaliyete katılan farklı kişilerin taksirli ceza sorumluluğu konusunda öncelikle başvurulacak ilke “*güven ilkesi*” dir. Güven ilkesi esasında, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve objektif sorumluluk yasağından kaynaklanmaktadır. Çünkü bu ilkenin uygulanması ile taksirin, yükümlülüğün ve kusurun varlığının tespiti kolaylaşmakta ve başkasının kusurunun üstlenilmesi gibi bir sonuç önlenmektedir.(Gökcan, s.13)

Güven ilkesi, birden fazla kişiyle yürütülen faaliyetlerde faaliyete katılan her kişinin diğer ekip üyesinin “faaliyete uygun davranış kurallarına” uyacağı haklı beklentisine göre hareket etmesini cezaen sorumsuzluk anlamında teminat altına alır. Şu kadar ki hiyerarşik olarak üst konumda bulunmayan her bir ekip üyesi diğer ekip üyelerinin hatalı davranışta bulunma ihtimaline karşın onları sürekli denetlemek ve gözetmek durumunda değildir, aksine onların kendilerinden beklenen davranış kurallarına uyacakları haklı beklentisiyle serbestçe hareket edebilirler meğerki ekip üyesinin davranışı açıkça öngörülebilir ve önlenabilir olmasın. Böyle olunca, neticenin güven ilkesiyle hareket eden kişiye normatif olarak isnat edilebilmesi mümkün olmamaktadır.(Gökcan, s.8)

Güven ilkesi; ilk olarak nasyonal sosyalist dönem Alman hukukunda, ekip halindeki bir faaliyet oluşturmamakla birlikte trafik kazaları bakımından uygulanmış, sürücülerin, diğer sürücülerin zararlı sonucu önlemeye yönelik davranış kurallarına uygun davranacağına duydukları güvene sonuç bağlanması düşünülmüştür. İlk olarak trafik hukukunda kendini gösteren bu ilke son dönemlerde, özellikle Kıta Avrupa’sında inşaat ve tıp hukuku gibi ekip halinde faaliyet yürütülen tüm alanlarda kullanılmaya başlanmıştır.

Güven ilkesi, anayasal teminat altındaki kişisel sorumluluk ilkesine dayanmaktadır. Bunun nedeni ise güven ilkesinde sorumluluğun işbölümüne göre ve davranış kuralları ile koşut biçimde paylaştırılmış olması gerekliliğidir. Zira güven ilkesi uyarınca, herkesin kendi fiilinden sorumlu olması, başkasının fiili dolayısıyla bir kimsenin cezalandırılabilmesi gerekmektedir. Böylelikle sorumluluk sahiplerinin her biri yalnızca kendilerini muhatap alan davranış kurallarına uygun davranmakla yetinebilir. “Bunun sonucu olarak, diğerlerinin faaliyetlerini ilgilendiren davranış kurallarına uygun biçimde yürüttüklerine ya da yürüteceklerine duyulan güven hukuken sonuç ifade eder ve nazara alınır.”(Katoğlu, s.31-32)

1.4.4. Güven İlkesinin Sınırları

Güven ilkesinin işbölümü ve sorumluluk bölüşümü bakımından uygulanabilirliği açısından bu bölüşümü düzenleyen, farklı sorumluların yükümlülüklerini belirleyen davranış kuralları bulunmalıdır. Bu haliyle hukuki konunun korunması bakımından, farklı muhataplara yönelik davranış kuralları, onlara farklı yükümlülükler getirmektedir.

Güven ilkesinin Tıp Ceza Hukuku alanında uygulanabilmesi için öncelikle, iş paylaşımı ve sorumluluk kavramının açıklanması gerekmektedir. Devamında hekimler ile diğer sağlık çalışanlarının birincil ve ikincil sorumluluk alanlarının sınırlarının belirlenmesi ve bu alanların hangi koşullarda yer değiştireceği probleminin net bir biçimde ortaya konması gerekmektedir.

1.4.4.1. İş Paylaşımı ve Sorumluluk

Özellikle iki durumda sorumluluğun büsbütün parçalanmasının önüne geçilmektedir: Somut olayda diğer kişilerin hatalı davranışlarının tehlikeye ve zararlı sonuçlara yol açabileceği açıkça öngörülebilir ve engellenebilir ise; failin hiyerarşik-hukuksal konumundan kaynaklanan bir denetim ve gözetim yükümlülüğü varsa. Doktrinde kişinin kendisinin kurallara veya yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda da diğer kişilerin hukuka uygun davranacaklarına güvenemeyeceği belirtilmektedir. Ancak, bu görüşün her zaman doğru sonuç vermeyebileceği, failin eyleminin netice bakımından nedensel olmadığı olaylarda güven ilkesinden yararlanmasının kabul edilmesi gerektiği de belirtmektedir. (Gökcan, s.17)

İlk durumda failin, faaliyete katılan diğer kişilerin fiilleri bakımından herhangi bir denetim ve gözetim yükümlülüğü olmamakla birlikte, öngörülebilir ve önlenabilir sonuçlara engel olmaması dolayısıyla sorumluluğu doğabilmektedir. “Örneğin İtalyan öğretisinde, yeni bir tedavi yönteminin uygulanması sırasında öngörülebilir ve önlenebilir zararlı sonuçlardan ekip üyelerinin tamamının sorumlu tutulabileceği görüşüne yer verilmiştir.”(Katoğlu, s.32-33)

İkinci durumda ise, faillerden birinin, diğerlerinin davranışlarını denetlemek ya da gözetmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün ihlali halinde taksirli

sorumluluğun ortaya çıkacağıının kabulü gerekir. Bu iki durumdan biri gerçekleştiği takdirde, güven ilkesinin uygulanması olanağı kalmayacaktır.(Katoğlu, s.32-33)

1.4.4.1.1. İş Bölümü

İş Paylaşımı iki şekilde olabilir:

1.Yatay İş Paylaşımı (Eşitler arasındaki iş paylaşımı)

2. Dikey İş Paylaşımı (Eşit olmayanlar arasındaki iş paylaşımı)

Yatay iş paylaşımı, belirtildiği üzere eşitler arasında yapılan iş paylaşımıdır. Örneğin, bir ameliyat sırasında, operasyonun yapılması genel cerrahın sorumluluğunda iken hastanın uyutulması anestezi ve reanimasyon hekiminin sorumluluğundadır. Klinik şefinin hekimler arasında yapmış olduğu iş bölümü de yine yatay iş paylaşımına örnektir.

Dikey iş paylaşımı ise eşit olmayanlar arasındaki iş paylaşımıdır. Örneğin hekim ile hemşire ya da hastabakıcı arasındaki iş paylaşımı. “Bu iş paylaşımının belirlenmesi, tıbbi müdahaleler neticesinde doğacak olan zararlı sonuçlardaki sorumlu ya da sorumluların tespiti açısından önemlidir.”(Altundere, s.107-108)

ABD’de “geminin kaptanı doktrini” (captain of the ship doctrine), hekimin sorumluluğu altında olan kişilerin hareketlerinden dolayı, kaptan olarak hekimin sorumlu olacağı görüşündedir. Bu doktrin 1949 yılında Pennsylvania Temyiz Mahkemesi’ndeki bir kararla ortaya çıkmıştır. Buna göre hekim, ameliyat salonunda ameliyatı tamamlayıp, ayrılincaya kadar bütün işleyişin takibinden sorumludur. Adeta bir gemi kaptanı gibi anestezi altındaki bilinçsiz ve savunmasız hastanın haklarını elinden geldiğince korumak için hekimin bir üst kontrol mekanizması vasfıyla bulunması gereklidir. “Bu doktrin, “hasta, narkozun tesirinde bulundukça doktorun nezareti ve mesuliyeti altındadır” şeklinde hukukumuzda da yer bulmuştur.”(Doğramacı, s.158-159)

Hukuk Genel Kurulu’na konu olan diğer bir olayda; over kisti ameliyatı olan davacı, şikayetlerinin artmasının ardından hekime başvurmuş, bir sonuç alamaması üzerine başka bir hekime gitmiştir. Hasta, muayene sonucu ikinci bir ameliyat olmuş, ikinci ameliyatta hastadan yabancı cisim çıkarılmış ve hasta hekimden davacı olmuştur. Karar şu şekildedir:

“...Her ne kadar Yerel Mahkemece direnme kararında, davacıda tespit edilen pamuk elyafının hangi ameliyat sırasında bırakıldığı, bunda davalı yanın kusurubulunup bulunmadığı gibi konular da ayrıca rapor alınması gerekliliğine değinilmişse de; dosya içerisinde bulunan raporlar neticesinde, davacının karnında pamuk elyafının tespit edildiği, davacı tarafın şikayetlerinin davalı doktor tarafından yapılan ameliyat sonrasında ortaya çıktığı, ameliyat yapıldığı dönemde hastanede kullanılan gazlı bezlerin sıvı çektiğinde lime lime oldukları, abseye sebep olan yabancı cisim gazlı bez kalitesindeki düşüklüğe veya imalat hatasına bağlı olduğu hususları belirlendiğine göre, tek başına kalitesiz malzeme kullanılması dahi davalı yanın kusurlu olduğunu göstereceğinden; mahkemece burada artık bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek bulunmamaktadır.”⁹

Görüldüğü üzere Hukuk Genel Kurulu yeniden bilirkişi incelemesine gerek duymaksızın hekimi sorumlu tutmuştur. Yukarıda bahsedilen ancak artık terk edilmeye başlanan ‘Geminin Kaptanı Doktrini’ne uygun olarak verilen karar, tarafımıza göre ağır bir karar olmuştur. Olaydaki esas sorumlu bezlerin sayım ve kontrol işlemini yapmakla yükümlü kişidir. Hekim burada tek başına sorumlu tutulmayıp ancak bezlerin sayımından sorumlu olan hemşireye karşı denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmediği için sorumlu tutulabilecektir.

Uygulamada en çok karşılaşılan ve karşılaşılmaması muhtemel olan sorun tıbbi müdahaleye katılan kişilerin, sorumluluğunun ne zaman ve hangi sınırlarla dağıtıldığıdır. İşte bu noktada bahsettiğimiz iş paylaşımının yapılmış olması, sorumluların ne zaman ve hangi sınırlarla sorumlu olduğunun tespitini kolaylaştırmak için zorunlu bir husustur.

İş paylaşımı ile ilgili olarak iletişim risklerinden kaynaklanan ve aslında her tıbbi müdahale hatasının altında yatan temel faktörü organizasyon eksikliği olarak tanımlayabiliriz. Genel olarak organizasyon hatalarını aşağıdaki başlıklarda toplayabiliriz:

a. *İletişim eksikliği*: yeteri kadar açık ve net bilgilendirmeme,

b. *Koordinasyon eksikliği*: alınan önlemlerin birbiri ile uyumlu olmaması,

c. *Vasıf eksikliği*: çalışanların yeterli eğitim ve deneyime sahip olmamaları ve hastanenin ekip ve ekipmanlarının tam ve yeterli olmaması

⁹Hukuk Genel Kurulu, 2010/13-717E, 2011/129K, K.T.:13.4.2011

d. *Yetki sınırlamalarında eksiklik*: yetki sınırlamalarında beyaz bölgelerin yani kimsenin sınırı içinde olmayan bölgelerin oluşması

e. *Görevlendirmede eksiklik*

Organizasyon eksiklikleri basit ve giderilebilir eksiklikler olduğundan, bu eksiklikler nedeniyle sorumluluk alanı geniş tutulmalıdır. Eğitim ve araştırma hastaneleri bakımından ise bu hastanelerin özellikleri gereği organizasyon eksikliklerinde zaten geniş yorumlanan sorumluluklar daha da geniş tutulmaktadır. “Ancak bu kadar geniş kapsamlı tutulan bir alanda herkesin sorumlu tutulması hakkaniyetle örtüşmediğinden sorumluluk alanını daraltmak içinde Alman Tıp Hukukunda Weissauer iki prensip geliştirmiştir.”(Altundere, s.110)

- Kesin iş bölümü prensibi
- Güven İlkesi

Güven ilkesi daha çok sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde rol oynarken modern tıpta her uzman hekimin, birlikte yapılan işlerde görev alanının kesin sınırlarla belirlenmesinin prensip edinilmesi şeklinde ifade edilebilecek olan kesin iş bölümü prensibi yukarıda sayılan organizasyon hatalarında sorumluluğun kime ait olduğu noktasında güven ilkesinin gereği gibi uygulanabilmesi için bir belirlilik sağlar. “Bu iki ilke hekime rahat ve güvenli hareket etme alanı sağlamaklabirlikte sebep (olma) ilkesi uyarınca da hareket ile netice arasında uygunilliyet bağının kurulmasını sağlamaktadır.”(Altundere, s.109-111)

1.4.4.1.2. Sorumluluk

Sağlık çalışanlarının sorumluluk alanlarını da ikiye ayırmak mümkündür:

1.Sağlık Çalışanın Birincil Sorumluluk Alanı

2.Sağlık Çalışanının İkincil Sorumluluk Alanı

Birincil sorumluluk alanından anlaşılması gereken, faaliyeti yürüten kişiye iş paylaşımı çerçevesinde düşen asli görevlerdir. Hekimin hastayı muayene etmesi, tıbbi müdahaleyi bizzat kendisinin yürütmesi hekimin birincil sorumluluğuna örnektir.

İkincil sorumluluk alanından anlaşılması gereken ise, faaliyeti yürüten kişinin, iş paylaşımı çevresinde tali olarak yüklenen ödevlerdir. Hekimin, birlikte çalıştığı hemşiresinin görevini kendisinden beklenen çerçevede yerine getirip getirmediğini, ameliyathanenin uygun koşulları taşıyıp taşımadığını gözetmesi ikincil sorumluluk alanının sınırlarındadır. (Altundere, s.108)

1.4.4.2. Tıp Ceza Hukuku'nda Hekimin Güven İlkesi Kapsamında Sorumluluk Alanının Belirlenmesi

Hekim birlikte çalıştığı ekip elemanları ile arasında oluşabilecek organizasyon problemlerini öngörmeli ve önleyebilmelidir Hekim önceden alması gereken önleyici tedbirlere vasıf eksikliği, yanlış anlaşılmalara, bilgi eksikliği veya keyfi davranışlar örnek verilebilir. Buna karşın hekim, sağlık personelinin zaten görevinin gereği olarak yapması gereken işleri yani birincil sorumluluk alanlarını kontrol etmek zorunda değildir, bu şekilde bir yorum geniş ve hatalı bir yorum olacaktır.

Güven ilkesi uyarınca; hekim, zorunlu eğitim ve sertifikalarını almış sağlık personelinin birincil sorumluluk alanını denetlemek zorunda değildir. Hekim, devlet sınavlarından geçmiş sağlık personelinin – örneğin, hemşire, tıp teknisyenleri, tıp teknikerleri, ebeler – sınavlarını başarıyla vermiş oldukları ve öğrenmesi gereken bilgilere vakıf ehil kişiler oldukları ön kabulü ile hareket eder. Zira bunlar devlet denetiminden geçerek göreve alınmış yani devlet eliyle seçilmiş kişilerdir. Hekim birlikte çalıştığı sağlık personelinin hareketlerini de sürekli kontrol etmek zorunda değildir. Bu iş paylaşımının bir sonucudur. Örneğin cerrah operasyona başlarken birlikte çalıştığı anestezi teknikerinin işini doğru yapıp yapmadığını kontrol etmekle mükellef değildir. Meğerki personelin vasıfsız, yetersiz veya tecrübesiz olduğunu bilsin. Aksi durumun kabulü, iş paylaşımını anlamsız hale gelmesine ve güven ilkesinin geçerliliği ile uygulanabilirliğinin mümkün olmamasına sebep olur ve hekim, personeline risk içeren işleri teslim edemez, kendi işlerine konsantre olamaz hale gelir. (Altundere, s.111-112)

Buna karşı bir örnekle ilerlersek, izne çıkan hekimin yerine bakan hekim, bakacağı hasta ile ilgili önceden yapılmış işleri yeniden kontrol etmek zorundadır. Önceden yapılan işlerin doğru olduğu varsayımı ile ilerleyemez çünkü hastanın muayenesini tam ve doğru olarak yapmak hekimin birincil sorumluluk alanındadır. Zira unutulmamalıdır ki temel prensip öncelikle hastanın menfaatinin kollanmasıdır. Her doktor kendi sorumluluk alanına

giren görevleri yerine getirmek zorundadır. Ama kendisi açık vasıf eksikliği ya da hatalar mevcut olmadığı sürece iş arkadaşının uzmanlık alanındaki işleri gereken özen ve ihtimam içinde yerine getirdiğini kabul eder. Sürekli karşılıklı birbirini kontrol etme, denetleme zorunluluğu yoktur.

Hekime ikincil sorumluluk alanında yüklenen sorumluluğun ise sınırlarını geniş tutmamak gerekir. Ekip içinde denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunanlar bakımından, bu yükümlülüğe koşut olarak sorumluluk genişlemektedir. Cerrah ameliyattan önce ameliyata katılacak ekip üyelerinin bilgi ve deneyim durumlarını da denetlemek zorundadır. Sadece ameliyathanenin ve cerrahi müdahale gereçlerinin düzenini, durumunu, tıbbi müdahaleye elverişliliğini kontrol etmesi yeterli değildir. Bunun yanı sıra, cerrah, ekip üyelerinden beklentilerini, anlaşılır biçimde dile getirip getirmediğini de gözetmek yani iletişim açısından kendini de denetlemek zorundadır. Bununla birlikte; hekimin personelin yaptığı hatalardaki sorumluluk alanını, birlikte çalıştığı sağlık personelinin seçmedeki özen ve dikkati ile bu personelin gerekli talimatları uygun bir şekilde yapıp yapmadığını kontrol etmek ile sınırlı tutmak gerekmektedir. Hekimin ikincil sorumluluk alanındaki temel kriterler bunlardır. Hekimin sağlık personelinin yerine geçmesi, onlar adına iş ve işlem yapması ya da kontrollerini bu şekilde gerçekleştirmesi beklenmemelidir. Bunun yanı sıra hekim, özellikle uzun süreden beri birlikte çalıştığı personelinin rutin bir denetime tabi tutmalı ancak sürekli göz hapsine almamalıdır. Ancak hekim sürekli çalıştığı personeline bir dikkatsizlik ve tedbirsizlik fark ederse ya da personelinin eğitiminin gelişen teknolojik yenilikler karşısında yetersiz kaldığını anlarsa, personeli üzerindeki denetimini arttırmalı, personeline gerekli eğitimi vermelidir. “Zaten geline bu noktada, hekim artık güven ilkesinden söz edemez zira güven sarsılmıştır. Hekimin güveninin sarsıldığı böyle bir durumda hekimin sorumluluk alanı, ikincil sorumluluk alanını kapsar hale gelir ve personelin yaptığı hatadan kendisi de sorumlu tutulur.”(Altundere, s.113).

Güven ilkesi, diğer hekimlerin mesleki bilgi ve tecrübelerinin yeterli olduğu halde geçerli olan bir kuraldır. Tedaviye iştirak eden bir hekimin bu girişime katılamayacak derecede sarhoş olduğu bir durumda ya da bilgi veya tecrübe bakımından yetersiz olduğu biliniyorken bu hekimin davranışına güvenilerek hareket edilemez. Bu anlamda, henüz bilgi ve beceri düzeyi itibariyle yeterli olmayan bir asistanın ameliyata iştirak ettirilmesi durumunda, diğer hekimler asistana güvenerek hareket edemezler ve onun davranışlarını gözetlemelidirler. Bununla beraber uzman hekim tarafından yapılması gereken riskli bir

cerrahi girişimin asistan tarafından üstlenilmesi, ‘üstlenme kusuru’ olarak kabul edilmektedir. (Gökcan, s.34-36)

Konuyu örneklerle izah etmeye çalışacak olursak; 20 yıl tecrübesi olan bir ebe, doğum takibi sırasında NST’de (Kardiotogografi) geç deselerasyonun patolojik desenlerini fark etmediği için uzman hekimi çağırmakta gecikmiş ve bu nedenle oksijen eksikliğinden kaynaklı bebeğin beyinde hasar ve Athetose gerçekleşmiştir. Yapılan yargılamada ebenin amir hekiminin düzenli olarak ebelere NST (Kardiotogografi)’ın yorumlanması hakkında eğitim verdiği tespit edilmiştir. Hekimin, sorumlu ebenin niteliklerine güvenerek hastayı emanet etmesi tıbbi kurallara uygun bulunduğu ve hekimin ebeyi ayrıca denetim yükümlülüğü bulunmadığı gerekçesiyle hekim, taksirle yaralamaya sebep olma suçundan beraat etmiş, ebe ise tek sorumlu kişi kabul edilerek mahkûm edilmiştir.

Bir doğum olayında anestezi uzmanı olan hekimin talimatıyla bebeğe, 150 ml %8,4 sodyum bicarbonat takılmıştır. Anestezi bölümünün sorumlu hemşiresi şişenin değiştirilmesi gerektiği sırada sodyum bicarbonatı barındıran şişeye çok benzeyen bir başka içerikli şişeyi bebeğe takmıştır. Bebek bu olaydan kısa bir süre sonra ölmüştür. Yapılan yargılamada anestezi uzman hekimi hakkında dava reddedilmiştir. Gerekçe olarak da; anestezi uzman hekiminin talimatlarının doğru ve yerinde olduğu ancak işinin ehli olarak bilinen hemşirenin talimatı hatalı bir biçimde yerine getirdiği belirtilmektedir. Bu sebeple sadece hemşire sorumlu tutulmuştur. Ayrıca serum takma işleminin hekimin görevi olmaması ve hemşirenin de talimatları doğru anlayabilecek tecrübeye sahip olması da bu kararda etkili olmuş ve hekimin böyle bir olayda hemşiresine güvenmesi gerektiği esas alınarak hekim olaydan sorumlu tutulmamıştır. “Aksi düşünce, sağlık personelinin sorumluluğuna gitmeyi engelleyerek, hekimler açısından resesif tıbbın gelişmesine yol açacaktır.”(Altundere, s.112-113)

Güven ilkesinin temel amaç ve fonksiyonu neticenin nedensel değerini o hareket alanındaki herkese veya bazılarına paylaşmak olmayıp, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine uygun bir hukuki uygulamanın yapılmasını güvenceye almaktır.(Ünver,s.912)

İşte güven ilkesi ve bu ilkenin istisnası da, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine hizmet etmekte gerek taksirin varlığını tespit etmekte sübjektif ceza hukuku ilkelerine zemin hazırlaması gerek üçüncü şahsın eyleminden sorumluluğu engellemesi gerek somut olay adaletini gerçekleştirilmesine hizmet etmesi nedeniyle, birden fazla kişinin eyleminin netice

açısından doğrudan veya dolaylı etkili olduğu durumlar için mutlaka dikkate alınması gerekli bir ilkedir. (Ünver, s. 900-901)

1.4.5. Türk Hukuku Uygulaması ve Güven İlkesi Açısından Tck M.22/5'in Yorumu

Ülkemizde tıp ceza hukuku yeni gelişmekte olan bir alandır. Tıp Ceza Hukuku, çoğunlukla taksirli suçları kapsamaktadır. Yargıtay'ın ilgili dairelerinde tıp hukuku ile ilgili olmasa da ekip halinde yürütülen faaliyetlerde güven ilkesini kapsayan bir kısım içtihatların oluştuğu görülmektedir. Oluşan içtihatlarda konu, 5237 sayılı “TCK”nın *Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği’ni* düzenleyen 20. maddesi ve *Taksir’e* ilişkin 22/5. maddesi kapsamında ele alınmakta ve ekip halinde yürütülen faaliyetlerde sorumluluğun özen yükümlülüğü ile açıklanmaya çalışıldığı görülmektedir.

İşbölümüne uygun yürütülen faaliyetler sırasında ekip üyelerinin birbirlerinin uzmanlıklarına saygı göstermeleri ve yine birbirlerinin sorumluluk alanlarına müdahale etmemeleri gerektiği belirtilmektedir. Ekip üyelerinden birinin, diğer bir ekip üyesinin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığını tespit ettiği anda ise zararlı sonucun öngörülebilir ve önlenabilir olduğu durumlarda güven ilkesinin yerini öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütlerine bırakacağı hükme bağlanmaktadır. İtalyan ve Türk öğretisinde de bu yönde görüşler bulunmaktadır. (Katoğlu, s. 34-35)

Oysaki bazı hallerde, kişinin kendisi özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olsa dahi, faaliyete katılan diğer kimseye güvendiği için meydana gelen olumsuz sonuçtan sorumlu olmayabilmektedir. İşte bu tür özel durumlarda, tek başına “özen yükümlülüğü” kriteri yeterli olmamaktadır ve sorumluluğun belirlenmesinde “güven ilkesi” devreye girmektedir.

Bu çerçevede, bir genel cerrahın; ürolog, kardiyolog, anesteziist gibi başkaca uzmanların faaliyetlerine duyduğu güven korunabilecektir. Bununla birlikte, işbölümünün sınırları çoğu olayda kesin sınırlarla belirlenememekte, öngörülebilir ve önlenebilir tehlike söz konusu olduğunda salt işbölümüne ilişkin davranış kurallarına uyulduğu için taksirli ceza sorumluluğundan kurtulunamayacaktır. Dolayısıyla, güven ilkesine başvurulup başvurulamayacağı her bir somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yargıtay da, bu yönde kararlar vermiştir.

Türk ceza hukuku öğretisinde de güven ilkesinin neredeyse istisnasız biçimde uygulanmasını savunduğu izlenimini veren yazarlar bulunmaktadır. Özgenç ve Şahin *“Prensip olarak hiç kimsenin bir davranışta bulunurken, bu davranışın bir başkasının sorumluluk şuuruyla ve serbest iradesiyle işleyeceği suça zemin teşkil edebileceği ihtimalini hesaba katma yükümlülüğü mevcut değildir. Hukuk toplumunda hakim olan güven prensibine göre, bir kimse bir davranışta bulunurken, bu davranışın bir hukuki değeri ihlal etmemesi gerektiği hususuna dikkat edecektir; ancak, bu esnada bir başkasının hukuka aykırı davranabileceği ihtimalini hesaba katmak yükümlülüğü altında değildir”* derken, güven ilkesinin sınırları konusuna girmemişlerdir. (Katoğlu, s.34-35)

Birçok yeni düzenleme getiren “TCK”nın, “Taksir” kenar başlıklı m. 22/5’e göre, *“Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.”*. Fıkra hükmüne, güven ilkesi açısından değinmekte yarar vardır.

“5237 sayılı TCK”nın 22. maddesine ilişkin gerekçe metni, dayandığı örnekler ile incelendiğinde, kanun koyucunun ekip halinde yürütülen faaliyetlerde taksirli sorumluluğun belirlenmesinde çeşitli ölçülerde yararlanılmış ya da yararlanılması önerilmiş *“güven ilkesi”*nden etkilenip etkilenmediği sorusu akla gelmektedir. Öğretide bu hükmün, kusurun belirlenmesinde aritmetik paylaştırmanın terk edilmesine yönelik olduğu tespit edilmekte, her bir failin kusurunun cezalandırma bakımından ayrı ayrı dikkate alınacağı belirtilmektedir. Bu yönüyle beşinci fıkra hükmü, dördüncü fıkra ile birlikte değerlendirildiğinde, kusurun hangi yöntemle belirlenmeyeceğini belirlerken, taksirli sorumluluğun esasına ilişkin bir düzenleme içermemektedir.

O halde, gerekçe metninde ifade olunan hususlar ile öğretideki bazı değerlendirmeler güven ilkesinin kabul edildiği gibi bir izlenim verse de, söz konusu beşinci fıkra hükmünün, kusurun değil, failer bakımından cezanın ayrı ayrı belirlenmesine hizmet ettiği düşünülmelidir. İşbölümü ve sorumluluk bölüşümünün söz konusu olduğu faaliyetler bakımından da 22. maddenin beşinci fıkrasının uygulanmasından önce, her bir failin kusurunun 22. maddenin ikinci fıkrasına göre belirleneceği hatırlanmalıdır. İkinci fıkra uyarınca yapılan kusurluluk değerlendirmesi sonucunda bu kişilerden, gözetim ve denetim yükümlülüğü bulunanlar, bu yükümlülüğün gereklerini yerine getirmediği sürece zararlı sonuçtan taksirli olarak sorumlu tutulabilecek, bunlara verilecek ceza, beşinci fıkra uyarınca bu kusur değerlendirmesi doğrultusunda belirlenecektir. Aynı işbölümü içinde, denetim ve gözetim yükümlülüğü

bulunmayanların kusuru ise, bunların uymakla yükümlü oldukları davranış kuralları dikkate alınarak saptanacak, bu kusur değerlendirmesine göre her biri için ayrı ayrı, birbirlerinden bağımsız biçimde ceza tayin olunacaktır. Yani, 22. maddenin ikinci fıkrasına göre, öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütlerinin, taksirin belirlenmesinde esas teşkil edeceği düşünülmelidir. Bu gibi durumlarda, herkesin “*kendi kusuru*” saptanacak, gözetim ve denetim mevkiindeki failin kusuru da, bu mevkiden kaynaklanan “*dikkat ve özen yükümlülüğü*” ne uygun davranıp davranmadığına göre belirlenecek, öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütlerine başvurulacaktır. (Katoğlu, s.40-41)

Sonuç olarak; güven İlkesi, ekip halinde yürütülen faaliyetlerde bir kişinin diğer ekip üyelerinin ‘faaliyete uygun davranması’ na duyulan güvene ceza hukuku yönünden sonuç bağlamaktadır. Güven İlkesinin uygulanmasının dışında bırakılan iki durum vardır; fiil öngörülebilir ve önlenebilir ise ve hiyerarşik olarak üst konumda bulunanın denetim ve gözetim yükümlülüğü var ise artık bu ilke uygulanamayacaktır. Özellikle denetim ve gözetim yükümlülüğü açısından iş bölümünü sınırlarının belirli olması çok önemlidir. İş bölümü dikey ve yatay iş bölümü olarak ikiye ayrılır. Yatay iş bölümü eşitler arasındaki iş bölümünü ifade ederken dikey iş bölümü hiyerarşik bir dağılımı ifade eder. Burada kişilerin esas işlerini kapsayan birincil sorumluluk alanları ile denetim ve gözetim yükümlülüğünü de içinde barındıran tali işleri kapsayan ikincil sorumluluk alanlarından bahsedilebilir. Güven İlkesi uygulanırken dikkat ve özen yükümlülüğüne koşut bir kurum olarak görülmemelidir. Bu kurum yalnızca bir denge unsuru olup kişilerin sorumluluklarını hiçe indirmez. Dikkat ve özen yükümlülüğü ne ilişkin bir değerlendirmede hangi olayda Güven İlkesi’nin kullanılacağı hangi olayda öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kriterinin kullanılacağı ise her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilecektir. Güven İlkesi’nin Türk Hukuku uygulamasında her ne kadar ekip halinde yürütülen faaliyetlerde uygulamalar görülse de tıp ceza hukukunda “TCK”nın Taksir ve Ceza Sorumluluğu’nun Şahsiliği İlkeleriyle beraber değerlendirildiği görülmektedir. Burada ekip üyelerinin birbirlerinin uzmanlıklarına saygı göstermeleri gerektiği vurgulansa da açık bir hata veya özensizlik durumunda Güven İlkesi yerini öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kriterine bırakacaktır.

Bu tezin amacı Yargıtay’ da karara bağlanmış “Cerrahi Müdahale Olgularında Tıbbi Uygulama Hataları” konulu davaların nitel ve nicel yönden incelenerek ve devamında karar içerikleri tartışılarak okuyucuda hem sağlık hukuku bilgisini geliştirmek hem de güncel kararlara eleştirel yönden bakabilmek imkanını veren bir örneklem uzay sağlamaktır.

2. GEREÇ VE YÖNTEM

Bu derleme tipi çalışmanın amacı Yargıtay'daki “Cerrahi Müdahalelerde Tıbbi Uygulama Hataları” konulu hukuk ve ceza davalarının sağlık hukuku yönünden nitel ve nicel değerlendirmesini yapmaktır. Bu çalışma Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Ceza Genel Kurulu, hukuk daireleri ve ceza dairelerindeki 2018'den 2022 yılına kadar olan kararları kapsar. Araştırmanın nicel kısmına araştırmaya dahil edilme niteliklerini taşıyan 76 karar, nitel kısmına ise 43 karar dahil edilmiştir. Nitel değerlendirmede dikkat edilen husus konu, karar vb. yönlerden çeşitlilik arz eden kararların değerlendirilmesidir. Bu açıdan içerik olarak mükerrerlik arz eden kararlara yer verilmemiştir. Bu kararlar yıllara göre, onama-bozma durumlarına göre ve kararın kimin lehine sonuçlandığına göre şekillenen nicel değerlendirmeye dahil edilmiştir. Nitel değerlendirmenin literatür kısmındaki açıklamalara göre, onların somut kararlardaki bir yansıması şeklinde yapılmasına özen gösterilmiştir.

3. BULGULAR

3.1. Yargıtay Kararları

3.1.1. Hukuk Genel Kurulu ve Hukuk Daireleri Kararları

Hukuk Genel Kurulu 2018/849 E., 2021/1385 K.

- "İçtihat Metni"

MAHKEMESİ: Asliye Hukuk Mahkemesi

"1. Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen davanın reddine ilişkin karar davacı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay (kapatılan) 13. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili; müvekkilinin makatta ağrı ve kanama şikayeti ile geldiği davalı hastanede, 14.10.2009 tarihinde ameliyat edildiğini, ertesi gün hemşire tarafından ağrı kesici iğne yapılarak taburcu edildiğini, taburcu olmasından sonra bacağına ağrı, hareketsizlik, güçsüzlük ve uyuşma başladığını, bunun üzerine gittiği görüntüleme merkezinde 30.10.2009 tarihli rapor ile siyatik sinir lezyonu teşhis edildiğini, adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olan davalı hastanenin kusuru nedeniyle sakat kaldığını ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 10.000TL maddi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; davacının öncelikle zarara uğradığını ispatla yükümlü olduğunu, kabul anlamına gelmemek kaydıyla müvekkili şirket çalışanın iddia edildiği şekilde davacının zararına sebep olduğunun ispat edilmesi hâlinde zararı ödeme arzusu içerisinde olduklarını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 27.02.2014 tarihli ve 2010/160 E., 2014/102 K. sayılı kararı ile; davacının ameliyatından sonra yapılan ağrı kesici iğne sonucu sol bacağında sakatlığın oluştuğu, bilirkişi raporlarından ağrı kesici iğne yapılmasının olağan dışı bir uygulama olmadığı, enjekte edilen ilacın davacının yaşına ve kilosuna uygun olduğu, tedavi amaçlı müdahaleden vahim sonuç ortaya çıktığı, ancak mutaat olanın dışına çıkılmadığından beklenmeyen ve istenmeyen sonuç meydana geldiğinden, davalıya kusur izafe edilemeyeceği, hak ve nesafet gözetildiğinde, çalışma gücünü büyük oranda kaybeden ve acı çeken davacının kendisine yüklenebilecek bir kusuru olmadığı hâlde zararının bir nebze de olsa giderilmemesi hakkaniyete uygun olmayacak ise de titizlikle kusur incelemesi yapıldığı ve davalı tarafın ihmali veya mesleki ve donanım yetersizliğinin yahut kusurunun tespit edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay (kapatılan) 13. Hukuk Dairesinin 23.05.2016 tarihli ve 2015/8462 E., 2016/13327 K. sayılı karar ile; "...Mahkemece yapılan araştırma ve inceleme hüküm kurmaya elverişli değildir. Şöyle ki; Davanın temeli, teşhis ve tedavi hizmetini üstlenen doktor ve özel hastanenin sorumluluğuna ilişkin olup, bir davada dayanılan olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini arayıp bulmak hâkimin doğrudan görevidir (1086 sayılı HUMK. 76.md., 6100 sayılı HMK. 33.md.). Davanın temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Dava, davalı hastanenin vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır (dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK. 386, 390. md.). Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin

sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (BK. 390/II). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur (BK. 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, 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 kaçınılmalı ve en emin yolu tercih etmelidir (Bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, Cild, Ank.1982, Sh.236 vd). Gerçektende 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.

Somut olaya baktığımızda, mahkemece Ankara Numune Hastanesinden, daha sonra davacının itirazı üzerine Adli Tıp 2. İhtisas Kurulundan alınan raporlar nazara alınarak hüküm kurulmuştur. Dosyada mevcut Adli Tıp raporu ve numune hastanesi raporu hüküm kurmaya yeterli ve elverişli olmadığı anlaşılmıştır. O halde, mahkemece yapılacak iş, Üniversitelerin ana bilim dallarından seçilecek, konularında uzman doktorlardan oluşturulacak bir bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek, davalının açıklanan hukuki konum ve sorumlulukları, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalının sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesinden ibarettir. Ayrıca davalı hastane tarafından davacıya imzalatılmış aydınlatılmış onam belgesinin olup olmadığı hususunun da araştırılması gerekmektedir. Mahkemece, değinilen bu yön gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır...” gerekçesi ile karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. Mahkemece 23.05.2017 tarihli ve 2017/87 E., 2017/147 K. sayılı karar ile; ilk karar gerekçesinin yanında, Numune Hastanesinden alınan sağlık kurulu raporu sonrasında Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı akademisyenlerinden oluşan heyetten de enjeksiyon yapanın kusursuz olduğu kanaatini içeren rapor verildiği, bu raporların Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulundan alınan raporla birbirini teyit eder mahiyet taşıdığı, yargılamanın 2010 yılından bu yana sürdüğü, yeniden rapor alınmasında hukukî yarar bulunmadığı, davacıya imzalatılmış bir onam belgesi olup olmadığının sonuca etkisinin olmayacağı belirtilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; enjeksiyona bağlı düşük ayak sekelinin oluşması sonrasında tıbbi uygulama hatası iddiasıyla açılan eldeki maddi tazminat davasında mahkemece yapılan incelemenin yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle davacıyla davalı hastane arasındaki hukukî ilişkinin niteliğine dair açıklamada bulunulması yararlı olacaktır.

13. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3. maddesinde; “Yaşamak, herkesin hakkıdır” denilmiş; sağlık hakkı 25. maddede temel insan hakkı olarak kabul edilerek “Gerek kendisi gerek ailesi için tıbbi bakım da dâhil olmak üzere, sağlık ve refahını sağlayacak uygun bir yaşam düzeyine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, yaşlılık veya geçim olanaklarından kendi iradesi dışında yoksun bırakacak başka durumlarda” herkesin sahip olması gereken güvence hakkı şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım gereği sağlık hakkı kişinin içinde yaşadığı toplum (ülke, devlet) tarafından tanınan ve güvence altına alınan temel insan haklarından biridir (Er, Ünal: Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s. 31).

14. 1976 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin sağlık standardına ilişkin 12. maddesinde; “Bu sözleşmeye taraf olan devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanır.

Sözleşmeye taraf olan devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla alacakları tedbirler, aşağıdakiler için de alınması gerekli tedbirleri içerir; Hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılması...” şeklinde belirlenmiştir (Akıllıoğlu, Tekin: İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Belgeler, Ankara 1995, s. 55).

15. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde ise; “Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır” denilmek suretiyle uluslararası alanda konunun önemi karşısında kişiler bakımından garantiler sağlanarak devletlere de bu hakların iç hukukta yerine getirilmesi ödevinin yüklenmek istendiği anlaşılmaktadır. Nitekim 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin 5. fıkrası “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar Kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz (Ek cümle: 07.5.2004-5170/7 md.). Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla Kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” şeklindeki düzenleme de bu yöndedir.

16. Uluslararası belgelerde teminat altına alınan sağlıklı yaşam hakkının iç hukukumuza yansması bakımından konuya yaklaşıldığında ise; Anayasa'nın 17/1. maddesine göre; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”; 56/3. maddesine göre de “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.”

17. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında; “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir” hükmü mevcut olup bu düzenlemelerle kişilerin sağlık hukuku teminat altına alınmıştır.

18. Bu açıklamalardan sonra taraflar arasındaki hukukî ilişkinin incelenmesi gereklidir.

19. Özel hastane ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin, bir sözleşme ilişkisi olduğu her türlü duraksamadan uzaktır. Sözleşme ile ilgili olarak açıklamalardan önce hasta ve özel hastane kavramlarının açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

20. Yasalarımızda hasta tanımına açık olarak yer verilmemiş ise de Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4/1. maddesinde hasta, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacında olan kimseler olarak tanımlanmıştır.

21. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1. maddesinde; "Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları hususi hastanelerden sayılır" denilmek suretiyle özel hastanelerin tanımı yapılmıştır.

22. Kuruluş, örgütleniş ve işleyiş biçimi itibariyle devlet veya diğer kamu tüzel kişisi dışındaki kişiler tarafından hizmet yürüten ve yatırılarak tedavi etme, rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunmak amacıyla kurulan sağlık kuruluşunun, özel hastane olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (Canbolat, Ferhat: Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak-Şubat 2009, Sayı:80, s. 158).

23. Özel hastane ile hasta arasında var olduğu kabul edilen sözleşmenin kurulması, sözleşmenin hukukî niteliği, bu hukukî niteliğe uygun olarak uygulanması gereken yasal hükümlerin neler olduğu, taraflara düşen hak ve borçlar ile bunlara aykırılığın varlığı hâlinde sorumluluklarının tespiti uyumsuzluğun çözümünde önem taşır.

24. Özel hastanelerde kural olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Özel hastane ile hasta arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbî hem de diğer mutad edimleri (oda, yiyecek, bakım vb otelcilik hizmetleri) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye hastaneye kabul sözleşmesi adı verilmektedir.

25. Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır; hatta bu sözleşmenin zımnî irade açıklaması ile kurulması dahi mümkündür. Bu şekilde hastaneye (hasta) kabul sözleşmesi adı altında, birden fazla edimi içeren, karma yapıda ve nitelikte bir sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusudur. Bu sözleşme, özel hastane sahibi/işleticisinin, ayrıca bir tedavi yükümünü üstlenmiş bulunup bulunmamasına göre, tam (bölünmemiş) ya da kısmî (bölünmüş) hastaneye kabul sözleşmesi görünümünde kurulmuş olabilir. Özellikle, tam hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastane işleticisinin hastaya karşı; hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli tıbbî hizmetlerin verilmesi edimi başta olmak üzere, hastane bakımının sağlanması, hastanenin organizasyonu ve işleyişini gerçekleştirme yükümleri asli edim yükümleri olarak ortaya çıkmaktadır (Hakeri, Hakan: Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları 2009, 2. Baskı, s.163; Canbolat, s. 160; Er, s. 69 vd.; Özsunay, E.: Hekim ve Hastanenin Sorumluluğu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2007, s. 93; Demir, M.: Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayrımı, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 276; Akkanat, Halil: Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, Prof. Dr.ÖzerSeliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 25 vd; Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, 4. Bası, Ankara 1985, s. 71; Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 22).

26. Hastaneye kabul sözleşmesi günümüzde gerek Alman ve İsviçre hukukunda gerekse Türk hukukunda “karma sözleşme” olarak kabul edilmektedirler. Ancak uygulamada getirilen çözümlerde farklılıklar görülmektedir. Örneğin, Alman hukukunda kabul sözleşmesinin çeşidi ne olursa olsun, hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanır. İsviçre hukukunda, hasta ile özel hastane arasındaki ilişki, aynen serbest çalışan bir hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişkide olduğu gibi, “vekâlet” olarak nitelenmektedir.

27. Türk hukukunda ise, hastaneye kabul sözleşmesinin, asıl edimini oluşturan tıbbî tedavi ediminin ait olduğu tip, yani vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, ancak diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanmasının amaca elverişli olacağı belirtilmiştir (Er, s. 70,71).

28. Hastane işleticisinin “hastane bakımı” kavramı içinde yer alan edimleri konusunda her hâl ve şart için geçerli olabilecek kesin bir sayma yapma imkânı bulunmamaktadır. Ancak, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile hastanın sağlık

durumu, hastalığın tipi ve ağırlığına göre dürüstlük ilkesinin zorunlu kıldığı bütün tedbirleri almak zorundadır. Aksi takdirde, gerekli testler yapılmadan hastalığın teşhisine gidilmesi, kan grubu tespitinde hata yapılması, cerrahi müdahalede kullanılan araç ve gereçlerin bozuk olması, ameliyatı takiben kullanılan kompresin gereğinden fazla sıcak olması ve yanıklara yol açması, ruh hastasının kontrol edilmemesi nedeniyle intiharı, yangına karşı gerekli tedbirlerin alınmaması, bozuk yiyecek verilmesi yüzünden zehirlenmelere yol açılması, yeterli ısıtma yapılmadığı için hastalığın ağırlaşması veya yeni hastalığa sebebiyet verilmesi gibi hâllerde hastane işleticisi oluşan zararı tazmin etmek zorundadır. Bunun dışında hastane yönetiminin somut organizasyon yükümlülükleri de bulunmaktadır. Öncelikle hekim dâhil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyonuna ilişkin görevler, gereği gibi yerine getirilmelidir. Örneğin, bir görevin uzmanı olmayan bir kişiye verilmesi hâlinde organizasyon kusuru söz konusudur ve yönetimin tazminat sorumluluğu söz konusu olur (Hakeri, s.166; Hatırnaz Erol, Gültezer: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 2. Baskı, Ankara 2009, s.58-59).

29. Hasta, hastaneye kabul edilmekle hastane yetkililerinin himayesine girmiş olur ve haklı olarak kendisine mümkün olan en iyi tedavi ve bakım hizmetinin verilmesini ister. Hastane işletmecisinin “organizasyon yükümlülüğü” aslında onun hastanın şahsına göstermekle yükümlü olduğu özen borcunun bir görünüm tarzından ibarettir (Devermann, R. Mario: Organisationsverschulden im klinischen Bereich, Dissertation Osnabrück 2003, s.1; Aktaran-Akkanat, s. 32).

30. Hasta, hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hastane bakım hizmetleri açısından sadece hastane işletmesini sorumlu tutabilmektedir. Sözleşmenin diğer tarafı olan hasta veya yasal temsilcisi, özel hastanenin sunduğu tıbbî hizmete (bu hizmete bakım hizmeti de girmektedir) karşılık olarak daha önceden belirlenmiş belli bir miktar ücret ödemekle yükümlüdür. Ayrıca, hasta veya yasal temsilcisinin, olanaklar ölçüsünde rahatsızlık ile ilgili belirtiler ve hastalığın seyri hakkında hastaneye bilgi ile beraber, varsa belgelerini de muayene sırasında hekime vermesi gerekmektedir.

31. Yukarıda ifade edildiği gibi, Borçlar Kanunu veya diğer kanunlarda düzenlenmeyen hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında, davalı hastanenin sorumluluğu bakımından uygulanabilecek yasal hükümler incelendiğinde;

32. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 386. maddesine göre; “Vekâlet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.

Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur.”

33. Anılan Kanun'un 390/2. maddesine göre de; “Vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir.” Bu hükümde geçen “iyi bir suretle ifa” mehaza göre sadakat ve özen ile ifa anlamında kullanılmıştır.

34. Diğer taraftan BK'nın 390/1 maddesinde yer alan “Vekilin mesuliyeti umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir” hükmü ile vekilin özen borcu genel olarak düzenlenmiştir. İşçinin mesuliyetine dair 321. madde “İhtimam mecburiyeti” başlığı altında işçinin özen borcuna ilişkin olarak “İşçi taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur” hükmünü taşımaktadır. Bu düzenlemeye göre vekilin özen borcu çerçevesinde, hedef tutulan sonucun başarılı olması için işlerin mutlak cereyanına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması gerekir. Vekilin özen borcu, iş görürken yöneldiği sonucun olmaması değil bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetleri özenle yürütmesidir (Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, Ankara 1977, s. 199).

35. Özen borcunun yerine getirilmediğini ispat yükü, kural olarak, müvekkildedir. Müvekkil sadece başarılı bir sonucun gerçekleşmediğini ispatlayarak bu külfetini yerine getirmeyecektir; ayrıca vekilin mesleğinin kurallarına uygun olmayan bir davranışta bulunduğu iddiasını işlerin normal akışına göre sonucun meydana gelmemesinde etken olduğunu ispatlaması gerekir.

36. Vekilin bir diğer borcu ise aydınlatma yükümlülüğüdür. Aydınlatma yükümlülüğü, temelde sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasındaki özen yükümlülüğünün bir gereğidir. Kendi geleceği hakkında karar verme hakkına sahip olarak vücudu üzerinde gerçekleştirilecek her türlü müdahaleye ilişkin olarak olumlu ya da olumsuz bir karar verecek olan hastanın, yapılacak tıbbi müdahale konusunda karar verebilmesi için neye rıza gösterdiğini bilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, tıbbi müdahale, hastanın tam olarak aydınlatılmasından sonra “aydınlatılmış rızanın” verilmesi üzerine yapılabilir. Aydınlatılmış rıza, “riskleri, yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını

kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüte yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin, uygulamanın hasta tarafından “gönüllülükle kabulü” olarak tanımlanmaktadır (Pozgar, D., George, Legal Aspects of HealthCare Administration, LLC 2007, s.278.- s.72.; atıf yapan Çaydar, Pelin: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Cevdet Yavuz’a Armağan, s.739; Ayan, Mehmet: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991,). Bu noktada belirtmek gerekir ki, hekimin aydınlatma yükümlülüğü aydınlatılmış rızayı kapsamına alan ancak ondan daha kapsamlı bir yükümlülüğü ifade eder. Bir başka ifadeyle, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına aydınlatılmış rıza girdiği gibi, hekimin hastasını uygulanan tedavi sonrasında yapılması gerekenler konusunda bilgilendirmesi de girer.

37. Davalı hastane elbette ki sunduğu sağlık hizmeti çerçevesinde yanında çalışan hekim, hemşire, hasta bakıcı gibi sağlık görevlilerinin eylemlerinden de sorumluluğa ilişkin şartların varlığı hâlinde mesul olacaktır. Hekimin ve sağlık personelinin hukukî sorumluluğu kusurlu eylem, zarar ve zarar ile kusurlu eylem arasında illiyet bağının varlığına bağlıdır. 38. Sorumluluğun şartı olan kusurdan bahsedebilmek için öncelikle bir eylemin bulunması gerekir. Hekimin eylemleri tıbbî yardım, tanı ve tedavide söz konusu olabileceği gibi genel bir davranışla da gerçekleşebilir.

39. Bir diğer şart olan zarar, genel itibariyle, sözleşmenin ihlâli nedeniyle alacaklının hukuken korunan değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalma olarak tanımlanabilir (Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1999, C.2, s.1041) ve maddi yahut manevi zarar olarak tezahür edebilir. Tıbbî sorumlulukta maddi zarar; yükümlülüğüne uygun bir müdahale gerçekleşseydi hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yapılan hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen fark iken; manevi zarar, hatalı bir tedavinin sonucu olarak hastanın duyduğu bedensel ve manevi acıyı, hayat zevklerinde meydana gelen azalmayı ifade eder.

40. Borçlar Kanunu’nun 96. maddesine göre borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilmeyeceğini ispat etmedikçe, doğan zararı tazmine mecburdur.

41. En kısa ifadeyle iki olay arasında sebep-sonuç ilişkisi olarak tanımlanabilecek illiyet bağı da sorumluluğun kurucu unsurlarındandır. Sözleşmeden doğan sorumluluğun gerçekleşmesi için ihlâl fiiliyle zarar arasında yalnız tabii illiyet bağının bulunması yetmez;

uygun illiyet bağıının mevcut olması gerekir. Uygun illiyet bağı kuramı, her sebebi değil, sebepler arasında değer verilebilir olanların seçimini esas alır. Buna göre, olayda gerçekleşen türden bir sonucu mahiyeti ve ana eğilimi itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşmesi ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağı uygun illiyet bağı olarak tanımlanabilir.

42. Sağlık çalışanının kusurunun, eylem ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıının mevcut olup olmadığının tespitinde zararın/tehlikenin öngörülebilir ve önlenabilir olması gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır. Hekim, iyi bir sonuç elde etme olasılığı çok az olan durumlarda dahi yardımdan kaçınmaz. Tıbbî yardım ve müdahaleler tıp sanatının kurallarına uygunsa, hastanın fayda ve zararı onun rızası alınarak değerlendirilmişse, buna rağmen öngörülemeyen sonuç önlenememişse hekimin yahut sağlık çalışanının kusurunun varlığından bahsedilemeyecektir.

43. Tıbbî faaliyetin kusurlu ifası meslek hatası (malpraktis) olarak ifade edilmektedir. Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesine göre malpraktis bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesidir. Malpraktis, komplikasyon kavramından farklıdır. Komplikasyon hekimin tıbbî müdahaleyi gerçekleştirirken her şeyi doğru yapmasına rağmen yine de istenmeyen bir sonucun meydana gelmesidir ve komplikasyonun iyi ve doğru yönetilmiş olması kaydıyla, istenmeyen sonucun ortaya çıkmasında tıp ilminin genel kurallarının kusurlu ihlâli söz konusu olmadığından hekimin sorumluluğu doğmayacaktır.

44. Geline aşamada kusurun ispatı meselesi irdelenmelidir.

45. Kural olarak herkes hakkını dayandırdığı olayları ispat etmek zorundadır (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, m. 6; HMK, m. 190/1). Ancak sözleşmeden doğan sorumlulukta yukarıda bahsi geçen BK'nın 96. maddesi ile kanun koyucu borçlu aleyhine bir karine koymuş ve kusur yönünden ispat yükünü ters çevirmiştir. Ne var ki bu noktada şu husus göz ardı edilmemelidir: Kusur dışında kalan sözleşmenin ihlâli, zarar ve uygun illiyet bağı gibi unsurların varlığını ispat yükü yine alacaklıya düşmektedir (Eren, s.1055).

46. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesine göre "Mahkeme, çözümünü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. (Değişik cümle: 3/11/2016-6754/49 md.) Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin

gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz” (Aynı yönde; 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu, m. 3/2-3).

47. Hastane, hekim ve sağlık çalışanlarının kusurunun tespiti, konunun uzmanlık gerektiren, teknik bir alana ilişkin olması nedeniyle çoğunlukla bilirkişi incelemesi aracılığıyla yerine getirilir. Bilirkişi hekimlik görevinin gerek ve ilkelerine aykırı davranışın bulunup bulunmadığını değerlendirir, mahkeme de bu tespitten istifade ederek sorumluluğun diğer koşullarını da irdelemek suretiyle neticeye varır.

48. Uyuşmazlığın çözümünün özel veya teknik bir inceleme gerektirdiğini değerlendiren mahkeme, hukuken neticeye varabilmek için hangi teknik hususların aydınlatılmasına ihtiyaç duyduğunu açıkça belirtmeli, gerekirse tarafların söz konusu teknik meseleyle ilgili iddia ve savunmalarını açıkça ortaya koyarak bunların bilirkişilerce karşılanmasını sağlamalıdır. Nitekim HMK’nın 273. maddesinin 1/a ve b bentleri gereği, tarafların da görüşü alınmak suretiyle bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararda inceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi ve bilirkişinin cevaplaması gereken soruların neler olduğunun açıklığa kavuşturulması şarttır.

49. Bilirkişi de görüşünü bildirirken, uzmanı olduğu konuda dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ışığında vardığı sonucu belirtmekle yetinmemeli, bu sonuca varılmasını gerektirir gerekçelerin neler olduğunu da açıklamalıdır. Bu, HMK’nın 279/2 maddesinin de bir gereğidir. Zira ancak bu şekilde hâkim, bilirkişinin teknik olarak ulaştığı kanaatin hukukî sorumluluğa etkisinin ne olacağını değerlendirebilecektir.

50. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; davalı hastanede gerçekleşen hemaroid ameliyatı sonrasında taburcu olmadan önce davacıya yapılan ağrı kesici iğne nedeniyle düşük ayak sekeli olduğu çekışmesizdir. Bu neticede davalı hastanenin sorumluluğunu gerektirir kusurunun bulunup bulunmadığı yönünde mahkemece önce Ankara Numune Hastanesinden 10.05.2011 tarihli kurul raporu alınmış ise de söz konusu raporda nöropatinin muhtemel nedenleri sıralanmış ancak hastanın önceki nörolojik durumu bilinmediğinden mevcut nöropatinin enjeksiyona bağlı olup olmadığına karar verilemediği bildirilmiştir.

51. Bunun üzerine Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığından 17.01.2012 tarihli rapor alınmıştır. Özel Daire bozma kararında

değinilmeyen bu raporda, düşük ayak sekelinin enjeksiyonun komplikasyonu olarak değerlendirildiği ve malpraktis teşkil etmediği mütalaa edilmiştir. Sonrasında dosya Adli Tıp Kurumuna sevk edilmiş ise de Kurum öncelikle davacının son tarihli tetkiklerinin alınması ve nörolojik muayenesinin yapılarak rapora bağlanması için hastaneye sevkini gerekli görmüştür. Bu kapsamda Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi öğretim üyelerinden alınan 25.02.2013 tarihli raporda “solda siyatik sinirinin peroneal dalının ağır, tibial dalının kronik, kısmi etkilenmesiyle uyumlu bulgular” ın mevcut olduğu belirlenmiştir.

52. Devamında alınan Adli Tıp Kurumu raporunda ise, istenmeyen sonucun bir komplikasyon olduğu, enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil tanımlanmadığı sonucuna varılarak sağlık kuruluşuna atfedilebilecek bir kusurun bulunmadığı ifadesine yer verilmiştir.

53. Ne var ki dosya kapsamında alınan raporlar hüküm kurmaya elverişli kabul edilemez. Her iki rapordaki tespite göre dava konusu hasarın enjeksiyondan kaynaklandığı çekişmesiz hâle gelmiş ise de; bunda sorumluluğu gerektirir kusurun mevcut olup olmadığı yukarıda (48 ve 49. bentlerde) yapılan açıklamalar çerçevesinde ortaya konulmamıştır. Gerek Numune Hastanesi ve Adli Tıp Kurumundan gerekse Özel Dairenin bozma kararında değinmediği Ankara Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığından alınan raporlar, vardıkları teknik sonuca ilişkin gerekçelerinde davacının olayın oluş şekline ilişkin iddia ve anlatımlarını, bilhassa enjeksiyonu yapan sağlık görevlisinin tanık sıfatıyla verdiği ve davacının enjeksiyonun hemen akabinde çok şiddetli ağrısının başladığını söylediği yönündeki ifadesini, Adli Tıp Kurumunun ön talebi üzerine Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Nöroloji Anabilim Dalından alınan 25.02.2013 tarihli rapordaki siyatik sinirinin ağır şekilde etkilenmiş olması tespitinin kusur değerlendirmesinde etkili olup olmadığını tartışmamıştır. Bu hâlde; sonuç olarak varılan kanaatin dosya kapsamına uygun olup olmadığı denetlenemediği gibi, tarafların iddia ve savunmalarının hukuken karşılandığından da bahsedilemeyeceğinden yeniden, daha ayrıntılı bir inceleme yapılması; buna ek olarak, somut olayda yapılan enjeksiyon davacıya uygulanan cerrahi müdahalenin kapsamında kaldığından davacının olası riskler konusunda aydınlatılıp aydınlatılmadığının da mahkemece göz önünde tutulması gereklidir.

54. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmelerde Özel Dairenin yeni bir incelemeyi gerekli görmesinin, üniversite hastanesinden alınmış ayrı bir kurul raporu bulunması karşısında dosya kapsamıyla örtüşmediği, alınan tüm raporlarda dava konusu olayın

malpraktis olarak değerdendirilemeyeceği sonucuna varıldığı, bu nedenle yeniden rapor alınmasının gerekmediği y6n6ndeki mahkeme gerek6esinin haklı olduğu, ayrıca bozma kararında aydınlatılmış onam belgesinin alınıp alınmadığının araştırılmasına işaret edilmiş ve mahkemece bu y6nde bir araştırmanın sonuca etkili olmayacağı gerek6esine dayanılmış ise de, onamın alınmadığı iddiasının yargılamada vakıa olarak ileri s6r6lmemişken kendiliğinden dikkate alınamayacağı ve mahkemenin sonu6 itibariyle yerinde olan direnme kararının bu y6ndeki değişik gerek6eyle onanması gerektiği y6n6ndeki g6r6ř, yukarıda a6ıklanan nedenlerle Kurul 6oğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

55. H6l b6yle olunca mahkemece konusunda uzman bilirkişilerden HMK'nın 266. ve devamı maddeleri 6er6evesinde oluşturulacak bir heyete g6r6şlerine ihtiya6 duyulan teknik hususlar ayrıntılı olarak belirtilerek dosya tevdi edilmeli ve heyetten varılan sonuca ilişkin taraf itirazlarını karşılar ve denetime a6ık rapor alınmalı, bu rapordaki teknik değerlendirmelere g6re davalının doğan zarardan yukarıda a6ıklanan ilkeler 6er6evesinde hukuk6 sorumluluğunun bulunup bulunmadığı tartişılarak varılacak sonuca g6re karar verilmeliyken eksik incelemeyle yazılı şekilde h6k6m tesisi usul ve yasaya aykırıdır.

56. Diğer yandan, dava tarihinin 07.04.2010 olmasına karşın, direnmeye ilişkin gerek6eli karar başlığında hatalı şekilde 22.02.2017 olarak g6sterilmesi mahallinde her zaman d6zeltilebilecek maddi hata teşkil ettiğinden bozma nedeni yapılmamıştır.

57. H6l b6yle olunca; yerel mahkemece verilen direnme kararının yukarıda a6ıklanan değerik gerek6e ve nedenlerden dolayı bozulması gerekir.

IV. SONU6 :

A6ıklanan nedenlerle;

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabul6 ile direnme kararının yukarıda a6ıklanan değerik gerek6e ve nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Ge6ici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usul6 Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA,

İstek h6linde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,Aynı Kanun'un 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren on beş g6n i6erisinde karar d6zeltme yolu

açık olmak üzere 11.11.2021 tarihinde yapılan ikinci görüşmede, oy çokluğuyla karar verildi.”

...

Değişik Gerekçe İle Onama

...

...

...

...

...

Değişik Gerekçe İle Onama

...

Dr. ...

...

Değişik Gerekçe İle Onama

...

Değişik Gerekçe İle Onama

...

Değişik Gerekçe İle Onama

...

Değişik Gerekçe İle Onama

...

...

Değişik Gerekçe İle Onama

...

...

KARŞI OY

“Davacı vekili 07.04.2010 harçlandırma tarihli dava dilekçesinde; müvekkilinin makatta ağrı ve kanama şikayeti ile geldiği davalı hastanede, 14.10.2009 tarihinde ameliyat edildiğini, ertesi gün hemşire tarafından ağrı kesici iğne yapılarak taburcu edildiğini, taburcu olmasından sonra bacağına ağrı, hareketsizlik, güçsüzlük ve uyuşma başlayınca, gittiği görüntüleme merkezinde 30.10.2009 tarihli rapor ile siyatik sinir lezyonu teşhis edildiğini ve sakat kaldığını, hastanenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olduğunu ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 10.000TL maddi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının öncelikle zarara uğradığını ispatla yükümlü olduğunu, kabul anlamına gelmemek kaydıyla müvekkili şirket çalışanın iddia edildiği şekilde davacının zararına sebep olduğunun ispatlanması hâlinde zararı ödeme arzusu içerisinde olduklarını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının ameliyatından sonra yapılan ağrı kesici iğne sonucu sol bacağına sakatlığın olduğu, bilirkişi raporlarından ağrı kesici iğne yapılmasının olağan dışı bir uygulama olmadığı, enjekte edilen ilacın davacının yaşına ve kilosuna uygun olduğu, tedavi amaçlı müdahaleden vahim sonuç ortaya çıktığı, ancak mutad olanın dışına çıkılmadığından beklenmeyen ve istenmeyen sonuç meydana geldiğinden, davalıya kusur izafe edilemeyeceği, hak ve nesafet gözetildiğinde, çalışma gücünü büyük oranda kaybeden ve acı çeken davacının kendisine yüklenebilecek bir kusuru olmadığı hâlde zararının bir nebze de olsa giderilmemesi hakkaniyete uygun olmayacak ise de titizlikle kusur incelemesi

yapıldığı ve davalı tarafın ihmali veya mesleki ve donanım yetersizliğinin yahut kusurunun kusur tespit edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı vekilinin temyiz itirazları üzerine Özel Daire; “...Somut olaya baktığımız da, mahkemece Ankara Numune Hastanesinden, daha sonra davacının itirazı üzerine Adli Tıp 2. İhtisas Kurulundan alınan raporlar nazara alınarak hüküm kurulmuştur. Dosyada mevcut Adli Tıp raporu ve Numune Hastanesi raporu hüküm kurmaya yeterli ve elverişli olmadığı anlaşılmıştır. O hâlde, mahkemece yapılacak iş, Üniversitelerin ana bilim dallarından seçilecek, konularında uzman doktorlardan oluşturulacak bir bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek, davalının açıklanan hukukî konum ve sorumlulukları, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalının sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesinden ibarettir. Ayrıca davalı hastane tarafından davacıya imzalatılmış aydınlatılmış onam belgesinin olup olmadığı hususunun da araştırılması (araştırılması) gerekmektedir. Mahkemece, değinilen bu yön göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır.” şeklindeki gerekçeyle bozma kararı vermiştir.

Bozma kararına karşı Mahkemece; ilk karar gerekçelerinin yanında, Numune Hastanesinden alınmış sağlık Kurulu raporu sonrasında Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığından da enjeksiyon yapanın fiilinden dolayı kusursuz olduğu kanaatiyle Akademisyen bilirkişilerden alınmış raporun olduğu, İstanbul Adli Tıp 2. İhtisas Kurulundan alınmış raporun bulunduğu, raporların birbirini teyit eder mahiyette olduğu, yargılamanın 2010 yılından bu yana sürdüğü, yeniden rapor alınmasında hukukî yararın bulunduğu kanaatinin oluşmadığı, davacıya imzalatılmış onam belgesi olup olmadığının sonuca etkisinin olmayacağı belirtilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir. Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; İki başlıkta toplanmaktadır. Birinci uyuşmazlık enjeksiyona bağlı düşük ayak sekelinin oluşması sonrasında tıbbi uygulama hatası iddiasıyla açılan eldeki maddi tazminat davasında mahkemece yapılan incelemenin yeterli olup olmadığı, ikinci husus aydınlatılmış onamın alınması gerekip gerekmediği noktalarından toplanmaktadır.

Öncelikle birinci uyuşmazlığı değerlendirdiğimizde, uyuşmazlıkta mahkemece ilk önce Numune Hastanesinden, ikinci olarak Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığından son olarak Adli tıp 2. İhtisas Kurulundan rapor aldığı anlaşılmaktadır. Özel dairece "...Somut olaya baktığımız da, mahkemece Ankara Numune Hastanesinden, daha sonra davacının itirazı üzerine Adli Tıp 2. İhtisas Kurulundan alınan raporlar nazara alınarak hüküm kurulmuştur. Dosyada mevcut Adli Tıp raporu ve numune hastanesi raporu hüküm kurmaya yeterli ve elverişli olmadığı anlaşılmıştır. O hâlde, mahkemece yapılacak iş, Üniversitelerin ana bilim dallarından seçilecek, konularında uzman doktorlardan oluşturulacak bir bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek..." demek sureti ile daire ve mahkeme arasında ki uyuşmazlık Üniversiteden rapor alınması ile ilgili olup, Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlıkta buna yöneliktir. Bu durumda özel dairenin bozma kararında Üniversiteden rapor alınmadığı belirttiği hâlde dosya içerisinde Ankara Üniversitesinde rapor alındığı görülmektedir. Öyle olunca özel dairenin Üniversiteden alınan raporu sehven olsada görmediği bu nedenle değerlendiremediği dolayısıyla dosyaya kazandırılan raporun görülmeyerek bozma sebebi yapılması doğru bulunmamış olup, mahkemece her üç rapor değerlendirilerek sonuca gittiği, gerek Üniversiteden gerekse Adli Tıp kurumundan alınan raporların birbirini doğruladığı ve davalıya kusur izafe edilmediğinden bu hususa ilişkin daire bozmasına katılamamıştır. Mahkeme ile daire arasındaki ikinci uyuşmazlık davalıca aydınlatılmış onam alınıp alınmadığı, alınması gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Bu hususun değerlendirilmesi için bazı kavramların açıklanması gerekmektedir.

Aydınlatılmış onam;

Aydınlatılmış onam, iyi hekimlik uygulaması önkoşullarından biridir ve tıp etiğinin temel ilkelerinden olan özerklik ilkesine dayanmaktadır. Özerklik: bir kişi ya da topluluğun kendisine ilişkin konularda, kendi değerlerine dayanarak kararlar vermek ve bunları uygulamak üzere eylemlerde bulunma olanağı olarak tanımlanabilir. Bunun bir uzantısı olarak özerk kişinin, kendi sağlığına ilişkin tüm kararlara katılmasının koşulları sağlanmalıdır. Aydınlatılmış onam süreci; hastanın kendisine uygulanacak herhangi bir tıbbi işleme onay verebilmesi ya da reddedebilmesi için yeterince bilgilendirilmesi, aldığı bilgi üzerine düşünmesi, özgür seçimine dayalı kararını vermesi sürecidir. Avrupa 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 muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir." düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiştir.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür aydınlatılmış onamı 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.

Ayrıca aydınlatılmış onam sürecinin yasal bağlamına ilişkin hukukî metinler incelendiğinde en eski düzenlemenin 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun (1928) olduğu görülmektedir (Madde 70- Değişik: 5728 s. K. - 8.2.2008-26781).

Sağlık Bakanlığı Hasta Hakları Yönetmeliği'ndeki (1998) Madde 15; "Sağlık Durumu ile İlgili Bilgi Alma Hakkı"na yönelik olarak hastanın uygulanacak tıbbi işlem ve müdahale yöntemleri, hastalığın seyri ve sonuçları hakkındaki sözlü ve yazılı bilgi isteme hakkını; kendisinin buna yeterliği yoksa bir başkasını yetkilendirmeyi tanımlamaktadır. Madde 18: Bilgi Vermenin Usulü; Madde 22; Rıza Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama; Madde 24; Hastanın Rızası ve İzni; Madde 25; hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurması; Madde 26; Küçüğün veya Mahcurun (kısıtlının) Tıbbi Müdahaleye katılımı; ve Madde 31; Rızanın Kapsamı ile ilgilidir.

Uygulamada da Aydınlatılmış Onam alınması gerekli olup bunun yazılı alınacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Burada görüldüğü gibi Özel Dairenin Aydınlatılmış Onamın imzalı belge ile ispatlanması hususu değerlendirecek olursak; Aydınlatılmış Onamın alınması bir hukukî fiil

olup, hukukî fiillerin sadece yazılı belge ile ispatlanacağına dair usul hükümlerinde bir hüküm bulunmadığı gibi, Aydınlatılmış onamın yazılı belge ile ispatlanacağına dair özel kanunlarda da bir hüküm bulunmamaktadır.

Aydınlatılmış onam alma işleminin bir vakıa olduğundan, vakıanın açıklanması gerekmiştir.

Vakıa (olgu), kendisine hukuki sonuç bağlanmış olaylardır (03.03.2017 tarihli ve 2015/2 E., 2017/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı).

Belirtmek gerekir ki, sadece taraflarca ileri sürülen ve dayanılan vakıalar, ispatın konusunu oluşturur. Taraflarca getirilen vakıaların hukukî nitelendirmesini yapmak hâkime ait ise de kural olarak taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları hâkim araştırmaz ve bunların ispatını da isteyemez. Usul hukukumuzda hâkim olan ve HMK'nın 25. maddesinde düzenlenen "Taraflarca getirilme ilkesi" uyarınca, kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

Nitekim bu ilkeye uygun olarak HMK'nın "Dava dilekçesinin içeriği" başlıklı 119. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde "Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri"nin gösterilmesi gerektiği düzenlendiği gibi, "Cevap dilekçesinin içeriği" başlıklı 129. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde de "Davalının savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri"nin bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, davacı dava dilekçesinde talep sonucunu haklı göstermeye yarayan yani davanın temelini oluşturan maddi vakıaları yazmak zorundadır. Aynı ilke uyarınca davalı da cevap dilekçesinde savunmasının dayanağını oluşturan vakıaları sunmak zorundadır. Böylece davacı iddiasını, davalı da savunmasını somutlaştırmış olacaktır.

Uygulamada genel geçer ifadelerle somut vakıalara dayanmadan davaların açılıp yürütülmesinin önüne geçmek amacıyla HMK'da yeni bir düzenleme yapılmış ve 194. maddenin birinci fıkrasında "Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır." hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise somutlaştırma yükünün delillerle ilişkisi ortaya konulmuş ve tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmek zorunda oldukları

düzenlenmiştir.” (HMK m. 194/2) (YARGITAY Hukuk Genel Kurulu ESAS NO: 2017/(7)9-1564, KARAR NO: 2021/235).

Yukarıda açıklandığı üzere bir vakıa tarafça ileri sürülmediği takdirde bu vakıanın ispatlanması gerektiğinden bahsedilemez. Mahkemece de iddia edilmeyen savunma ile getirilmeyen bir vakıanın resen dikkate alınarak taraflarca ispatlanmasının sağlanamayacağı açıktır.

Yine anayasa mahkemesi Aydınlatılmış onam ile ilgili bir kararında bu hususun ileri sürülmesi hâlinde derece Mahkemelerince değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. “Somut olayda başvuru kendisine enjeksiyon öncesinde öngörülebilir riskler ve komplikasyonlar konusunda bilgi verilmediğini ve bu sebeple rızasının usulüne uygun olarak alınmadığını belirtmiştir. ATK tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda enjeksiyonun tıbben bilinen birtakım komplikasyonları olduğu açıklanmasına karşın bu riskler hakkında başvurucuyu aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır. Ayrıca başvurucunun söz konusu iddialarını yargılama sürecinde derece mahkemeleri önünde ileri sürdüğü, ancak idare mahkemesi ve Danıştay kararlarında bu konuyla ilgili hiçbir gerekçeye yer verilmediği anlaşılmaktadır” (ANY.Mah.Başvuru Numarası: 2015/9714). Yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında; Direnme konusu davada davacı hiçbir aşamada Aydınlatılmış Onamının alınmadığını ileri sürmediği gibi temyiz dilekçesinde de dahi bu hususu ileri sürmemiştir. Öyle olunca davacı tarafından ileri sürülmemen Aydınlatılmış onam vakıası re'sen dikkate alınamayacağından bu husustaki bozma kararına katılamıyoruz. Yukarıda açıklanan gerekçelerle mahkemece Üniversiteden rapor alındığı bilahare Adli Tıp Kurumundan da rapor alındığı raporların birbirleri ile çelişmedikleri, sonuçlarından davalının kusurunun bulunmadığı anlaşılmakla da yeniden alınacak bir raporun Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık gözetildiğinde yerinde olmadığı, Aydınlatılmış onamın davacı tarafından davanın hiçbir aşamasında ileri sürülmediği, bu hususun Mahkeme ve Özel Dairece bu nedenle dikkate alınamayacağı, ayrıca dairece yazılı aydınlatılmış onamın belgesi olup olmadığına dair bozmasına da hukukî fiilin yazılı belge ile ispat edilme zorunluluğunun bulunmadığından bozma kararına katılamamıştır.

Mahkemenin Aydınlatılmış Onama ilişkin gerekçesinin, Aydınlatılmış Onamın Mahkeme de ileri sürülmemesi şeklinde düzeltilerek onanması gerektiğini düşündüğümüzden. Mahkemece yeniden rapor alınmaması husuna katılmakla birlikte, mahkemece aydınlatılmış onamın sonuca etkisi olmadığına dair gerekçesine katılamıyoruz.

Yukarıda açıklanan gerekçeler ile Mahkeme gerekçesinin düzeltilerek onanması gerektiğinden çoğunluğun bozma kararına katılamamıştır.”

Hukuk Genel Kurulu 2013/1204 E. , 2014/965 K.

• **"İçtihat Metni"**

MAHKEMESİ : Muğla 1. Asliye Hukuk Mahkemesi

TARİHİ : 18/09/2012

NUMARASI : 2012/87-2012/873

“Taraflar arasındaki “tedavi hizmetini üstlenen doktor ve özel hastanenin sorumlulukları kapsamında maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Muğla 1.Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 08.09.2011 gün ve E:2005/617, K:2011/428 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13.Hukuk Dairesi’nin 16.02.2012 gün ve E:2011/19947, K:2012/3097 sayılı ilamı ile;

Davacı, kaza sonucu sağ kolunun yaralanması nedeniyle davalı hastanede çalışan diğer davalı doktor tarafından ameliyat edildiğini, ancak ameliyat sonucu iyileşme görülmediğinden başka bir hastanede yeniden ameliyat olduğunu, bu ameliyat sonrasında kaza nedeniyle sağ kolunda sinir kesilmesi olduğunun tespit edildiğini, ilk ameliyatta bu sinirlerin tamiri gerekirken davalı doktorun yalnız dıştan cerrahi müdahale ile yetindiğini ve davalılar tarafından bilgilendirilmediğini bildirerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 1000 TL tedavi gideri, 1000 TL çalışma gücünü kaybetmesinden doğan tazminat olmak üzere 2000 TL’nin ve 20.000 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesi talep etmiştir. Davalılar davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmakta olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (B.K. 386-390). Vekil, vekalet

görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de; bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (B.K. 290/2 md). Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan dahi sorumludur (B.K. 321/1 md). O nedenle vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastasının ve hastalığının özelliklerini gözönünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, B.K.nun 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.

Her ne kadar mahkemece kusur yönünden alınan bilirkişi raporu hükme dayanak yapılarak dava reddedilmiş ise de; bilirkişi raporunun bir kısım ihtimal ve varsayımlara dayalı olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Somut olayda davacının kolundaki kesiyi müteakip ilk müdahalenin tıbbi kurallara uygun olduğu belirtilmekle birlikte sinir kesilmesi ihtimaline binaen davacının ileride ne yapacağı ile ilgili doktor önerilerinin yapıp yapılmadığı asıl uyuşmazlık konusunu oluşturmaktadır. Nitekim bu hususa bilirkişi raporunda da işaret edilmiştir. Böyle olunca mahkemece tarafların bu husustaki delillerinin toplanıp gerektiğinde konusunda uzman üniversite hastanesinden seçilecek kuruldan bilirkişi raporu alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır..)gerekçesi ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'na da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ:Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 26.11.2014 gününde oyçokluğu ile karar verildi.”

3. Hukuk Dairesi 2022/5523 E. , 2022/7359 K.

• **"İçtihat Metni"**

**MAHKEMESİ: ANKARA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 3. HUKUK DAİRESİ
İLK DERECE MAHKEMESİ: KARABÜK 2. ASLİYE (TÜKETİCİ) HUKUK
MAHKEMESİ**

“Taraflar arasında ilk derece mahkemesinde görülen tazminat davasının kısmen kabul, kısmen reddine dair verilen karar hakkında bölge adliye mahkemesi tarafından yapılan istinaf incelemesi sonucunda; davacının istinaf başvurusunun kabulüne, davalı ... ve ... Sağlık Grup Eğitim Turizm İnşaat San. ve Tic. A.Ş.'nin istinaf başvurularının esastan reddine yönelik olarak verilen kararın, süresi içinde davacı ve davalılar ... ve ... Sağlık Grup Eğitim Turizm İnşaat San. ve Tic. A.Ş. vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine; dosya içerisindeki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacı, 21.09.2014 tarihinde davalı şirketin işlettiği Özel Medikar Hastanesinde davalı Opr. Dr....'ın gerçekleştirdiği ameliyat neticesinde, sezaryen yolu ile kız bebek dünyaya getirdiğini, yaklaşık 6 ay boyunca şiddetli karın ağrısı şikayeti yaşadığını ve bebeğini emziremediğini, defalarca hastaneye başvurmasına rağmen şikayetlerinin arttığını, sonunda Gülhane Askeri Tıp Akademisi (GATA)'ne başvurduğunu, GATA'da tekrar muayene olup ve 27.02.2015 tarihinde hastaneye yattığını, 02.03.2015 tarihinde dava dışı

Prof. Dr. ... tarafından ameliyat edildiğini, ameliyattan sonra, doktoru tarafından çıkarılan cismin gaz kompres (4 adet küçük spanç büyüklüğünde gazlı bez) olduğunu, apsenin patlamak üzere olduğunu, ölümden döndüğünün söylendiğini, yabancı cismin kalın bağırsağa yaptığı bası nedeniyle bağırsakların birbirine yapıştığını, üzerinden geçen süreye rağmen halen kabızlık ve bulantı yaşadığını, ameliyat nedeniyle iki ay hareketsiz yattığından kilo aldığını, bebeğini hiç emziremediğinden sütünün kesildiğini, yaşadıkları nedeni ile eşi ile arasındaki cinsel yaşamını da olumsuz etkilediğini beyan ederek, 950.000,00.-TL manevi tazminatın 21.09.2014 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsiline, yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin davalılar üzerinde bırakılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davanın kısmen kabul kısmen reddine karar verilmiş, hükmün davacı, davalı ... ve ... Sağlık Eğitim San.Tic. A.Ş. vekillerince istinafi üzerine Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3.H.D.'nin 2022/360 E. 2022/925 K. sayılı kararı ile davacının istinaf başvurusunun kabulüne, davalıların istinaf başvurularının esastan reddine karar verilmiş olup; hüküm, davacı, davalı ... ve ... Sağlık Eğitim San.Tic. A.Ş. vekillerince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalıların tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Dava; manevi tazminat talebine ilişkindir. Davacı yan, sezaryen ameliyatı esnasında karnında unutulmuş yabancı cismin sebep olduğu sıkıntılar nedeniyle, davalılar doktor, hastane ve hemşireden müştereken ve müteselsilen 950.000,00 TL manevi tazminata hükmedilesini talep etmiştir. Davalılar ise dava konusu olayla ilgili olarak bir sorumluluklarının bulunmadıklarını beyan ederek, davanın reddi gerektiğini savunmuşlardır. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. 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. Mesleki iş gören vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki

şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Şahsi menfaatleri ihlal edilen kimseye duyduğu ağır manevi acıyı belli bir oranda gidermek, bozulan ruhi dengeyi onarmak, olanak dahilinde bu dengenin yeniden elde edildirmesini sağlamak amacına yönelik olarak manevi tazminata hükmedilir. Manevi tazminatın ve kapsamının taktiri hakime ait bir hak ve görevdir. Ancak hakim bu hak ve görevini yerine getirirken Medeni Kanun'un 4.maddesi hükmünü de gözetmek suretiyle hak ve nesafet ilkeleriyle bağlı kalarak tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, kusurlu eylemin mağdurda uyandırdığı elem ve ızdırabın derecesini, istek sahibinin toplumdaki yerini, kişiliğini, hassasiyet derecesini gözetmek suretiyle makul bir tazminata hükmetmelidir. Öyle ki Türk Borçlar Yasası'nın 56. maddesi gereğince hakim, özel durumları göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Aynı yasanın 51. maddesinde de“Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.” hükmüne yer verilmiştir. Takdir edilecek bu tutar, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir işlevi (fonksiyonu) olan özgün bir nitelik taşır. Ve bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek tutar, var olan durumda elde edilmek istenilen doyum (tatmin) duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22/06/1966 gün ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel durum ve koşullar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim, bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde nesnel (objektif) ölçülere göre uygun (isabetli) bir biçimde göstermelidir. Somut olay incelendiğinde; davacının 21/09/2014 tarihinde davalı Özel Medika Hastanesinde sezaryen yolu ile doğum gerçekleştirdiği, doğum sonrasında ağrıları olması üzerine davalı hastaneye başvurduğu, 14.10.2014 tarihinde doğumu gerçekleştiren Kadın Hastalıkları ve Doğum uzmanı davalı Opr. Dr. ...'a başvurduğu, herhangi bir anormalliğe rastlamadığının söylendiği, 02.02.2015 tarihinde tekrar davalı Opr. Dr. ...'ın yanına gittiği, davalı doktor tarafından yine bir anormallik olmadığı belirtilerek bu kez davacının Estetik Cerrahi birimine sevk edildiği, burada yapılan muayenesinde de kendisine silikon jel ve masaj önerildiği, davacının şikayetlerinin devam etmesi üzerine 09/02/2015 tarihinde Karabük Eğitim ve Araştırma Hastanesinde batın ultrasonografisi çekildiği, batın sağ alt kadranda yabancı cisim ve apse görülmesi üzerine 16/02/2015 tarihinde davacıya çekilen batın BT'de apse ve yabancı cisim ile uyumlu görünüm saptandığı, Gülhane Askeri Tıp Akademisi Hastanesi'nde

02/03/2015 tarihinde ameliyata alınan davacının batınından gazlı bez çıkartıldığı anlaşılmıştır. Davalı doktor ... ve davalı hemşire ...'un dava konusu olay nedeniyle Karabük 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 2018/246 Esas sayılı dosyasında TCK'nın 89/1, 2-e taksirle bir kişinin yaralanmasına neden olma suçundan yargılandıkları, davalı doktor ve hemşire hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği görülmüştür. Ceza soruşturması ve kovuşturması aşamalarında alınan Adli Tıp Kurumu raporları ile Mahkemece aldırılan bilirkişi heyeti raporlarında; davalıların kusurlu oldukları bildirilmiş olup, hükümde esas alınmıştır. Buna göre ilk derece Mahkemesince davanın kısmen kabulü ile 20.000,00.-TL manevi tazminatın olay tarihi olan 21/09/2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müstereken ve müteselsilen tahsil edilerek davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiş; hükmün davacı, davalı ... ve ... Sağlık Eğitim San.Tic. A.Ş. vekillerince istinafi üzerine, davacının istinaf talebi kabul edilerek bölge adliye mahkemesince davanın kısmen kabulü ile 60.000.-TL manevi tazminatın olay tarihi olan 21.09.2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müteselsilen tahsil edilerek davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden davacının manevi tazminat isteminde mahkemece de kabul edildiği gibi haklı olduğu anlaşılmaktadır. Ancak manevi tazminatın amacı zarara uğrayanda bir huzur duygusu uyandırmak olup, miktarın belirlenmesinde takdir hakkı kullanılırken objektif ölçülere dikkat edilmesi gerekmektedir. Manevi tazminatın miktarı bir tarafın zararına diğer tarafın zenginleşmesine neden olmamalıdır. Mahkemece tarafların sosyal ve ekonomik durumları, zararın miktarı, davacının maruz kaldığı haksız durum, yaşadığı sıkıntı ve mağduriyet ile çektiği ızdırıp gözetildiğinde takdir edilen manevi tazminat miktarının düşük olduğu görülmektedir. Mahkemece olayın oluşuna uygun olarak daha yüksek miktarda tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Ne var ki, davacının yaşadığı mağduriyet ve çektiği ızdırıp göz önüne alındığında takdir edilen manevi tazminatın az olması sebebiyle, daha yüksek manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davalılar ... ve ... Sağlık Eğitim San. Tic. A.Ş.'nin tüm temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nın 371. maddesi uyarınca temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararının davacı yararına BOZULMASINA, 2.048,60 TL bakiye temyiz harcının temyiz eden davalılara

yükletilmesine, 80,70 TL peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, dosyanın HMK'nın 373/2 maddesi uyarınca kararı veren bölge adliye mahkemesine gönderilmesine, 05/10/2022 tarihinde oy birliği ile karar verildi.”

3. Hukuk Dairesi 2021/6182 E. , 2021/8902 K.

• **"İçtihat Metni"**

MAHKEMESİ :ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ

“Taraflar arasındaki maddi ve manevi tazminat davasının mahkemece yapılan yargılaması sonucunda, davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün, süresi içinde davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine; temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya içerisindeki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacı, düşmeye bağlı olarak sol dizindeki ağrılar nedeniyle davalı Dr. ...'e 13/12/2010 sol dizinden ameliyat olduğunu; ancak, şikayetinin devam ettiğini, başka doktorların dizinde yabancı bir cismin olduğunu bildirmeleri üzerine 02/06/2012 tarihinde yapılan ameliyatla yabancı cismin alındığını, buna rağmen sol bacağına istediği gibi kullanamadığını, bu nedenle çalışamadığını, maddi manevi çöküntü içerisinde olduğunu ileri sürerek; fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla, 17.544,54 TL. maddi, 200.000,00 TL. manevi zararının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar, davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece; bilirkişi raporları dikkate alınarak davalı doktora atfı kabil bir kusur bulunamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece yargılama sırasında alınan, İstanbul Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu nun 10/07/2015 tarih-4310 sayılı raporda; "Özel Kırıkhan Can Hastanesi'nde Dr.... tarafından çapraz bağ ve menisküs yırtığı nedeniyle 13.12.2010'da tendon greft alınması ve artroskopik ön çapraz bağ rekonstruksiyonu yapıldığı, ameliyat sonrası takipleri yapılan hastanın önerilerle taburcu edildiği, akabinde 09.08.2011 tarihinde kadar arada kontrol muayeneleri yapılmak suretiyle 90, 60, 60, 31 ve 1 günlük istirahat, medikal tedavi rehabilitasyon

egzersizleri önerildiği, akabinde yaklaşık 1,5 ay sonra Mustafa Kemal Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Hastanesi'nde 26.09.2011'de girişimsel artroskopi ile parsiyel menisektomi yapıldığı, akabinde Özel Defne Hastanesi'nde 15.11.2011 ile 26.05.2012 tarihleri arasında medikal tedavi ve takipleri yapıldığı, akabinde başvurduğu Özel Palmiye Hastanesi'nde 01.06.2012 tarihinde rekonstrükte ön çapraz bağda siklops, medial menisküs yırtığı nedeniyle artroskopi ve femur alt uçta önceki ameliyat sırasında kırılan matkap ucunun çıkarılması işlemi yapıldığı, 27.08.2012'de pin çıkarma işlemi yapıldığı, akabinde Mustafa Kemal Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Hastanesi'nde fizik tedavi gördüğü, daha sonra İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Ortopedi ve Travmatoloji Anabilim Dalı'nda 08.10.2013 tarihinde staple ekstraksiyonu yapıldığı --- ameliyat şeklinin uygulanan yöntemlerden olduğu, bu tür ameliyatlardan sonra söz konusu klinik şikayetlere neden olan bulgulara tam düzelme olamayabileceği, bunun yanı sıra ameliyat sonrasında ortaya çıkan yırtıkların ve eklem içi effüzyonların bu tür ameliyatlardan sonra ortaya çıkabilen herhangi bir tıbbi kusur ya da ihmale izafe edilemeyen klinik tablonun doğal bir seyri olarak değerlendirildiği,--hastanın daha sonra tedavisini başka merkezlerde devam ettirmeyi tercih ettiği, dolayısıyla Dr....'e atfı-kabil kusur tespit edilmediği " yönünde görüş bildirilmiştir

Yine, dosya içerisinde mevcut Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Genel Kurul 24/12/2015 tarih-2635 karar sayılı kurul raporunda; "çapraz bağ ve menisküs yırtığı tespit edilerek tendon greft alınması ve artroskobik ön çapraz bağ rekonstruksiyonu ameliyatı yapılmış olduğu, çapraz bağ ve menisküs yırtıkları için yapılan cerrahi girişimler arasında söz konusu ameliyat şeklinin uygulanan yöntemlerden olduğu, bu tür ameliyatlardan sonra söz konusu klinik şikayetlere neden olan bulgulara tam düzelme olamayabileceği, işlem sırasında kemik doku içinde kalan materyalin söz konusu klinik şikayetlerin sebebi olmadığı, bunun yanı sıra ameliyat sonrasında ortaya çıkan yırtıkların ve eklem içi effüzyonların bu tür ameliyatlardan sonra ortaya çıkabilen herhangi bir tıbbi kusur ya da ihmale izafe edilemeyen klinik tablonun doğal bir seyri olarak değerlendirildiği--uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğu cihetle" ilgili hekime kusur atfedilemeyeceği oy birliğiyle mütalaa olunduğu görülmüştür.

Her ne kadar, mahkemece; Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu ve Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Genel Kurul raporunda davalı hekimin herhangi bir kusurunun olmadığı yönünde görüş açıklandığı belirtilerek; davanın reddine karar verilmiş olduğu görülse de; Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu raporunda, ameliyat sırasında kemik doku içerisinde kalan

meteryale dair bir inceleme yapılmadığı gibi ayrıca bu kapsamda dosyadaki raporlarda ayrıntılı olarak operasyon sonrası tespiti imkanı olup olmadığı ve sonradan geçirilen ameliyatlar da dikkate alınarak , bu parçanın müdahale bölgesinde hangi ameliyattan sonra bırakıldığı, müdahale bölgesinde bırakılmasının yerinde olup olmadığı hususları ile birlikte bu meteryalin zarar verip vermediği konularında herhangi bir değerlendirme yapılmadığı ve raporun bu haliyle taraf ve Yargıtay denetime elverişli olmadığı anlaşılmıştır. O halde, mahkemece; yukarıda açıklanan hususlarla ilgili olarak inceleme yapılmak üzere, içerisinde üç Ortopedi Uzmanı bulunacak şekilde Üniversite Öğretim Üyelerinden oluşturulacak, konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek, dosyada mevcut diğer bilirkişi raporları ile mukayeseli olarak davalıların kusurlu olup olmadığının belirlenmesi, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine açık, ayrıntılı ve gerekçeli rapor tanzim edilmesinin istenmesi, bundan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle davacı yararına **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nın 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 23/09/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.”

3. Hukuk Dairesi 2021/5210 E., 2022/211 K.

• "İçtihat Metni"

**MAHKEMESİ: İZMİR BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 21. HUKUK DAİRESİ
İLK DERECE**

MAHKEMESİ : İZMİR 8. TÜKETİCİ MAHKEMESİ

“Taraflar arasında ilk derece mahkemesinde görülen maddi ve manevi tazminat davasının reddine dair verilen karar hakkında bölge adliye mahkemesi tarafından yapılan istinaf incelenmesi sonucunda; davacıların istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin kararın süresi içinde davacılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine; dosya içerisindeki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü;

YARGITAY KARARI

Davacılar, müteveffa ...'nın fazla kiloları sebebiyle Opr. Dr. ...'ın İzmir'de bulunan muayenehanesinde muayene olduğunu,Opr. Dr. ... tarafından anlaşmalı hastane olan davalı ... Hastanesinde 03/05/2017 tarihinde mide küçültme ameliyatı olduğunu ve 3 gün sonra taburcu edildiğini,müteveffanın Manisa'ya gittiğini, aniden fenalaşması sebebiyle ameliyat olduğu hastaneye ambulans ile geldiğini, hastanenin müteveffayı bu tür komplikasyonların normal olduğundan bahisle taburcu ettiğini,taburcu edildikten iki gün sonra tekrar fenalaşması üzerine Manisa'dan tekrar İzmir'e davalı hastaneye sevk edildiğini,aynı gün hastanede bekletildikten sonra durumunun ağırlaşması sebebiyle ameliyat olduğu hastanede kalamayacağını bu sebeple Devlet Hastanesine sevk edilmesi gerektiğinin söylediğini, bunun üzerine müteveffanın İzmir Dr. ... Göğüs Hastalıkları ve Cerrahisi Eğitim ve Araştırma Hastanesine sevk edildiğini ve aynı gece orada vefat ettiğini, İzmir Dr. ... Göğüs Hastalıkları ve Cerrahisi Eğitim ve Araştırma Hastanesince düzenlenen ölüm belgesinde ölüm şeklinin doğal ölüm neticesinde meydana geldiği yer olsa da müteveffanın ameliyatından ölümüne kadar doktor ve hastanenin ihmali olduğunu, belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik 15.000,00 TL maddi tazminat ile 70.000,00 TL manevi tazminatın ölüm tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalılardan müstereken ve müteselsilen tahsilini istemişlerdir.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, maddi ve manevi tazminat davasının reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından istinaf edilmiştir.

Bölge adliye mahkemesince, davacıların istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.(BK 386-390) (TBK 502.506) 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. Mesleki iş gören vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md) (TBK 400). Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve

özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak tedaviyi her türlü tedbiri alarak yapmak zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz, özen göstermeyen bir vekil, (BK. 394/1) (TBK 510) uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya bakılacak olursa dosya kapsamında alınan bilirkişi raporunda;Op. Dr. ... ve Op. Dr. ...'ın müteveffa ...'nın ameliyatını doğru endikasyon ile yaptıkları, ameliyat sonrası takipleri tıbbi gerekliliklere uygun olarak yaptıkları, müteveffa ...'nın kendisine uygulanan obezite cerrahisinin bir komplikasyonu olan pulmoner emboli nedeniyle hayatını kaybedildiğinin düşünüldüğü,kesin ölüm nedeninin ancak otopsi ile belirleneceği,Op. Dr. ... ve Op. Dr. ...'ın hastanın tedavisinde hekimlik uygulamaları açısından hata ve ihmallerinin olmadığı kanaati bildirilmiştir. Ne var ki; dosyada mevcut bilirkişi raporu ve ek rapor denetime ve hüküm kurmaya elverişli değildir,davacıların itirazlarını karşılar mahiyette değildir.

O halde mahkemece, Üniversite Öğretim Üyelerinden oluşturulacak, (gastroenteroloji,kardiyoji,nöroşirürji,dahiliye ve genel cerrahi) konusunda uzman, akademik kariyere sahip beş kişilik bilirkişi kurulundan, davacıların itirazları da karşılanmak suretiyle davalı hastane ve davalı doktora atfi kabil bir kusur bulunup bulunmadığı, davalı hastanenin obez hastalara yönelik yeterli donanıma sahip olup olmadığı, hastanın cerrahi bir müdahaleyi kaldırıp kaldıramayacağına yönelik tetkiklerini yeterli olup olmadığı, hastanede tomografi cihazının olmamasının tedavide eksiklik yaratıp yaratmayacağı değerlendirilerek açıklayıcı; taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak sonucuna göre karar verilmelidir. Mahkemece bu yönler göz ardı edilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

İlk derece mahkemesi kararının, yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmasına karar verilmiş olduğundan, HMK'nin 373/1. maddesi uyarınca, iş bu karara karşı yapılan istinaf

başvurusunun esastan reddine ilişkin bölge adliye mahkemesi kararının da kaldırılmasına karar verilmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nın 373/1. maddesi uyarınca temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararının KALDIRILMASINA, aynı Kanununun 371. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararının davacı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, dosyanın ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin de bölge adliye mahkemesine gönderilmesine, 20.01.2022 tarihinde oy birliği ile karar verildi.”

6. Hukuk Dairesi 2021/4727 E. , 2022/3546 K.

• **"İçtihat Metni"**

MAHKEMESİ :Asliye Hukuk Mahkemesi

“Taraflar arasındaki tazminat davasının bozma ilamına uyularak yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın maddi tazminatın kabulüne, manevi tazminatın kısmen kabulüne yönelik verilen hüküm süresi içinde davacı, davalı ve fer'i müdahil vekillerince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

- K A R A R –

Dava, eser sözleşmesi niteliğinde estetik operasyon nedeniyle maddi ve manevi tazminatın tahsili istemiyle açılmış, mahkemece davanın reddine dair verilen ilk hüküm davacı vekilince temyiz edilmiş, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 2018/3043 Esas, 2018/2820 Karar sayılı ve 03.07.2018 günlü kararı ile yerel mahkeme kararı bozulmuş, bozma kararına uyan yerel mahkemece davacının maddi tazminat talebinin 19.507,44 TL üzerinden, manevi tazminat isteminin ise 4.000,00 TL üzerinden kısmen kabulüne karar verilmiş, bu karar davacı, davalı ve fer'i müdahil vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, müvekkili ile davalı doktor arasında 01.02.2013 tarihinde göğüs estetiği (göğüs büyütme) ameliyatı konusunda yapılan görüşme sonucu estetik müdahaleye karar verildiğini, bu aşamada hiçbir ölçüm yapmadan fotoğraf çekimi yapılmadan ve ayrıntılar sorulmadan sadece 300 cc yuvarlak silikon kullanılacağı ve bunun da 85 bedene tekabül edeceği bununla sorunun giderileceği, bedelinin de 5.000,00 TL olduğunu açıklayıp,

bunların yanında vücudundan yağ alınarak göz kapağını ve alnını doldurup, bunun ileri yaşlarda kendisini daha iyi hissetmesine yol açacağını, bu işler için de 2.500,00 TL olmak üzere toplam 7.500,00 TL'ye anlaştıklarını, 2.000,00 TL kaparo istediğini, yapılan anlaşma ile 08.02.2013 tarihinde yapılan ameliyat sonrasında sol göğsünde aşırı bir şişlik ve göğüs uçlarında sarkma, aşağı doğru eğilim, aynı zamanda yüzüne yapılan dolgu ve aşırı şişlik nedeniyle de yüzünün tanınmaz hale geldiğini, davalı doktorun yapılan görüşmede müvekkiline 300 cc olması gerekirken 260 cc uyguladığını söylediğini, göğüs şekillerinin simetrik olmadığını, uçlarının aşağı sarktığını, sol göğsün aşırı şiş olması nedeniyle tekrar ameliyat gerektiğini, 2. ameliyatın 11 gün sonra yapıldığını, sonuçlarının ilk ameliyata göre daha vahim sonuçlar doğurduğunu, göğüsleri arasında 4-5 parmak boşluk kaldığını, koltuk altına yeni kesiler açtığını, bu kesilerin yanlış yerden açılması nedeniyle silikonların koltuk altına denk geldiğini ve yana dönüp uyumasının mümkün olmadığını, davalının bu ayıplı eylemi nedeniyle müvekkilinin en az 2 kez daha ameliyat olması ve bu ameliyatlar için 6'şar ay beklemesi gerektiğini, bu yapılacak ameliyatların davalının yanlış kesileri nedeniyle çözüm olamayacağını bilindiğini, ödeme gücü de bulunmadığını, yapılması gereken yeni ameliyat ve masraflarının maddi tazminat talepleri içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini, yine davalı ile botoks uygulaması yönünde herhangi bir anlaşma bulunmamasına rağmen davalının vermiş olduğu faturalardan her iki ameliyatta da botoks uyguladığının anlaşıldığını, bu nedenlerle fazlaya ilişkin haklarının saklı kalmak kaydıyla 5.000,00 TL maddi ve 100.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesi istemiş, 08.01.2014 tarihli dilekçesiyle de, maddi tazminat istemini 4.500,00 TL ameliyat ve hastane masrafları, 500,00 TL'de çalışılmayan süre nedeniyle gelir kaybı olduğunu açıklamıştır. Davalı vekili ise, gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin tamamının davacının bilgisi ve onamı dahilinde gerçekleştirildiğini, her iki müdahalenin de olumlu ve olumsuz yönlerinin tamamının anlatıldığını, davacının talep ettiği gibi 260 cc ölçüsündeki silikon protezlerin göğsüne yerleştirildiğini, ameliyatın son derece başarılı geçtiğini, daha sonra göğüslerine 300 cc ölçüsündeki silikon protez katılmasının talep ettiğini, ilk tıbbi müdahalenin başarılı sonuç vermesine rağmen bu talebi üzerine ayrıntılı onam formu aldığını ve bu operasyonun da kendi istemi ile gerçekleştirildiğini, bu ameliyat sonrasında da psikolojisini rahatlatamadığını, kalitesiz silikon kullanmadığını, dünyaca bilinen "Allergan" marka protez kullanıldığını, göğüs uçlarıyla ilgili herhangi bir müdahalesinin bulunmadığını, iki meme arasındaki genişlik ameliyat öncesindeki gibi olduğunu, maksimum 0,5-1 cm arasında değişikliğe uğradığını, silikon protezin kas altında cep hazırlanırken kasın göğüs kemiğine (sternum) liflerin fazla zorlanamayacağını, davacı tarafın iddialarının tıp literatürü ile

bağdaşmadığını, müvekkilinin kusursuz olduğunu savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Dosya kapsamında Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu ve İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi öğretim görevlilerinden rapor alınmış, iki raporda da davalıya atfı kabil bir kusur bulunmadığı belirtilmiş, yerel mahkemece bu raporlar hükme esas alınmak sureti ile davanın reddine karar verilmiş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 2018/3043 Esas, 2018/2820 Karar sayılı ve 03.07.2018 günlü kararı ile dosya kapsamındaki raporlarda davalı hekimin bir kusuru bulunmadığı belirtilmiş ise de, raporların yetersiz inceleme sonucu düzenlendiği ve davalı hekimin müdahalede kusurlu olduğu gerekçesi ile eserin kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olmamakla birlikte adli tıp raporunda belirtilen müdahalelerin neler olduğu ve ne tür ameliyatlara ve ne miktarda giderilebileceği konusunda rapor alınıp, davacının gelir kaybı ve manevi tazminatla ilgili istek kalemleri de değerlendirilip sonucunu göre karar verilmesi gerektiği belirtilerek bozulmuştur.

Bozmaya uyan yerel mahkemece, dosya kapsamında Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Bölümü öğretim görevlisi bilirkişi ve devamında eklenen hukukçu ve tıp doktoru bilirkişiden rapor alınmış ve 05.01.2021 tarihli rapora göre yeniden yapılacak ameliyat için 8.500,00 TL , davacının 15 günlük istirahatle kaybedeceği ücret olarak 1.961,44 TL ve davacının toplamda hastane ve davalı doktora ödediği 9.046,00 TL olmak üzere maddi zararın 19.507,44 TL olduğu belirtilmiştir. Yerel mahkemece, ilgili raporun hükme esas alınması ile davacının 19.507,44 TL maddi tazminat ve 4.000,00 TL manevi tazminat alacağına 08.02.2013 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş, bu karar davacı, davalı ve fer'i müdahil vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara ve mahkemece uyulan bozma kararı gereğince inceleme yapılarak hüküm verilmiş olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve bozmanın şümulü dışında kalarak kesinleşen cihetlere ait temyiz itirazlarının incelenmesinin artık mümkün olmamasına göre yerel mahkeme kararında aleyhine hüküm bulunmayan fer'i müdahil Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketinin temyiz isteminin reddine, taraf vekillerinin aşağıdaki bentler kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Ameliyat ve dava tarihinde yürürlükte olan TBK'nın 56. maddesinde; "Hakim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir." düzenlemesi mevcuttur.

Zarar görene tanınmış olan manevi tazminat hakkı, kişinin sosyal, fiziksel ve duygusal kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda öngörülen bir tazminat türüdür. Amacı ise kişinin, hukuka aykırı olan eylemden dolayı bozulan manevi dengesinin eski haline dönüşmesi, kişinin duygusal olarak tatmin edilmesi, zarar vereni bir daha böyle bir eylemde bulunmaktan alıkoyması gibi olguları karşıladığı bir gerçektir.

Manevi tazminat, kişinin çekmiş olduğu fiziksel ve manevi acıları dindirmeyi, hafifletmeyi amaçlar. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığıdır. Bu tazminat türü, kişinin haksız eylem sonucu duyduğu acı ve elemin giderilmesini amaçladığı için, zarar gören kişi, öngördüğü miktarı belirleyerek istemde bulunabilir.

Maddi zararda olduğunun aksine manevi tazminatta kesin bir hesabın yapılması olanaksızdır. Bunun için miktarı, somut olayın özelliği, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak TMK'nın 4. maddesi uyarınca hakim tarafından takdir ve tayin edilir. Hakim, manevi tazminatın miktarını belirlemede geniş bir yetkiye sahiptir. Takdir edilecek bu tutar, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir işlevi (fonksiyonu) olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek tutar, var olan durumda elde edilmek istenilen doyum (tatmin) duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22/06/1966 tarihli ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde, takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel durum ve koşullar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim, bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde nesnel (objektif) ölçülere göre uygun (isabetli) bir biçimde göstermelidir. Hakim belirlemeyi yaparken somut olayın özelliğini, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu, paranın alım gücünü, duyulan ve ileride duyulacak elem ve ızdırabı gözözetmelidir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olaya değerlendirildiğinde; davacının ilk operasyondan 11 gün sonra ikinci bir operasyon geçirmek zorunda kalması ve mahkemece

yapılan incelemede davalının kusurlu müdahalesinin sonuçlarının giderilmesi için yeni bir operasyon geçirmesi gerektiği, tarafların sosyal ve ekonomik durumu, olayın gelişimi, olayın davacıda meydana getirdiği elem ve üzüntü derecesi dikkate alınarak uygun bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, davacı için çok düşük miktarda manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

3-Davalı vekilinin temyiz itirazlarına gelince, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'nın 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi bulunduğu uyuşmazlık konusu değildir. Eser sözleşmelerinde, iş sahibi tarafından yükleniciye ödenen iş bedelinin iadesine karar verilebilmesi için taraflar arasındaki sözleşmenin geriye etkili feshedilmiş, diğer bir deyişle sözleşmeden dönülmüş olması gerekmektedir. İş sahibinin müspet zarar kapsamındaki ayıp giderim bedelini isteyebilmesi için ise taraflar arasındaki sözleşmeden dönülmemiş olması yani sözleşmenin taraflar arasında halen yürürlükte olması gerekmektedir.

Bozmaya uyan yerel mahkemece, yeniden yapılacak ameliyat için 8.500,00 TL, davacının 15 günlük istirahatte kaybedeceği ücret olarak 1.961,44 TL ve davacının toplamda hastane ve davalı doktora ödediği 9.046,00 TL olmak üzere maddi zararın 19.507,44 TL olduğu belirtilerek, bu bedelin davalıdan tahsilne karar verilmiştir. Ödenen iş bedelinin iadesinin sözleşmeden dönmenin (geriye etkili fesih) bir sonucu olduğu, ayıp giderim bedelinin tahsilne karar verilebilmesi için ise sözleşmenin taraflar arasında yürürlükte olması gerektiği, iş bedelinin iadesi ile ayıp giderim bedelinin birlikte tahsilne karar verilemeyeceği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. Ayrıca Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 2018/3043 Esas, 2018/2820 Karar sayılı ve 03.07.2018 günlü kararında eserin kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olmamakla birlikte adli tıp raporunda belirtilen müdahalelerin neler olduğu ve ne tür ameliyatlara ve ne miktarda giderilebileceği konusunda rapor alınıp, davacının gelir kaybı ve manevi tazminatla ilgili istek kalemleri de değerlendirilip sonucunu göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiş olup, davacının maddi tazminat istemine ilişkin ödediği iş bedelinin de iade edilmesi gerektiğine ilişkin bir bozma nedeni de bulunmamaktadır.

Yerel mahkemece yapılacak iş, yeniden yapılacak ameliyat için 8.500,00 TL, davacının 15 günlük istirahatte kaybedeceği ücret olarak 1.961,44 TL olmak üzere maddi tazminat bakımından toplamda 10.461,44 TL üzerinden davanın kabulüne karar vermekten ibarettir.

6098 sayılı TBK'nın 117. maddesi hükmü gereğince bir alacağa temerrüt faizi yürütülebilmesi için alacağın muaccel olması yeterli olmayıp, alacaklının usulüne uygun temerrüt ihtarı ile borçlunun temerrüde düşürülmüş ya da alacağın kararlaştırılan kesin vadede ödenmemiş olması gerekir. Somut olayda, TBK'nın 117. maddesinin ikinci fıkrasındaki haller söz konusu değildir. Kesin vade bulunmadığı gibi davacı tarafından usulüne uygun ihtarla talep edilmek suretiyle davalı borçlu temerrüde de düşürülmemiştir. Açıklanan nedenlerle davada hükmedilen bedele dava tarihi yerine 08.02.2013 tarihinden faiz başlatılması da doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle fer'i müdahil ...'nin temyiz isteminin reddine, taraf vekillerinin 2. ve 3. bent kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine, davacı vekilinin temyiz itirazlarının 2. bentte açıklanan nedenlerle kabulüne, davalı vekilinin temyiz itirazlarının 3. bentte açıklanan nedenlerle kabulüne, hükmün temyiz eden taraflar lehine BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacı ve davalıya iadesine, aşağıda yazılı harcın temyiz eden fer'i müdahil ...'nden alınmasına, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine, 22.06.2022 gününde oy birliğiyle karar verildi.”

3. Hukuk Dairesi 2021/2771 E. , 2022/221 K.

• "İçtihat Metni"

MAHKEMESİ :ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ

DAVALILAR :

“Taraflar arasındaki maddi-manevi tazminat davasının mahkemece yapılan yargılaması sonucunda, davanın kısmen reddine dair verilen hükmün, duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili, duruşmasız olarak incelenmesi davalılar ... Sağlık Hastanesi ve ... vekili tarafından istenilmekle daha önceden belirlenen 20/01/2022 duruşma günü tarihinde davacı vekili Av. ... ile davalı ... vekili Av. ..., diğer davalı ... vekili Av. ... geldiler. Açık duruşmaya başlandı ve hazır bulunan vekillerin sözlü açıklamaları dinlenildikten 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:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacı, 2003 yılı içerisinde beyin ve sinir cerrahi uzmanı davalı doktorun kliniğine bacak ve bel ağrısı nedeniyle müracaat ettiğini, 01.08.2003 tarihinde yatışının sağlandığını, 01.08.2003 tarihinde bel bölgesinden ameliyat edilip 3 gece 4 gün tedavisinin devam ettiğini, baston yardımıyla yürüyebildiğini, hiçbir iyileşmenin olmadığını, ağrılarının daha da şiddetlendiğini, bunun üzerine 19.07.2004 tarihinde ... Hastanesinde ikinci ameliyatın gerçekleştirildiğini, ameliyat sonrasında dört gün boyunca Hayat Hastanesi'nde tedavi gördüğünü, ancak durumunda bir düzelme olmadığı gibi ayağa kalkamadığını, idrar ve dışkısını tutamayacak bir halde ... Hastanesi'nden Av. ... Hastanesi'ne sevkini yapıldığını yatalak bir şekilde 09.08.2004 tarihinde taburcu edildiğini, daha sonra Gaziantep Tıp Fakültesi Hastanesi'nde 13 gün boyunca tedavi gördüğünü, kalıcı bir şekilde % 80 iş-güç kaybına uğradığını, 14.06.2006 tarihinde Ankara Dışkapı Eğitim Hastanesi'nde tedavi altına alındığını, fizik tedavi ve protez araçlar yardımı ile tedavisini yürüten doktorların, önceki ameliyatın hatalı yapıldığını, sinirlerine hasar verildiğini, fizik tedavi ve protez araçlar yardımıyla tedavisinin devam etse bile asla ameliyat öncesindeki eski haline gelemeyeceğini söylediklerini ileri sürerek, kendisini % 80 iş göremez duruma sokan davalılardan fazlaya ilişkin haklarını saklı tutularak şimdilik 10.000,00 TL maddi ve 100.000,00 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiş ıslah dilekçesi ile maddi tazminat talebini artırmıştır.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemenin davanın reddine dair kararının, Yargıtay 13. Hukuk Dairesince bozulmasını üzerine, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda mahkemece; davalı ... ve Eğitim Vakfı yönünden davanın reddine, diğer davalılar yönünden kısmen kabulüyle, 10.000,00 TL maddi tazminatın dava tarihi itibarıyla işleyecek yasal faizi itibarıyla davalılar A.Ş. ve ...'den müştereken müteselsilen alınarak davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin istemin zamanaşımı nedeniyle reddine, 80.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihi itibarıyla işleyecek yasal faiziyle davalılar A.Ş. Ve ...'den müştereken müteselsilen alınarak davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin istemin reddine, karar verilmiş, karar davacı ile davalılar A.Ş. ve ... tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalıların tüm, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Dava, bedensel bütünlüğün zarara uğraması nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararın tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece, dava konusu olay vekalet sözleşmesine dayandığından olayda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 126.maddesinin (TBK 147.maddesi) uygulama alanı bulacağı, bu yasal düzenlemeye göre vekalet akdinden kaynaklanan alacakların beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu, 19.07.2004 tarihli ameliyat ve dava tarihi nazara alındığında beş yıllık zamanaşımının ıslah tarihi itibarıyla dolduğu, dolayısıyla davalıların zamanaşımı itirazlarının yerinde olduğu , her ne kadar davalı ... vekili zamanaşımı itirazında bulunmamış ise de, davalıların sorumluluklarının teselsül hükümlerine dayanmakta olup normatif dayanağı 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 141 olduğu (6098 sk m.162), böyle hallerde müteselsil borçlulardan biri tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'inden diğer borçlu da yararlanabileceğinden, diğer davalılar tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'inden davalı ...'ün de yararlanması gerektiği ve maddi tazminat yönünden zamanaşımı def'i nazara alınarak, dava dilekçesinde talep edilen 10.000 TL yönünden davanın kabulüne, bakiye kısım yönünden zamanaşımı def'i nazara alınarak reddine karar verilmiştir.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 126/4 madde ve bendine göre vekalet akdinden kaynaklanan alacakların 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Vekalet sözleşmesinin en önemli unsurları arasında; vekilin talimata uygun hareket etme borcu, özen borcu ve hesap verme borcu gelmektedir. Somut olayda, ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık, “gelişen durum” ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bu durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacağı için zamanaşımı süresi bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığının öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır. Bu durumda, dava konusu ameliyatın gerçekleştiği tarihten itibaren değil, zararın net olarak ortaya çıktığı tarihten itibaren zamanaşımı süresinin başlatılarak, vekilin hesap verme yükümlülüğü devam ettiğine ve buna göre tedavi bitmeden zararın bilinmeyeceği ve zarar öğrenilmeden zamanaşımı süresinin işlemeye başlamayacağı

düşünülmenden ıslah edilen miktar açısından zamanaşımı nedeniyle davanın kısmen reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

3-Mahkemece, olayın vekalet akdinden kaynaklandığı, 818 sayılı BK'nun 101.maddesi (TBK117.maddesi) uyarınca muaccel borçlunun borçlusunun alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği, dava tarihinden önce davalıların temerrüde düşürüldüğüne dair dosyada bir delil olmadığı gerekçesiyle hükmedilen tazminatlara dava tarihinden itibaren faize hükmedilmiş ise de; uyuşmazlığın vekalet akdinden kaynaklandığı gözetilerek davalı tarafın zararın doğduğu tarihinden itibaren zararın tamamı için temerrüde düşmüş sayılır. Olay tarihinden faize hükmedilmesi gerekirken, mahkemece dava tarihinden faiz uygulanması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

4- Karar Tarihinde Yürürlükte bulunun Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 13. maddesine " (1) Bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde gösterilen hukuki yardımların konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise avukatlık ücreti, davanın görüldüğü mahkeme için bu Tarifenin ikinci kısmında belirtilen maktu ücretlerin altında kalmamak kaydıyla (7 nci maddenin ikinci fıkrası, 10 uncu maddenin üçüncü fıkrası ile 12 nci maddenin birinci fıkrası, 16 ncı maddenin ikinci fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla) bu Tarifenin üçüncü kısmına göre belirlenir. (2)Ancak, hükmedilen ücret kabul veya reddedilen miktarı geçemez. (3) Maddi tazminat istemli davanın kısmen reddi durumunda, karşı taraf vekili yararına bu Tarifenin üçüncü kısmına göre hükmedilecek ücret, davacı vekili lehine belirlenen ücreti geçemez. (4) Maddi tazminat istemli davaların tamamının reddi durumunda avukatlık ücreti, bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümüne göre hükmolunur." şeklinde düzenleme yer almaktadır. Mahkemece bu madde hükümlerine aykırı şekilde davalılar lehine vekalet ücretine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmaya gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda 1.bentte açıklanan nedenlerle davalıların tüm, davacının sair temyiz itirazlarının reddine; 2.,3.,4., bentlerde açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına BOZULMASINA, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 3.815 TL Yargıtay duruşması vekalet ücretinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine, 59,30 TL peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, 4.610,90 TL bakiye temyiz harcının temyiz eden davalı ...'e, 4.610,90 TL bakiye temyiz harcının temyiz eden davalı ...'ne yükletilmesine, 20/01/2022 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi."

(Muhalif)

KARŞI OY

“Davacı, bel ağrısı nedeniyle ameliyat olduğunu ancak kalıcı bir şekilde %80 oranında iş-güç kaybına uğradığını, ameliyatı hatalı yapan doktor ve hastaneden 10.000 TL maddi, 100.000.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Davacı daha sonra davasını 29.9.2020 tarihinde ıslah ederek 986.141,84 TL maddi tazminat talebinde bulunmuştur. Daire çoğunluğu ile aramızdaki ihtilaf, davacının ıslah tarihi itibariyle artırılan maddi tazminat talebinin zamanaşımına uğrayıp uğramadığı hususudur.

Dava, vekâlet sözleşmesine dayalı, bedensel bütünlüğün zarara uğraması nedeniyle maddi ve manevi zararın istemine ilişkindir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 126. maddesi (TBK m. 147) uyarınca zamanaşımı süresi 5 yıldır.

Davacı 19.7.2004 tarihinde ameliyat olmuş ve davasını ise 6.4.2007 tarihinde açmıştır. 14.4.2014 tarihinde Gaziantep Tıp Fakültesi Hastanesince %88 oranında meslek kazanç kaybı tespit edilmiştir. Davacının zararı ameliyat olduğunda oluşmuş ve bu tarihten sonra değişme ve gelişme olmamıştır.

Davacı, 29.9.2020 tarihinde maddi tazminat talibini ıslah etmiş, davalı taraf ise zamanaşımı definde bulunmuştur. Daire çoğunluğu tarafından zamanaşımının zararın net olarak ortaya çıktığı tarihten yani maddi tazminat bilirkişi hesap rapor tarihinden itibaren başlayacağı yönünde bozma yapılmış ise de bu gerekçeye katılmıyoruz. Çünkü zararın öğrenilmesi bilirkişi hesap raporuna bağlanamaz. Aksi takdirde dava açılmadığı takdirde bilirkişi maddi tazminat hesap raporu da alınmayacak ve zamanaşımı hiç işlemeye başlamayacaktır.

Dava HUMK zamanında kısmi dava olarak açıldığından açılan davayı resen belirsiz alacak davası olarak nitelendirmek de mümkün değildir.

Davacı, zarara ameliyat tarihi itibariyle ıttıla olmuş ve sonradan değişen ve gelişen bir durum da olmaması nedeniyle zamanaşımının bu tarih itibariyle başlayacağı, ıslah tarihi itibariyle artırılan maddi tazminat alacağının zamanaşımına uğradığı, bu yöndeki yerel mahkeme kararının yerinde olduğu düşüncesi ile sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.”

3. Hukuk Dairesi 2021/1863 E. , 2022/89 K.

• "İçtihat Metni"

MAHKEMESİ:ANTALYA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 3. HUKUK DAİRESİ

İLK DERECE MAHKEMESİ: ANTALYA 9. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ

“Taraflar arasında ilk derece mahkemesinde görülen maddi ve manevi tazminat davasının reddine dair verilen karar hakkında bölge adliye mahkemesi tarafından yapılan istinaf incelemesi sonucunda; davacı vekilinin istinaf başvurusunun reddine yönelik olarak verilen karar, davacı vekili tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmekle; duruşma günü olarak belirlenen 18/01/2022 tarihinde davacı asil ve vekili Av. ...ile davalı Özel Sağ. Hiz. Tur. ve Tic. A.Ş. vekili Av. ... geldiler. Açık duruşmaya başlandı ve hazır bulunan vekillerin sözlü açıklamaları dinlenildikten 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:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacı, davalı şirkete ait hastanede sol yumurtalığında bulunan yaklaşık 8 cm'lik over kistin laparoskopik yöntemle davalı ... tarafından alındığını ve sonrasında taburcu edildiğini, ağrılarının dinmemesi üzerine tekrar hastaneye başvurduğunda ince bağırsığında delinme olduğunun tespit edilerek davalı ... ile davalı ... tarafından ince bağırsaktaki delinmenin onarılması için tekrar ameliyat edildiğini, ameliyatın amacına uygun gerçekleştirilmemesi nedeniyle iyileşemediğini, bunun üzerine Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine sevk edildiğini, burada yeniden ameliyat edildiğini, hayati tehlikeyi atlattığını, davalılar tarafından tedavi seçenekleri ve tedavi sonucu hakkında yeterli bilgi verilmediğini, davalı şirkete ait hastanede diğer davalılar tarafından yapılan ameliyatların amacına uygun yapılmadığını, ameliyatların uygun yapılmaması nedeniyle davalıların kusurlu olduklarını, bu süreç içerisinde maddi ve manevi acılar çektiğini, öğrenim hayatına ara verdiğinibeyanla, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 50.000,00-TL maddi tazminat ve 1.000.000,00-TL manevi tazminatın davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı ..., davacıda oluşan komplikasyonun laparoskopik operasyon öncesi veress iğnesinin neden olduğu bağırsak yaralanması olduğunu, yapılan çalışmalarda en çok bağırsak yaralanmalarının giriş esnasında olduğunun görüldüğünü, bağırsaktaki delinme çok küçük olduğu için davacıda geçici bir iyileşme dönemi yarattığını savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Davalı ..., davacıyla karşılaştığı ilk andan tedavinin son anına kadar bir doktordan beklenen tüm dikkat ve özeni fazlasıyla gösterdiğini, davacının yaşamsal fonksiyonlarının düzenlenmesi ve bu fonksiyonların sonlanmaması için gereken tüm tedavileri gerektiği oranda uyguladığını, davacıya uygulanan ilk ameliyatın hiçbir aşamasında bulunmadığını savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Davalı Özel Sağlık Hiz. Tur. Ve Tic. A.Ş., davacıdan aydınlatılmış onamın alındığını, yaşanan sorunların ameliyatın komplikasyonu olduğunu, herhangi bir kusur bulunmadığını savunarak, davanın reddini dilemiştir.

İlk Derece Mahkemesince, davacının tedavisi ile ilgili olarak davalı doktorların seçtiği tedavi yöntemi ve tedavi aşamalarında gerekli titizliği gösterdiği, uygulanması gereken tedavinin uygulandığı, doktorlar tarafından uygulanan tedavinin yerinde olduğu, davalı doktorların davacıyı ameliyat sonrası çıkabilecek komplikasyonlar konusunda bilgilendirdiği, davalı doktorlara yüklenebilecek bir kusur bulunmaması sebebi ile doktorları çalıştıran hastanenin de bu nedenle bir kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; karara karşı davacı istinaf başvurusunda bulunmuştur. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesince, uygulanan tedavi yönteminin ve verilen operasyon kararının tıbben uygun olduğu, yerel mahkemece alınan tüm raporlarda operasyondan sonra gelişen tüm olayların komplikasyon niteliğinde olması nedeniyle davalıların kusurlarının bulunmadığı, davacının aydınlatılmış onamının bulunduğu, ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Dava, hekim hatası iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (TBK 502-506 md). 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 (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, hastanınve 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, TBK 510 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Uyuşmazlığa uygulanması gereken bu yasal kurallara göre, vekilin en hafif kusurundan dahi hukuken sorumluluk altında olduğu gözetildiğinde, alınacak bilirkişi raporu önem kazanmakta ve taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli bulunması gerekmektedir. Bilirkişi; doktorun seçilen tedavi yöntemi ve tedavi aşamalarında gerekli titizliği gösterip göstermediğini, uygulanacak tedavi yöntemi ve aşamalarda gerekli titizliği gösterip göstermediğini, uygulanması gereken tedavinin ne olması gerektiğini, doktor tarafından uygulanan tedavinin ne olduğunu ayrıntılı ve gerekçeli açıklamalı ve sonuca ulaşmalıdır. Bu bağlamda salt yapılan işlemin ne olduğunu açıklamak yeterli kabul edilemez. Kaldı ki, bilirkişi tarafların itirazlarını da mutlaka karşılamalı ve aydınlatıcı olmalıdır. Hakimin de bilirkişinin somut olayda görüşünün dosya kapsamına uygun olup olmadığını denetlemesi gerekmektedir (TMK md. 4, HMK md. 198). Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamaları ve içtihatları da bu yöndedir.

İlk derece mahkemesince dosyaya kazandırılan 08.02.2016 havale tarihli bilirkişi raporunda; tıbbi algoritmalara göre davacının sol yumurtalığında bulunan yumurtalık kisti için başvuru anında acil ve elektif cerrahi bir girişim yapma endikasyonu ve zorunluluğu olmadığı, bu cerrahi girişim için ameliyattan önce yeterli klinik takip, izleme ve tedavi yöntemlerinin uygulanmadığı, yumurtalıkta saptanan kistin, algoritma ve rehberlerde belirtildiği gibi belirli bir süre izlenerek kendiliğinden kaybolup kaybolmadığına bakılması ve takiplerinde kistte bir küçülme olmazsa, gerekirse ileri tetkiklerin yapılmasından sonra cerrahi girişim kararının verilmesi gerektiğinin düşünüldüğü, yumurtalık kisti ameliyatı ve daha sonra gelişen ince bağırsak delinmesinde durumu değerlendirmek için gerekli tetkik ve

girişimler zamanında yapıldığı için bu işlemlerde değerlendirme, tedavi hatası, beceriksizlik, özensizlik, ihmal ve kasıt veya tıbbi kusur olmadığı belirtilmiş; hükme esas alınan bila tarihli bilirkişi raporunda ise, over kistlerinin belli bir algoritma içerisinde tedavi edilebilir olmasına rağmen bu algoritmanın hekimden hekime, klinikten kliniğe ve guideline'lara göre farklılıklar gösterebileceği, davacı hastanın bu kisti bildiği ve takipte olduğu, ayrıca bu kist takipte olmasa bile hekimin 8 cm'lik over kistine operasyon kararı verebileceği, operasyon kararının yanlış olmadığı, gelişen tüm olayların komplikasyon olduğu ve davalı hekimlerin kusuru bulunmadığı belirtilmiştir.

İlk derece mahkemesince, davalı hekimlerin kusuru bulunmadığına dair tespitlerin yer aldığı 03/07/2019 tarihli bilirkişi raporu dikkate alınarak karar verilmiş ise de hükme esas alınan raporun kanıt temelli uygulamaların (kanıt piramidi) değerlendirilmesine yer verilmeden sadece bilirkişilerin kanaatinin bildirilmesi şeklinde düzenlendiği, davacının itirazlarını karşılar mahiyette olmadığı ve 08.02.2016 tarihli raporla hükme esas alınan rapor arasındaki çelişkinin giderilmediği anlaşılmıştır. Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek Anayasa Mahkemesi'nce benzer olaylarda yapılan bireysel başvurular sonucu alınan kararların incelenmesinde, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ifade edildiği gibi "komplikasyon" genel sonucuna varan raporlara dayalı mahkeme kararları ısrarla eleştirilmekte ve ortaya çıkan sonucun bireyselleştirilmesi gereğinin altı çizilmektedir. O halde mahkemece, Akdeniz Üniversitesi dışındaki üniversite öğretim üyelerinden seçilecek kadın hastalıkları ve ..doğum, jinekolojik onkoloji ve gastroenteroloji uzmanlarından oluşacak 3 kişilik bilirkişi heyetinden davacıya konulan teşhisin, seçilen tedavi yönteminin ve uygulanan tedavinin tıp kurallarına uygun olup olmadığı, cerrahi işlem öncesinde yapılması gereken tüm tetkiklerin yapılıp yapılmadığı, sağlık çalışanlarının kusur ve ihmalinin bulunup bulunmadığı hususlarında, taraf, Mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli, davacının itirazlarına açıklayıcı cevap verir şekilde, tıbbi kanıt temelli literatür bilgisini destekleyici ve tatmin edici şekilde değerlendirir nitelikte rapor alınarak sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle ilk derece mahkemesince verilen karara yönelik istinaf başvurusunun reddine ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılarak Antalya 9. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2019/1 esas, 2019/451 karar sayılı kararının BOZULMASINA, 3.815 TL Yargıtay duruşması vekalet ücretinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine,

HMK'nun 373/1. maddesi uyarınca dava dosyasının İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 18/01/2022 tarihinde oy birliği ile karar verildi.”

3. Hukuk Dairesi 2020/8301 E., 2021/9106 K.

• "İçtihat Metni"

MAHKEMESİ : ... BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 18. HUKUK DAİRESİ

“Taraflar arasında ilk derece mahkemesinde görülen tazminat davasında asıl davanın kısmen kabulüne, birleşen davanın reddine dair verilen karar hakkında bölge adliye mahkemesi tarafından yapılan istinaf incelemesi sonucunda; davalıların istinaf başvurularının esastan reddine, davacı tarafların istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile yeniden esas hakkında hüküm kurulmasına yönelik olarak verilen karar, davalı ... vekili tarafından duruşmalı, diğer davalı ve davacılar vekili tarafından duruşmasız olarak temyiz edilmekle; duruşma günü olarak belirlenen 14/09/2021 tarihinde asıl ve birleşen dosyalar davacıları vekili Av.... ile asıl dava davalıların ... vekili yetki belgesine istinaden Av. ..., asıl dava davalılarından ... Hastanesi vekili Av. ... ve birleşen dosya davalısı ... vekili yetki belgesine istinaden Av. ...geldiler. Açık duruşmaya başlandı ve hazır bulunan vekillerin sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için başka bir güne bırakılması uygun görüldüğünden, belli saatte dosyadaki bütün kağıtlar okunarak, Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlenip, gereği düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacılar ... ve ... asıl davada, çocukları küçük Habib Kol'u davalı şirkete ait ... Hastanesi ... şubesine Kasım 2005 tarihinde yakından tv seyretme şikayeti ile muayene için götürdüklerini, muayene neticesinde küçüğün, davalı şirketin Levent şubesine sevk edildiğini, Levent şubesinde diğer davalı Dr. ... çocuğun küçük bir ameliyat olması gerektiğini ameliyat neticesi probleminin tamamen ortadan kalkacağını söylendiğini, bunun üzerine Dr. ... tarafından 16/11/2005 tarihinde küçüğün ameliyat edildiğini, ancak ilk ameliyattan sonra 3 ameliyat daha olmak zorunda kaldığını ve bu dizi ameliyatlardan neticesinde küçüğün tek gözünde tamamen görme kaybı meydana geldiğini, davacı küçüğe uygulanan cerrahi operasyon ve sonraki süreçte davalıların ihmal ve ağır kusurunun bulunduğunu, maddi ve manevi zarara uğradıklarını ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı

kalmak kaydıyla küçük Habib Kol (mağdur) için 90,000 TL maddi, 60,000- TL manevi tazminat, anne ... için 15.000 TL maddi, 15.000 TL manevi tazminat, baba ... için 10.000- TL. maddi, 10.000 TL manevi tazminata kardeş Hamide Kol için 5,000- TL. maddi, 5.000 TL. manevi tazminata hükmedilerek davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemişler, birleşen dava ile de aynı neden ve taleplerle diğer doktor ...'dan da tahsile karar verilmesini talep etmişlerdir.

Asıl ve birleşen davada, davalılar, ayrı ayrı, kendilerine bir kusur yüklenemeyeceğini savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, asıl davanın kısmen kabul kısmen reddi ile birleşen davanın reddine karar verilmiş, hükme karşı asıl davanın tarafları istinaf yoluna başvurmuşlardır. ... Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesince, davalıların istinaf başvurusunun esastan reddine, davacıların istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile esas hakkında yeniden hüküm kurulmasına dair karar verilmiş, hüküm, davacılar ve davalı ... ile davalı Şirket tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan, temyiz eden davalıların ise tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, davacıların, davalı özel hastane ve doktorun, özen yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle uğramış oldukları zarara karşılık maddi- manevi tazminat istemine ilişkindir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (BK. 386-390 md.). Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir. Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır. O nedenle davacının tedavisini üstlenen hastane ve doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Az yukarıda açıklandığı üzere, doktor tedavi nedeniyle yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Keza en hafif kusurundan dahi hukuken sorumluluk altındadır.

Eldeki davada, her ne kadar davacılar ... ve ...'un da davacı küçükte oluşan sonuçtan kusurlarının bulunduğu gerekçesiyle maddi zarar hesabında ½ indirimle gidilerek hüküm kurulmuş ise de, gerek olayın oluş biçimi gerek davacı küçükün olay tarihindeki yaşı dikkate alındığında, davacılara verilen ½ kusur oranı fazla olup isabetli değildir. O halde mahkemece, bu husus değerlendirilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacıların sair, temyiz eden davalıların tüm temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün davacılar yararına BOZULMASINA 3.050 TL avukatlık ücretinin temyiz eden davalılardan alınıp davacılara verilmesine ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edenlere iadesine, HMK'nın 373/2 maddesi uyarınca dosyanın kararı veren bölge adliye mahkemesine gönderilmesine, 27/09/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.”

3. Hukuk Dairesi 2020/6334 E., 2021/8515 K.

- **"İçtihat Metni"**

MAHKEMESİ: SAMSUN BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 5. HUKUK DAİRESİ

İLK DERECE MAHKEMESİ: SAMSUN 3. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ

“Taraflar arasında ilk derece mahkemesinde görülen manevi tazminat davasında verilen karar hakkında bölge adliye mahkemesi tarafından yapılan istinaf incelemesi sonucunda; davacı tarafın istinaf başvurusunun esastan reddine yönelik olarak verilen kararın, süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine; temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya içerisindeki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacı, 25/06/2008 tarihinde doğum yapmak üzere yatış yaptığı Özel ... Hastanesindeki Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı Op.Dr. ... tarafından sezaryen doğumunun gerçekleştirildiğini, 27/06/2008 tarihinde taburcu edildiğini, karın ağrısı ve el parmaklarının şişmesinden kaynaklı 26/04/2011 tarihinde başvurduğu 19 Mayıs Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezinde yapılan tetkikler sonucunda operasyon amacı ile yatırıldığını, bu hastanede yapılan ameliyat sonucu batında gossipiboma(yabancı cisim) tespit edildiğini ve 1 adet batın kompresi çıkarıldığını, davalı Op.Dr. ...'ın ağır kusur ve

ihmali sonucu karnında sargı bezi unutmasından dolayı elem ve ızdırıp çektiğini, bu nedenlerle fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydı ile 60.000,00-TL. manevi tazminatın olay tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davacının taleplerinin zaman aşımına uğradığını, kendisi tarafından yapılan sezaryende batın içerisinde spanç veya gaz kompresi kullanılmadığını, davacının son şikayeti üzerine kendisine gelmesi üzerine çalıştığı hastanede tetkiklerinin yapıldığını, daha sonra ise davacının 19 Mayıs Üniversitesi'ne başvurduğunu, sargı bezinin ilk sezaryen ameliyatı sırasında bırakılma ihtimalinin yüksek olduğunu belirterek davanın reddini dilemiştir. İlk derece mahkemesince, davalı doktorun vekalet görevini yürütürken gerekli titizliği ve özeni göstermediği ve kusurlu olduğu ispat edilemediğinden davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından istinaf edilmiştir.

Bölge adliye mahkemesince; davacı vekilinin istinaf başvurusunun 6100 sayılı HMK'nun 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen yükümlülüğüne aykırı davranmasından kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir.(BK 386-390) (TBK 502.506) 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. Mesleki iş gören vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md) (TBK 400). Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz, özen göstermeyen bir vekil, (BK. 394/1) (TBK 510) uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Özen borcunun kapsamı içerisinde teşhis ve tedaviye ilişkin hastane kayıtlarının düzenli tutulması da bulunmaktadır.

Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya bakılacak olursa; Samsun Cumhuriyet Başsavcılığınca aldırılan Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu'nun 29/02/2012 tarihli raporu, yargılama sırasında alınan Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu'nun 05/04/2013 tarihli raporu, Adli Tıp Genel Kurulu'nun 26/02/2015 tarihli raporu, 01-02 Eylül 2016 tarihli Yüksek Sağlık Şurası raporu ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin kaldırma kararı sonrası alınan 23/05/2018 tarihli Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi heyeti raporunda ortak olarak; hastanın daha önce 2003 ve 2005 yılında olmak üzere 2 kez ameliyat olduğu, birden fazla karın ameliyatı geçiren hastada hangi ameliyatta içeride bir cisim unutulduğunu bilmenin buna yönelik filmler çekilmediği sürece kesin olarak tespitinin mümkün olmadığı, batin içi yabancı cisimlerin uzun süre herhangi bir semptom vermeden sessiz kalabileceği, cismin hangi ameliyatta unutulduğunun tespit edilemediği, cerrahi aletlerin ve kompreslerin ameliyat sonunda sayıldığı ve eksiksiz olduğunu gösteren tutanağın ise cerrah ve ilgili hemşire tarafından imzalandığı belirtilmektedir. Dosyada mevcut olan belgeler incelendiğinde, davalı doktor tarafından imzalanan ameliyat raporunda karın kapatılmadan önce tampon sayımının yapıldığının not edildiği ama imzalı alet ve spanç tampon, kompres sayım tutanağının bulunmadığı anlaşılmakla birlikte bu tutanağının olmamasının bir eksiklik olarak düşünülebileceği görülmüştür. Tüm bunların yanında Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi heyeti raporunda; dosya içinde mevcut Adli Tıp Kurumunun değişik zamanlarda bildirdiği görüşlere göre, yabancı cismin hangi ameliyatta unutulmuş olduğunun kesin olarak bilinemeyeceği ancak son ameliyatta kalmış olmasının daha muhtemel olduğu mütalaa edilmiştir. Dava konusu ameliyatın tıbbi kurallara uygun şekilde yapıldığı ve bu hususta gereken tüm özen yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispat yükü davalı doktordadır. Yargılama sırasında alınan bilirkişi raporlarında da bahsi geçtiği üzere, batin operasyonlarında batını kapatmadan önce kullanılan malzemelerin sayımının öncelikle ameliyat hemşiresi tarafından yapıp kayda alınması ve ameliyat bitiminde ise, ameliyat yapan hekimin ve ameliyat hemşiresi tarafından tutanağın imzalanması gerektiği halde imzalanmadığı sabittir. Somut olayda ise, doktor tarafından kullanılan malzemelerle ilgili tutulması zorunlu bulunan tutanağın bulunmadığı, sadece ameliyat raporunda karın kapatılmadan önce tampon sayımının yapıldığının not edildiği dosya kapsamından anlaşılmıştır. Davalı tarafın unutulmuş yabancı cismin önceki ameliyatlarda kalmış olabileceği yönündeki savunmasına itibar edilebilmesi için, öncelikle kendi yaptığı ameliyatın ve ameliyat sonrası tutanakların tam ve eksiksiz tutulmuş olması gerekir. Mesleki iş gören vekil özenle davranmak zorunda olup, özen borcunun kapsamı içerisinde tedaviye ilişkin hastane kayıtlarının düzenli tutulması da bulunmaktadır. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda işbu dosyada ispat yükü üzerinde bulunan

davalının dava konusu ameliyata ilişkin kayıtları tam ve eksiksiz olarak tuttuğunu ispatlayamaması nedeni ile özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilmelidir. Buna göre; ispat yükü üzerinde bulunan davalı tarafın, dava konusu ameliyata ilişkin kullanılan malzemelerle ilgili tutulması zorunlu bulunan kayıtları tam ve eksiksiz olarak tuttuğunu ispatlayamaması nedeni ile özen yükümlülüğüne uygun davranmadığı sabit olup, davacının semptom ve şikayetlerinin de son ameliyattan sonra ortaya çıktığı göz önüne alınarak, davacı lehine hakim tarafından takdir edilecek uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, ilk derece mahkemesince; davalı doktorun vekalet görevini yürütürken gerekli titizliği ve özeni göstermediği ve kusurlu olduğu ispat edilemediğinden davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir. İlk derece mahkemesi kararının, yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmasına karar verilmiş olduğundan, HMK'nın 373/1. maddesi uyarınca, iş bu karara karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin bölge adliye mahkemesi kararının da kaldırılmasına karar verilmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nın 373/1. maddesi uyarınca temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararının **KALDIRILMASINA**, aynı Kanun'un 371. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararının davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, dosyanın ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin de bölge adliye mahkemesine gönderilmesine, 15/09/2021 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”

3. Hukuk Dairesi 2020/6148 E., 2021/8490 K.

- **"İçtihat Metni"**

MAHKEMESİ:ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ

“Taraflar arasındaki maddi ve manevi tazminat davasının mahkemece yapılan yargılaması sonucunda; davanın kısmen kabulüne yönelik olarak verilen hükmün, süresi içinde davacılar vekili ve davalılardan Mega Uzmanlar Tıp Merkezi Tic. Ltd. Şti. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine; temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya içerisindeki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacılar; davacı küçük İsmail'in yapılan sünneti sonrası sağ ayağında uyuşma tespit edilmesi üzerine işlemi gerçekleştirilen davalı hastaneye başvurdıklarını, sonrasında çocuğu Hacettepe 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, 1.000TL maluliyet sebebiyle ortaya çıkan iş göremezlik tazminatı ve 1.000TL tedavi masrafına ilişkin maddi tazminat ile 100.000TL manevi tazminatın davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmişlerdir.

Davalılar; davacı çocuğa uygulanan tıbbi tedaviye ilişkin bir kusurlarının bulunmadığını savunarak, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece davanın reddine dair verilen karar, davacıların temyizi üzerine Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 06/06/2016 tarihli ve 2015/8369 Esas 2016/14290 Karar sayılı kararıyla; davacıların sair temyiz itirazları incelenmeksizin “ 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, Adli Tıp 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 hasıl olacak sonuca uygun bir karar vermekten ibarettir. Mahkemece, değinilen bu yön

gözü ard edilerek yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır.” gerekçeleriyle bozulmuştur.

Mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda; davalı ... yönünden davanın reddine; manevi tazminat talebinin kısmen kabul kısmen reddi ile davacı asil İsmail Burak Atay yönünden 10.000TL, davacı ... yönünden 5.000TL, davacı ... yönünden 5.000TL olmak üzere toplam 20.000TL manevi tazminatın 26/08/2007 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan Mega Uzmanlar Tıp Ltd. Şti.'den tahsili ile davacılara verilmesine, maddi tazminat taleplerinin reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili ve davalı ... Ltd. Şti. vekili 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 tazminat isteminde bulunmuşlardır. Dava, davalı doktorun vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırı davrandığı iddiasına dayanmaktadır (BK 386, 390 md). Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (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 kaçınılmalı ve en emin yolu tercih etmelidir (Bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, Cild, Ank.1982, Sh.236 vd). Gerçekten de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, BK 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Mahkemece, bozma ilamı doğrultusunda davacı çocuğa davalı hastanede uygulanan tedaviye ilişkin tıbbi kayıtların dosya içerisine alınması akabinde dosyanın tevdi edildiği bilirkişi heyetince düzenlenen raporda; davacı İsmail'in olay tarihinde 8 yaşında olduğu, yapılan Dicloron ilacın kaşektik ve çelimsiz olmamak şartı ile port operatif ağrı ve ızdırapları azaltmak için kullanıldığı, çocuğun drop-foot +stepaj yürüyüşü ile neticelenen olayın doktor tarafından uygulanan Dicloron nedeniyle meydana geldiği, fakat bir komplikasyon olduğu; davacılar vekilinin itirazları doğrultusunda yeniden oluşturulan üçlü bilirkişi heyeti tarafından düzenlenen raporda ise, doktor tarafından intramüsküler analjezik enjeksiyonu uygulanmasının güncel tıp bilimi kurallarına uygun olduğu, doktorun işlemde herhangi bir kusurunun bulunmadığı, işlem sonrasında gelişen sağ siyatik sinir zedelenmesinin tıbbi komplikasyon olduğu; davacılar vekilinin tekrar itirazı üzerine aynı bilirkişi heyeti tarafından düzenlenen ek raporda; ise sünnet operasyonunun ağrıya neden olabilen bir cerrahi girişim olduğu, işlem sırasında veya sonrasında ağrı kesici uygulamasının tıbben doğru ve tercih edilmesi gereken bir tedavi yöntemi olduğu, çocuğa uygulanan dicloron isimli ilacın uygun dozda ve doğru bir şekilde verildiği, intramüsküler enjeksiyonun daima komplikasyon riski taşıdığı, bu komplikasyonlardan birinin de siyatik sinir hasarı olduğu, bu bakımdan çocuklarda, erişkinlerde, vücut yapısı zayıf olan hastalarda ya da normal vücut yapısına sahip hastalarda da gelişebildiği, dosyada hasta ve yakınlarının sünnet uygulaması ve intramüsküler analjezik konusunda yeterince aydınlatılıp aydınlatılmadığı konusunda bilgi olmadığı, ayrıca enjeksiyonun nasıl yapıldığına dair de herhangi bir bilgi bulunmadığı için enjeksiyonu yapan doktorun bir hatası var demenin mümkün bulunamadığı; davacılar vekilinin yeniden itirazı üzerine alınan son ek raporda da; hastaya ait tıbbi kayıtlarda sünnet işlemine ilişkin detaylı bilgi olmadığı, bu bakımdan dava dosyasında hasta yakınlarının sünnet uygulaması ve intramüsküler analjezik uygulaması konusunda yeterince aydınlatılıp aydınlatılmadığı konusunda bilgi olmadığı, enjeksiyonun nasıl yapıldığına dair de bilgi bulunmadığı, ancak görüşlerinin değişmediğini belirtmişlerdir. Dosyaya kazandırılan bilirkişi heyeti raporlarında, intramüsküler enjeksiyon sonucu davacı çocukta gelişen siyatik sinir hasarı komplikasyon olarak değerlendirilmiş ise de, sünnet operasyonu sırasında ve sonrasında çocuğa hangi işlemlerin yapıldığı ve hangi ilacın ne miktarda uygulandığına dair davalı sağlık kurumu tarafından dosyaya bir evrak sunulmadığı; raporlarda, kullanılması gereken ilaç miktarının davalı doktor tarafından doğru hesaplanarak miktarın aşılmadığı yönündeki bilirkişi görüşlerinin dayanağının, davalı doktorun savunmaları olduğu anlaşılmaktadır.

O halde, mahkemece; davacı çocuğa uygulanan işlemler ile ilgili olarak davalı hastane tarafından dosyaya herhangi bir evrak sunulmadığı gibi davacıların bilgilendirme ve onay formu ile işlem öncesi yeterince bilgilendirilip aydınlatıldığından da söz edilemeyeceği; raporların davalı doktorun savunmaları doğrultusunda hazırlandığı, bu nedenle de farazi değerlendirmeler içerdiği değerlendirilerek, hastaya ait tedavi evrakı sunmayan davalı sağlık kurumu yanısıra vekil konumunda olan davalı doktorun da sorumlu olduğu gözetilmesi, bu çerçevede davacıların tazminat taleplerinin davalılar yönünden yeniden değerlendirilmesi gerekirken, yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

2-Bozma nedenine göre, davacılar ve davalılardan Mega Uzmanlık Tıp Merkezi Tic.Ltd.Şti.'nin vekilinin diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle kararın davacılar yararına BOZULMASINA, (2) nolu bent uyarınca, davacılar ve davalılardan Mega Uzmanlık Tıp Merkezi Tic. Ltd. Şti.'nin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan temyiz harçlarının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 6100 sayılı HMK'nın geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nın 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 15/09/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.”

3. Hukuk Dairesi 2020/5711 E. , 2021/5536 K.

• "İçtihat Metni"

MAHKEMESİ: ADANA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 5. HUKUK DAİRESİ

İLK DERECE MAHKEMESİ: ADANA 2. TÜKETİCİ MAHKEMESİ

“Taraflar arasında ilk derece mahkemesinde görülen tazminat davasının kısmen kabulüne dair verilen karar hakkında, bölge adliye mahkemesi tarafından yapılan istinaf incelemesi sonucunda; davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile davanın kısmen kabulüne dair yeniden esas hakkında verilen kararın, süresi içinde taraflarca temyiz edilmesi üzerine; temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya içerisindeki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacılar; davacı ...'in 3. Çocukları ile ilgili gebelik ve doğum sürecinin kadın doğum uzmanı olan davalı doktor tarafından gerçekleştirildiğini, 4. çocuğa bakacak durumları olmadığından gebeliği önleyici işlem yapılması için davalı ile anlaştıklarını, doğum sırasında davalı tarafından cerrahi olarak gebeliği önleyici işlem yapıldığını, ancak iki yıldan fazla süre geçtikten sonra 4. çocuklarına hamile olduğunu öğrendiklerini, davalının gerekli özeni göstermediğini, çocuğun doğumuyla birlikte masraflarının olacağını ileri sürerek; fazlaya ilişkin hakların saklı kalması kaydıyla, 50' er TL maddi ve 25.000' er TL manevi tazminatın işlem tarihi 07/09/2012 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmişler, 12/10/2017 tarihli ıslah dilekçeleriyle; maddi tazminat taleplerini davacı ... için 62.866,07 TL'ye, davacı ... için 47.162,83 TL'ye artırmışlardır. Davalı; kusurunun bulunmadığını, yapılan işlemin koruyuculuk oranının yüzde yüz olmadığını, davacılar işlem öncesi risklerin olduğuna dair formun imzalatıldığını, yasal süre içerisinde sonlandırılabilmesi belirtilmesine rağmen davacıların gebeliğe devam kararı aldıklarını savunarak, davanın reddini istemiştir.

İlk derece mahkemesince; davalı doktor tarafından uygulanan tüp ligasyon ameliyatından önce düşük de olsa başarısızlık olasılığının bulunduğu hususlarında yeterince aydınlatılmadıkları, rıza formunda tedavi yönteminin başarı şansı hususlarında yeterince aydınlatılmadıkları, rıza formunda tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında yeterli açıklama bulunmadığı, davalı doktorun kusurlu olduğu gerekçesiyle; davanın kısmen kabulüne, davacı ... için 10.000 TL manevi ve 62.886,07 TL madde tazminatın (50 TL'sinin dava tarihinden, 62.836,07 TL'sinin ıslah tarihinden), davacı ... için 8.000 KTL manevi ve 47.162,83 TL tazminatın (50 TL'sinin dava tarihinden, 41.112,83 TL'sinin ıslah tarihinden itibaren işleyecek) yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir. İlk derece mahkemesi kararına karşı, davalı ve katımla yolu ile davacı tarafından istinaf yoluna başvurulmuştur.

Bölge adliye mahkemesince; manevi tazminata yönelik istinaf nedenlerinin yerinde olmadığı, onam formunda işlem başarılı olsa dahi ileri de çok düşük ihtimalde olsa gebeliğin gerçekleşebileceğine dair açıklama bulunması gerekirken, böyle bir açıklamanın bulunmadığı anlaşılmaya göre; davalı doktorun yeterli aydınlatıcı bilgi vermediği, ancak davacıların sağlık bilgisi içeren internet sitelerinden çok basit bir araştırma ile tüp ligasyon

operasyonu sonrasında tüplerin yeniden aktif hale gelebileceği ve gebeliğin mümkün olduğunu öğrenebilecek durumda oldukları, ayrıca gebeliği öğrendikleri 19/02/2015 tarihi itibarıyla yasal olarak gebeliği sona erdirme olanakları varken bebeği dünyaya getirmeyi tercih ettikleri, bu nedenle aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmemesi nedeni ile maddi tazminatın tamamından davalının sorumlu tutulması da hakkaniyete uygun düşmeyeceği, maddi tazminat miktarından ½ oranında hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği gerekçesiyle davalının istinaf başvurusunun bu yönden kabulüne, davacı ... için 10.000 TL manevi ve 31.443,03 TL maddi tazminatın (50 TL'sinin dava,, 31.393,03 TL'sinin ıslah tarihinden), davacı ... için 8.000 TL manevi ve 15.721,51 TL maddi tazminatın (50 TL'sinin dava, 15.671,51 TL'sinin ıslah tarihinden itibaren işleyecek) yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline oy çokluğu ile karar verilmiş; karar, taraflarca temyiz edilmiştir.

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı bilgi ve belgelere, özellikle temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararında yazılı gerekçelere göre, davalının temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2) Davacıların hakkaniyet indirimine yönelik temyiz itirazına gelince; Dava, davalı doktorun vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. 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 davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (TBK md 400/1). O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de 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, TBK'nın 510/2 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Önemli bir diğer düzenleme de "Avrupa Biyotıp Sözleşmesi" dir. 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 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 muvafakatını 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 Hekimin Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır." Bu düzenlemelerde aydınlatmanın

ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise, ispat külfeti doktor ya da hastanededir.

Somut olayda; davalı doktor tarafından davacı ...'inn gebeliğinin önlenmesine yönelik işlem yapıldığı, işlem öncesi düzenlenen rıza formunda ise; “ yapılacak işlem başarılı olduğunda artık çocuğumun olmayacağını bilmekteyim, yapılan işlemin etkisi sürekli” açıklaması bulunmasına rağmen, daha sonra, az da olsa gebelik ihtimalinin bulunduğu dair açıklama yapılmadığı, yeterli aydınlatıcı bilgi vermediği anlaşılmaktadır. Bölge adliye mahkemesince de; bu yönde davalı doktorun sorumlu olduğuna yönelik karar verilmekle birlikte; işlemde bir hatanın da tespit edilememesine göre, davacıların gebeliğin gerçekleşebileceğine ilişkin internet sitelerinden araştırma yapmadığı ve yasal süre içerisinde gebeliği sonlandırmadıkları gerekçesiyle hakkaniyet indirimine gidildiği anlaşılmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 51/1 maddesinde, hâkimin tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyeceği açıklanmıştır.

Buna göre; davalı doktor tarafından, davacıların uygulanan işleme ilişkin, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında yeterince aydınlatılmadığı, asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran duruma yönelik bu tereddüdü ortadan kaldıracak nitelikte özen yükümlülüğüne uygun davranmadığı belirlendiğinden; davacıların internet sitelerinden araştırma yapma yükümlülüğü yüklenemeyeceği, ayrıca yasal süre içerisinde gebeliğin sonlandırılmasının sonuçlarına katlanmak zorunda bırakılamayacakları anlaşılmakla, ilk derece mahkemesince hüküm altına alınan tazminat miktarlarından bölge adliye mahkemesince hakkaniyet indirimi yapılması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

3) Davacıların faiz başlangıcına yönelik temyiz itirazına gelince;

İlk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı, davacılar vekili tarafından (süresinde katılma yolu ile) istinaf dilekçesi verilmesine rağmen, bölge adliye mahkemesince bu konuda karar verilmediği, ancak ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak yeniden karar verilmek suretiyle faiz başlangıcına yönelik hüküm tesis edildiği anlaşılmakla, bu yönden temyiz incelemesine geçilmiştir.

4-Somut olayda; dava konusu işlem, 07/09/2012 tarihinde yapılmış, davacıların 4. çocuğu ise 25/09/2015 tarihinde doğmuştur.

Buna göre, bölge adliye mahkemesince; maddi tazminat talebinin konusunu oluşturan zararın, 4. çocuğun doğumu ile ortaya çıkmış olduğu gözetilerek, ıslah ile artırılan maddi tazminat tutarının doğum tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, yanılıklı değerlendirme ile bu tutara ıslah tarihinden faiz yürütülmüş olması usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalı tarafın temyiz itirazlarının REDDİNE, ikinci ve üçüncü bentte açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nın 371. maddesi uyarınca temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararının davacılar yararına BOZULMASINA, 6.247,70 TL bakiye temyiz harcının temyiz eden davalıya yükletilmesine, HMK'nın 373/2 maddesi uyarınca dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesine, 26/05/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.”

3. Hukuk Dairesi 2020/4949 E. , 2021/1146 K.

• **"İçtihat Metni"**

MAHKEMESİ :TİCARET MAHKEMESİ

“Taraflar arasındaki manevi tazminat davasının mahkemece yapılan yargılaması sonucunda, davanın kısmen kabulüne yönelik olarak verilen hükmün, süresi içinde davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine; temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya içerisindeki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacı vekili dava dilekçesinde, 28.12.2009 tarihinde davalı hastanede davacı asile biyopsi yapıldığını ancak patolojiye incelenmek üzere gönderilmesi gereken biyopsi örneğinin davalı hastane çalışanlarının özen yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle kaybedildiğini ve bu nedenle hekimin herhangi bir tedavi verememesi nedeni ile bekleme sürecinde kesin tanıyı öğrenememe, tedaviye başlayamama ve bir kez daha cerrahi müdahaleye maruz kalma ihtimali nedeni ile davacı asilin ruh sağlığının bozulduğunu ileri

sürerek 300.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini dilemiştir. Davalı hastane, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Dava İstanbul 4. Tüketici mahkemesinde açılmış, bu mahkemece verilen görev nedeniyle dava dilekçesinin reddi kararı Yargıtay incelemesinden de geçerek kesinleşmiştir. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda, davanın kısmen kabulü ile 20.000.00 manevi tazminatın davalıdan alınıp, davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Şahsi menfaatleri ihlal edilen kimseye duyduğu ağır manevi acıyı belli bir oranda gidermek, bozulan ruhi dengeyi onarmak, olanak dahilinde bu dengenin yeniden elde edilmesini sağlamak amacıyla yönelik olarak manevi tazminata hükmedilir. Manevi tazminatın ve kapsamının taktiri hakime ait bir hak ve görevdir. Ancak hakim bu hak ve görevini yerine getirirken Medeni Kanun'un 4.maddesi hükmünü de gözetmek suretiyle hak ve nesafet ilkeleriyle bağlı kalarak tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, kusurlu eylemin mağdurda uyandırdığı elem ve ızdırabın derecesini, istek sahibinin toplumdaki yerini, kişiliğini, hassasiyet derecesini gözetmek suretiyle makul bir tazminata hükmetmelidir. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 47.(TBK 56) maddesi gereğince hakimin, özel durumları göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Takdir edilecek manevi tazminat, zarara uğrayanda manevi huzuru gerçekleştirecek tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalı, ne var ki mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması amaç edinilmediğinden zenginleşme aracı da olmamalıdır. Dava konusu olayın gelişimi, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve özellikle 13.01.2009 tarihinde davacıya yapılan ameliyat sonrası patoloji örneğinin kaybolması ve patolojik incelemenin yapılamamasının her ne kadar hastalığın seyri ve tedavisini değiştirmede Adli Tıp tarafından rapor edilmiş ise de, bu şekilde doku örneğinin kaybolmasının davacı asilin kişilik haklarını zarara uğratması karşısında, mahkemece takdir edilip hükmedilen manevi tazminat oranı davacının geçirdiği tehlike ve sıkıntıya nazaran çok düşük kalmıştır. O halde az yukarıda bahsedilen ilkeler çerçevesinde, somut olaya uygun bir miktar tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre davacının sair temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın BOZULMASINA, ikinci bentte açıklanan nedenle davacının sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, Davacı için 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nın 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, davalı için 6100 sayılı HMK'nın geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nın 440.maddesi gereğince karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 10/02/2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.”

3. Hukuk Dairesi 2020/4689 E. , 2020/6211 K.

• "İçtihat Metni"

MAHKEMESİ :ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ

“Taraflar arasındaki tazminat davasının mahkemece yapılan yargılaması sonucunda, davanın kısmen kabulüne yönelik olarak verilen hükmün, süresi içinde davacı ve davalılardan ... ile ... Sağlık Hizmetleri Ticaret A.Ş. tarafından temyiz edilmesi üzerine; temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya içerisindeki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacı, kadın hastalığı rahatsızlığı nedeniyle davalı ...Ş'ye ait Özel ... Hastanesi'nde görev yapan davalı Dr. ...'e 2008 yılında muayene olduğunu, muayenede vücudunda kist ve miyom olduğunu ve kanser olabilme riskinin bulunduğu kendisine belirtilerek bu hususun ancak ameliyat esnasında alınacak patoloji raporu ile belli olabileceğinin söylendiğini, 26.09.2008 tarihinde ameliyata alındığını, ameliyat sırasında davacının annesine "tüm alt batının karnabahar görünümünde yaygın olup, kanser olduğunun" söylenerek annesinden alınan imza ile tüm alt batını ve rahminin alındığını, anestezinin etkisinden çıktıktan sonra olayı öğrendiğinde çok üzüldüğünü, sonrasında İzmir'e giderek detaylı araştırmaya girdiğinde aslında kanser olmadığını, bu teşhisin doğru konulmadığını öğrendiğini, kendi rızası dışında vücut bütünlüğü yok edildiğini, davalıların hatası nedeniyle çocuk sahibi olma ihtimalinin ortadan kaldırıldığını ileri sürerek, 500.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda davanın kısmen kabulü ile tarafların ekonomik sosyal durumu olayın akış şekli zararlar fiil arasında nedensellik bağının bulunması gözetilerek taktiren 35.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılardan ortaklaşa ve dayanışmalı olarak alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı ile davalılardan ... Sağlık Hizmetleri Ticaret A.Ş. ve davalı ... tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 25/02/2015 günlü, 2013/30817E, 2015/5835K sayılı ilamı ile; “----- Adli Tıp Kurumu raporu, olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli olmayıp davacının iddialarını karşılamaktan uzak olduğu ve hükme esas alınamayacağı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, davacının davalı hastanede yapılan kadın hastalığı nedeniyle kist ve miyom takibine, tedavisine ve tüm alt batın ve rahim ameliyatına ilişkin tüm belgeler, raporlar ve bütün kayıtlar getirtilerek tüm dosya birlikte gönderilip, bu konuda rapor düzenlemeye ehil ve donanımlı bir üniversiteden, öğretim üyelerinden oluşturulacak aralarında “ Kadın Hastalıkları ve Onkoloji ” uzmanının da yer alacağı konusunda uzman, akademik kariyere sahip bilirkişi kurulundan, yapılan hasta takibi, tedavisi ve rahim ameliyatında yapılan işlemlerin tıp bilimi açısından yeterliliği hususunda, davalılara atfı kabil bir kusur olup olmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalıların kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir. Mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...” gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkemece, bozma ilamına uyulmuş ve bilirkişiden rapor alınmış ise de bilirkişi kurulu raporunun incelenmesinde; raporun onkoloji ve genel cerrah uzmanları tarafından hazırlanmış olduğu, bozma ilamında belirtildiği şekilde kadın hastalıkları uzmanının bilirkişi kurulunda yer almadığı anlaşılmıştır.

Her ne kadar mahkemece bozma ilamına uyulmasına karar verilmiş ve bilirkişi raporu alınmış ise de, bozma ilamının gereğini yerine getirmeyen rapor denetime ve hüküm kurmaya elverişli değildir.

Hal böyle olunca; mahkemece, bozma ilamında belirtildiği şekilde bozmaya uygun şekilde rapor alınarak, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna göre yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2- Bozma nedenine göre davalılardan ... Sağlık Hizmetleri Ticaret A.Ş. ve davalı ...'ün temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir. SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davacı yararına BOZULMASINA, 2. bent gereğince davalılardan ... Sağlık Hizmetleri Ticaret A.Ş. ve davalı ...'ün temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nın 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 09/11/2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.”

3. Hukuk Dairesi 2020/4577 E. , 2020/6301 K.

• "İçtihat Metni"

MAHKEMESİ:ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ

“Taraflar arasındaki tazminat davasının mahkemece yapılan yargılaması sonucunda, davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün, süresi içinde davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine; temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya içerisindeki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacı, 11.05.2012 tarihinde parmağını bıçak kesmesi nedeni ile davalı hastaneye gittiğini, orada acil doktoru olan diğer davalı Dr. ...'ın kendisi estetik plastik cerrahı olmadığı halde, kesikle ilgili hiçbir inceleme ve araştırma yapmadan, estetik plastik cerraha yönlendirmeden hatalı müdahale ederek kesiği diktiğini, tendon bağlarının kesik olup olmadığına bakmadığını, ilk müdahaleyi tendon bağlarının tedavisine yönelik yapmayarak tendon bağları kopukluğun giderilemez hale gelmesine sebebiyet vermiş olduğunu, dikişler alınınca tendon bağlarının kopuk olduğunu anlaşıldığını, parmağını oynatamaz ve hissedemez hale geldiğini, daha sonra ameliyat olduğunu ancak tedavi yapılamadığını, tendonun tutmadığını, halen fizik tedavisinin yeni sonuçlandığını ileri sürerek , fazlaya

ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile, 1.000,00 TL maddi, geçici ve sürekli iş göremezlik ve tedavi giderleri ile 30.000,00 TL manevi tazminat olmak üzere toplam 31.000,00 TL tazminatın 11.05.2012 tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, 6098 sayılı Borçlar Kanunu 76. madde gereğince davalıların 20.000,00 TL geçici ödeme yapmalarına karar verilmesini istemiştir. Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafça temyiz edilmiştir. Dava, davalı hastane ve davalı doktorun özen yükümlülüğüne aykırı davranması iddiası nedeniyle istenilen maddi - manevi tazminata ilişkindir. 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 davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md)(TBK 400). O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafif de 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. Aynı hususlar adam çalıştıran sıfatı ile doktorun görev yaptığı sağlık kuruluşları için de geçerlidir. Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya bakılacak olursa; yargılama sırasında Adli Tıp Kurumundan alınan raporun sonuç kısmında, 11.05.2012 tarihinde sol el 2. parmakta 2-3 cmlik cilt kesisinin olduğu, kesinin ilgili hekimin talimatı ile hemşire tarafından dikildiği, ertesi gün plastik cerrahi klinik kontrolünün önerildiğinin iddia edildiği, kişinin dikişlerinin aldırması için 10 gün sonra ilgili hastaneye gittiği, sol el 2. fleksör tendon kesisi olduğu tespit edildiğinden kişinin devlet hastanesinde lokal anestezi altında tendon kesisinin onarıldığı, işlemiden 13 gün sonra parmakta hareket kısıtlılığının devam etmesi

üzerine yapılan operasyonda; sol el 2. parmak derin fleksör tendonda orta falanks düzeyinden itibaren yapışıklıklar olduğunun tespit edildiği, yapışıklıkların serbestlendiği, tenoliz ve Z plastinin yapıldığı, fizik tedavinin uygulandığını anlaşıldığı, acil servis şartlarında tendon kesilerinde acil hekimi tarafından yara debridmanının yapılması, antibiyotik tedavisinin uygulanması, cilt kesisinin kapatılması ve ilgili branş hekimine yönlendirmesinin gerektiği, fleksör tendon kesilerinin acil opere edilmesi gereken kesiler arasında yer almadığı ancak 3 hafta içerisinde opere edilmemesi durumunda yapışıklık, tendon boyunda kısılmanın gelişebileceğinin tıbben bilindiği, dava konusu olayda aynı hal ve şartlarda bir pratisyen hekimince gösterilmesi gereken özenin gösterildiği, kişide mevcut sağ el hareket kısıtlılığının tendon kesilerinin beklenen sonuçlarından olduğu, ilgili pratisyen hekiminin uygulamalarından kaynaklanmadığı, ilgili hekim tarafından kişiye plastik cerrahi poliklinik kontrolünün önerilip önerilmediği hususunun adli tahkikatla aydınlatılması gerektiği şeklinde görüş bildirilmiştir. Davacı adli tıp kurumu raporuna itirazında, davalı doktorun kesikle ilgili hiçbir inceleme ve araştırma yapmadığını, plastik cerraha yönlendirmeden hatalı olarak kesiyi diktiğini, erken evrede vücudun başka bölgelerinden alınan tendongreftleri ile tendonu onarılabileceğini ileri sürerek yeniden rapor alınmasını talep etmiştir. Mahkemece, davacının, itirazları karşılanmadan hüküm tesis edilmiştir. O halde, Mahkemece; üniversitelerin ana bilim dalından, davacının itirazlarını karşılayan, konusunda uzman, akademik kariyere sahip 3 kişilik bilirkişi kurulundan, davalıların teşhis ve tedavide gerekli özen ve dikkati gösterip göstermediği, hastanın takibinin tıp kurallarına uygun şekilde yapılıp yapılmadığı, yapılan işlemlerin tıp bilimi açısından yeterliliği, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalıların sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığı hususlarını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, değinilen bu yön gözardı edilerek eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün davacı yararına BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nın 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 10/11/2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.”

15. Hukuk Dairesi 2020/1808 E. , 2020/2925 K.

• **"İçtihat Metni"**

“Mahkemesi : ... Bölge Adliye Mahkemesi ... Hukuk Dairesi

İlk Derece Mahkemesi : ... Tüketici Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı olan Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi’nce verilen kararın temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

- K A R A R –

Dava, eser sözleşmesi niteliğinde estetik tıbbi müdahaleden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Davacı iş sahibi, davalı ise yüklenicidir. Davacı vekili; Almanya’da çalışan ve yaşayan müvekkilinin 15.09.2014 ve 18.09.2014 tarihlerinde davalının hastanesinde karın ve göğüs bölgesinde estetik operasyon geçirdiğini, karşılığında 6750 Euro ve şirketin ortağına 1.250,00 Euro olmak üzere toplam 8.000,00 Euro ödendiğini, karın ve göğüs bölgesinde sorunlar yaşanması üzerine görüşmelere rağmen sorunun devam ettiğini, davacının Almanya’ya dönmek zorunda kaldığını, Alman ... isimli sağlık kuruluşunun 07.10.2014 tarihli belgesi ile yara iyileşmesinde komplikasyon ve sütun açılması, karın germe ameliyatından sonraki duruma ilişkin rapor verildiğini, davalı şirketin kusurlu olduğunu ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla ameliyat bedeli olarak ödenen 8.000,00 Euro karşılığı 22.500,00 TL’nin, Almanya’da yapılmakta ve yapılması gereken sağlık giderleri için şimdilik 5.000,00 TL’nin, çalışmadığı günler için gelir kaybı açısından şimdilik 5.000,00 TL’nin ve 1.000,00 TL manevi tazminat olmak üzere toplam 132.500,00 TL’nin hakkın doğum tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; ... 2. Tüketici Mahkemesi’nin 2015/1445 sayılı dosyasından 09.12.2015 tarihinde yetkisizlik kararından ötürü eldeki davanın kesin hüküm nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini, müvekkilinin tacir sıfatı olması nedeniyle TTK’nın 5. maddesi gereğince Asliye Ticaret Mahkemesinin görevli olduğunu, estetik uygulamaların çoğunluğunun güzelleşmeye yönelik olmakla birlikte birer tıbbi müdahale olup,

komplikasyon riskini taşıdığını, ameliyat tarihine kadar davacının 35 kilo verip yağ sarkmalarının oluştuğunun ikrar edildiğini, kilo kaybından dolayı deri bozukluğu bulunup, müvekkiline müracaat edildiğini, karın bölgesi gerdirmeye işlemi uygulandığını, müvekkilinin hasta ile arasındaki sözleşmeye istinaden yükümlülüğünü ifa etmiş sayılacağını, aydınlatma, bilgilendirme yükümlülüğünün ifa edildiğini, onam belgelerini ekte sunduklarını, kusur şartının gerçekleşmediğini, davacının tedavi sürecine ilişkin tavsiyeye uyup uymadığının ve kendi kusuruyla (örneğin sigara kullanmamak gibi tavsiyelere uymayarak) zarara sebebiyet verip vermediğinin araştırılması gerektiğini, zarar ve kusurun ispatının davacıda olduğunu, güncel bir sağlık raporu alınması gerektiğini, işgöremezlik ve devamsızlıkla ilgili bir kanıt sunulmadığını, talep edilen manevi tazminat miktarının fahiş olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, verilen kararın davacı vekilince istinaf edilmesi üzerine ... Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2020 tarih, 2018/1605 Esas, 2020/328 Karar sayılı ilamı ile davacı vekilinin istinaf başvurusunun 6100 sayılı HMK'nın 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiş, verilen karar davacı vekili tarafından yasal süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'nın 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi bulunduğu uyumsuzluk konusu değildir. Sözleşme ile davacıya estetik müdahalelerde bulunulması kararlaştırılmıştır. Davacı ile davalı arasındaki sözleşmenin niteliği itibarıyla hekim ile hasta arasında tedaviye ilişkin sözleşmeden farklı olduğu ve eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Eser sözleşmesini düzenleyen TBK'nın 470. maddesi uyarınca yüklenicinin edimi bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin edimi ise, karşılığında bedel ödemeyi üstlenmesidir. Eser sözleşmesinin niteliği gereği yüklenici sonucu garanti etmektedir. Davacı, göğüs küçültme ve dikleştirme (toparlama) ve karın gerdirmeye gayesiyle yani estetik amaçla davalıya başvurmuş olduğuna göre, estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanması ve sürecin sağlıklı bir şekilde neticelendirilmesi hususlarının taraflar arasındaki eser sözleşmesinin konusu olduğu açıktır. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun ortaya çıkmasıdır. Eser yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleşen sonuç olup, yüklenici eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek yükümlülüğü altındadır.

Diğer yandan yüklenicinin borçları TBK'nın 471. maddesinde düzenlenmiş olup, “Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.” Denilmiş olup, yüklenici olan hekimin de bu düzenlemeden de anlaşılabileceği üzere edimini sadakat ve özenle ifa etmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunda benzer alanlardaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kuralların esas alınacağı da açıklanmıştır. Yine eser sözleşmesinin niteliği gereği yüklenici sonucu garanti etmiş sayılmalıdır. Komplikasyonlarda ise aydınlatma yükümlülüğü ve komplikasyon yönetiminin doğru yapılması yine yüklenicinin sorumluluğundadır. Ayrıca, 04.04.1997 tarihinde imzalanan ve 09.12.2003 tarihinde 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe giren ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen AVRUPA BİYOTİP SÖZLEŞMESİ 16.03.2004 tarihinde onaylanmış olup, sözleşmenin "Meslek Kurallarına Uyma" başlıklı 4. maddesinde, "araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." düzenlemesi karşısında, davacıya tıbbi müdahalede bulunulduğuna göre bu sözleşme hükümleri de esas alınarak uyuşmazlığın çözümü zorunludur. Sözleşmenin 4. maddesinde kastedilen standardın da, tıbbi standart olduğu tartışmasız olup, tıbbi standartlara aykırılık teşhis ya tedavisi aşamasında ya da müdahale sonrasındaki süreçte noksanlık ya da yanlışlık şeklinde gerçekleşebilir. “Tıbbi Standart” hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır. Sözleşmenin eser niteliğindeki “estetik müdahalelerde” de uygulanacağının kabulü zorunludur. Somut olayda; Mahkemece, Medikal Estetik Uzmanı Doktor Bilirkişiden 02.10.2017 tarihli rapor alınmış olup bu rapora itiraz üzerine Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi Uzmanı Bilirkişi 29.03.2018 tarihli raporunu Mahkemeye sunmuştur. Alınan bu raporlar gözetilerek dava reddedilmiş ise de; taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu ve yukarıda yapılan açıklamalar gözetildiğinde davacı yanın göğüs toparlama ve karın estetiği ile ilgili isteminin yüklenici tarafından daha güzel bir görünüme kavuşturulacağı yönünde bir garanti verilmesi ve müdahale sonrası sürecin sağlıklı bir şekilde neticelendirilmesi niteliğinde olduğu gözetildiğinde, hekimin eylemine ilişkin olarak hukuka uygun bir tıbbi müdahale gerçekleştirildiği yönündeki görüş yeterli olmayıp, ayrıca davacının isteklerinin karşılanıp karşılanmadığı, ayıplı olduğu iddia edilen göğüs toparlama ve karın estetiği ile ilgili olarak; hekimin edimini yerine getirip getirmediği ya da

komplifikasyon olup olmadığı ve komplifikasyon konusunda aydınlatma görevinin yerine getirilip getirilmediği ve komplifikasyon yönetiminin doğru yapıp yapılmadığı hususları tartışılıp değerlendirilmek üzere, aralarında akademik kariyere sahip, üniversitelerden seçilecek estetik plastik ve rekonstrüktif cerrahisi konusunda uzman 3 kişilik bilirkişi kurulu oluşturulmak ve gerektiğinde muayene edilmek suretiyle, dosyadaki belge ve bilgiler incelenerek alınacak rapora yapılacak itirazlar da dikkate alınıp maddi ve manevi tazminat koşulları oluşup oluşmadığı değerlendirilerek hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir.

Eksik inceleme ve yetersiz rapora dayanılarak karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulü ile ... Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin istinaf başvurusunun esastan reddi kararı kaldırılarak ilk derece mahkemesi hükmünün davacı yararına BOZULMASINA, 6100 sayılı HMK 373. madde hükümleri gözetilerek dosyanın ilk derece mahkemesine, karardan bir örneğin ise Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, 09.11.2020 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

15. Hukuk Dairesi 2018/4621 E. , 2018/4686 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi :Asliye Hukuk Mahkemesi

“Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

- K A R A R -

Dava, eser sözleşmesi niteliğinde estetik operasyon nedeniyle maddi ve manevi tazminatın tahsili istemiyle açılmış, mahkemece davanın reddine dair verilen hüküm, davacı vekilince temyiz olunmuştur.

Davacı davasında 16 yaşından beri göğsünde fibroadenom bulunmasından dolayı ameliyat olmaya karar verdiğini, bu ameliyatı davalının yaptığı, ameliyat sonrası bir gün hastanede kaldıktan sonra taburcu edildiğini, taburcu olup eve gitmesinden sonra 3-4 gün boyunca vücudunda anormal morarmalar ve şişlikler belirdiğini, çektiği bu acı ve ızdırabın ameliyattan sonra yaklaşık 1 ay boyunca devam ettiğini, bu süreç içinde haftada en az 2 defa muayene gittiğini, daha sonra şekil bozukluklarının meydana geldiğini ve 2009 yılında müvekkilinin göğsünün çok çirkin bir görüntü aldığını, bir süre sonra lenf bezlerinde şişmelerin oluştuğunu, çekilen ultrason sonucunda; göğsünde bir şeyin sızma yaptığını, vücudun kendini korumak için harekete geçtiğini bu sebeple lenf bezlerinin şiştiğinin anlaşıldığını, davalının yaptığı ameliyattan sonraki dönemde iki kez daha ameliyat olmak zorunda kaldığını, sonuçta göğsünde nükseden rahatsızlıkların sebebinin davalı tarafından yapılan ilk ameliyatla takılan protezin hatalı ve kullanılması gereken materyalin vücut yapısına uygun olmayan yanlış ve daha büyük boyutta takılmış olmasından kaynaklandığını, yaklaşık beş senedir göğsündeki şekil bozuklukları sebebiyle elem ve üzüntü içerisinde olduğunu belirterek fazlaya ilişkin dava ve talep haklarını saklı tutarak 1.000,00 TL maddi, 50.000,00 TL manevi toplam 51.000,00 TL 'nin davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı savunmasında davacının 2007 Ağustos ayında yapılan muayene sonucu göğsünde bulunan fibroadenomun operasyon ile alınarak göğsüne protez takılmasına karar verildiğini, göğse yerleştirilen protezin büyük ve yanlış kullanılmadığı gibi cilt altına da konmadığını, mentor marka protezlerin dünyanın en iyi protezi olduğunu, ameliyat sonrası çekilen fotoğraflarda herhangi bir morluk, şişlik ya da şekil bozukluğunun mevcut olmadığını, davacının en son 26.09.2007 tarihinde kontrole geldiğini, en son kontrolden 1.5 sene sonra 03.03.2009 tarihinde kist şikayetiyle geldiğinde sağ ve sol memede kistler tespit edildiğini, kendisinden ultrasonografi istendiğini ancak hastanın bir daha gelmediğini, protezlerin kas altına konduğunu, kistlerin meme dokusunda olup protezler ile ilgili olmadığını, davacının sonradan başka yerlerde birden fazla ameliyat olduğunu, bu ameliyatların protez konması, protez koyma işlemi yönünden herhangi bir sakınca olmadığını gösterdiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece ... ve ... Üniversitesi'nden alınan bilirkişi raporlarına göre ilk ameliyatın belgeleri ve fotoğraflarının incelenmesi ile yapılan inceleme sonucunda uygulanan yöntemin ve ortaya çıkan sonucun hatalı olmadığı, morarma ve ağrıların her ameliyat sonucu olabilecek komplikasyonlar olduğu bu sonuçların davalının özensizliğini göstermediği sonradan yapılan ameliyatların her bir ameliyat sonrası halinin ilk ameliyata bağlı olarak hatalı olduğunun kabul edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'nın 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi bulunduğu

uyuşmazlık konusu değildir. Sözleşme ile davacıya estetik müdahalelerde bulunulması kararlaştırılmıştır. Davacı ile davalı arasındaki sözleşmenin niteliği itibariyle hekim ile hasta arasında tedaviye ilişkin sözleşmeden farklı olduğu ve eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Eser sözleşmesini düzenleyen TBK'nın 470. maddesi uyarınca yüklenicinin edimi bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin edimi ise, karşılığında bedel ödemeyi üstlenmesidir. Eser sözleşmesinin niteliği gereği yüklenici sonucu garanti etmektedir. Davacı, memelerinde düzgün görünüm için estetik gayeyle davalıya başvurmuş olduğuna göre, estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanmasının taraflar arasındaki eser sözleşmesinin konusu olduğu açıktır. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun ortaya çıkmasıdır. Eser yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleşen sonuç olup, yüklenici eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek yükümlülüğü altındadır. Diğer yandan yüklenicinin borçları TBK'nın 471. maddesinde düzenlenmiş olup, “(1)Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. (2) Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.” Denilmiş olup, Yüklenici olan hekimin de bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere edimini sadakat ve özenle ifa etmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunda benzer alanlardaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kuralların esas alınacağı da açıklanmıştır. Yine eser sözleşmesinin niteliği gereği yüklenici sonucu garanti etmiş sayılmalıdır. Komplikasyonlarda ise aydınlatma yükümlülüğü ve komplikasyon yönetiminin doğru yapılması yine yüklenicinin (hekimin) sorumluluğundadır.04.04.1997 tarihinde imzalanan ve 09.12.2003 tarihinde 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe giren ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen ... BİYOTIP SÖZLEŞMESİ 16.03.2004 tarihinde onaylanmış olup, sözleşmenin "Meslek Kurallarına Uyma" başlıklı 4. maddesinde, "araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." düzenlemesi karşısında, davacıya hastane ortamında tıbbi müdahalede bulunulduğuna göre bu sözleşme hükümleri de esas alınarak uyuşmazlığın çözümü zorunludur. Sözleşmenin 4. maddesinde kastedilen standardın da, tıbbi standart olduğu tartışmasız olup, tıbbi standartlara aykırılık teşhis ya da tedavi aşamasında ya da müdahale sonrasındaki süreçte noksanlık ya da yanlışlık şeklinde gerçekleşebilir. “Tıbbi Standart” hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o an ki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve

bilinen temel meslek kurallarıdır. Sözleşmenin eser niteliğindeki estetik müdahalelerde de uygulanacağını kabulü zorunludur. Öte yandan ayrıca 5. maddede, aydınlatılmış rıza alınması zorunluluğu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Öte yandan, davacıya uygulanan işlem tıbbi müdahale olduğu için ve hastane ortamında yapılması nedeniyle yürürlükteki mevzuata göre de hastane kayıtlarının tam olarak tutulması zorunluluğu bulunmakta, hekimin hastadan onamını alma yükümlüğü de bulunmaktadır. Nitekim, 1279 sayılı Yasa'nın 70. maddesi uyarınca ağır tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınması zorunluluğu da bulunmaktadır. Ayrıca Hususi Hastaneler kanunu uyarınca çıkartılan Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de hastane kayıtlarının tam olarak tutulmasına ilişkin 7. ve 16. maddelerinde düzenlemeler bulunmakta olup, hastaya ait kayıtların da noksansız olarak tutulması zorunludur. Mahkemece alınan ... Raporunda ameliyat öncesi ve sonrası fotoğraflara göre ameliyattan sonra oluşan ..., morarma ve şişliğin her cerrahi girişimden sonra beklenebilir durumlar olduğu davalının kusurlu olmadığı açıklamış, ... Üniversitesi Tıp Fakültesinden alınan raporda da benzer açıklama yapılmıştır. Somut olay değerlendirildiğinde, davacıya yapılan estetik müdahalenin sonucu itibarıyla iş sahibi yararına sonuç vermediği gibi, 1. operasyon öncesi aydınlatma yükümlülüğünün yeterince yerine getirilmediği ve kayıtların tam olarak tutulmadığı, eser sözleşmesi niteliği gereğince yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirdiğinden söz edilemeyeceği ve kusurlu bulunduğu, komplikasyon konusunda aydınlatılmanın yetersiz olduğu gibi, komplikasyon yönetiminin de yeterli olmadığı dosya kapsamı ile anlaşıldığından, yeterli gerekçe içermeyen bilirkişi raporlarına dayanılması hatalı olmuştur.

Bu nedenlerle mahkemece yapılacak iş, davalı hekimin kusurlu olduğu gözetilerek davacının istek kalemleri değerlendirilerek eserin kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olmamakla birlikte, ... raporunda belirtilen müdahalelerin neler olduğu ve ne tür ameliyatlara ve ne miktarda giderilebileceği konusunda rapor alınıp, davacının maddi ve manevi tazminatla ilgili istek kalemleri de değerlendirilip, hasıl olacak sonuca uygun bir karar vermekten ibarettir. Açıklanan bu nedenlerle kararın bozulması uygun bulunmuştur. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden davacı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 26.11.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

• "İçtihat Metni"

Mahkemesi: Asliye Hukuk Mahkemesi

“Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

- K A R A R –

Davacı vekili, müvekkilinin 24.10.2007 tarihinde davalı hastanede meme küçültme ameliyatı olduğunu, 25.10.2007 tarihinde taburcu edildiğini, birkaç gün sonra meme başında renk değişimi ve koku gelmesi üzerine, doktora başvurduğunu, davalı ...'ın kendisini muayene edip her şeyin yolunda olduğunu söylediğini, 6 gün geçmesine rağmen meme ucundan gelen kokunun dayanılmaz hal aldığını ve renginin siyahlaşması üzerine 05.11.2007 tarihinde 2. kez ameliyata alındığını ve ameliyat sırasında meme ucunun çürüdüğü, içeriye yayılmaması için alınması gerektiği, ilk ameliyatta bazı gelişmelerin ters gitmesi nedeniyle meme ucunda kan dolaşımının olmadığı, çürümenin bundan kaynaklandığı, hatanın kendilerinde olduğunu, bu ameliyat sonrasında davacının sol memesinde his kalmadığını ve çürüme içeriye de yayıldığından meme içine de müdahale edilmesi nedeniyle memede küçülme meydana geldiğini, ameliyatın başarısız olduğunu, kasıktan alınan parçayı meme zeminine koyacaklarını bildirerek tekrar ameliyat günü verdiğini, 2008 yılı Ocak ayında yapılan bu operasyonun sonuç vermediğini ve meme zemini oluşturulamadığını, daha sonraki günlerde yapılan müdahaleden de sonuç alınamadığını, bir kez daha yapılan operasyonda ise, davalı doktorun alınan parçayı yere düşürüp üzerine bastığını, bu nedenle yeniden parça alınarak zemin oluşturulduğunu, bu kez de meme zeminin renk değişimi için totonaj işlemi yapılması gerektiğini, masrafların kendileri tarafından karşılayacağını söyleyerek Ataşehir ... Şifa Hastanesi'ne yönlendirdiğini, bu işlemin geçici olup, 5-7 yıllık aralıklarla tekrarlanması gerektiğini, hatalı ameliyat nedeniyle 2007 yılında başlayan tedavisinin halen devam etmekte olduğunu, davacının sol memesinin diğerinden küçük kaldığını, meme ucunun bulunmadığını, hastaneye ödenen 4.500,00 TL ile 500,00 TL ilaç masrafı, 500,00 TL yol masrafı, her 5-7 yılda yapılması gereken tatüaj masrafı için 3.000,00 TL maddi tazminat olmak üzere 5.500,00 TL'nin davalılardan tahsiline

karar verilmesini dilemiş, bozma ilâmından sonra da dava değerini 10.000,00 TL olarak açıklayarak noksan harcı tamamlamıştır.Davalı ... vekili cevap dilekçesinde, davacının ameliyat öncesi ve sonrası yapacaklarını söylediği ve aydınlatma görevinin yerine getirildiğini, davacıya ameliyat sonrasında kullanması gereken sporcu sütyenini yanında getirmesi gerektiğinin bildirildiği ve sigara içme öyküsü bulunması nedeniyle sigara içmemesi ve içilen ortamlardan uzak durması gerektiğinin bildirilmesine rağmen hastanın ameliyat sonrası kontrole geç geldiği gibi, 6 ay boyunca kullanması gereken sporcu sütyeninin yerine sentetik kumaştan oluşan bir sütyenle geldiğini, anılan balenli dar sütyeni sekiz saat boyunca kullandığını, bu nedenle iki memesinde de komprese olduğunu, hastanın iskemirepervüzyon hasarının kalıcı olması olasılığı için gerekli olan 6 saatlik iskemi süresinin aşıldığını, yapılan muayene sonucunda davacının sol meme başında kapilartire azlığı gözlendiğini, dar sütyenin çıkartılarak takibe alındığını, tedaviye uymadığı verilen ilaçları almadığı anlaşıldığından tedavisine hastane koşullarında damar yolu açılarak sabah akşam antibiyotik ve ... kesici tedavisi uygulandığını, davacının isteği üzerine 2008 yılının ocak ayında tedaviye başlandığını ve meme başı bölgesindeki deri kazınarak greft ile tekrar oranımına karar verildiğini, greft seçeneği için hastanın sezeryan yara izlerinden faydalandığını, ancak davacının verilen talimatlara uymaması kontrollere düzensiz gelmesi ve sigara kullanması nedeniyle iki kez greft konulmak zorunda kaldığını, yere düşen greftin hastaya kullanılmayıp yeni donör alındığını, greft tuttuktan sonra meme ucunun oluşturulmasının planlandığını, ilk olarak kalıcı dolgu yöntemini denendiğini, dolgunun yetersiz kalması üzerine iki kez flep cerrahi yönteminin de denendiğini, ancak istenilen yükseltinin yakalanamaması üzerine delayflep ile onarımının altı ay sonra yapılmasına karar verildiğini, davacının bu süre dolmadan davayı açtığını, kendi kusurlu davranışları sonucu komplikasyon olarak çıkan sonuçtan sorumlu olmadıklarını savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı hastane işleticisi vekili ise, davacının kendi kusurlu davranışları sonucu gelişen komplikasyonlardan sorumlu olmadıklarını, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, ... Kurumu 3. İhtisas Dairesi'nce düzenlenen 02.03.2012 tarihli raporunda meme küçültme operasyonlarından sonra meydana gelen meme ucu nekrozunun bu ameliyatın beklenir bir komplikasyonu olduğu, bunun sebebinin kişinin bünyesel faktörleri, sigara kullanımı, olması gerekenden daha dar sütyen kullanımı gibi bir çok faktöre bağlı olabileceği, bunlardan birinin tek başına etkisinin olup olmayacağının ayırımının

yapılamayacağını ve nekroze meme ucunun yerine tatuaj yapılabileceği ve her tatuaj gibi bunun da belli sürelerle yenilenmeye ihtiyaç duyabileceği gözönüne alındığında davalı doktor ve hastaneye atfı kabil kusur bulunmadığı, raporda davacıya uygulanan tedavide hekimkusurunda bahsedilmediği, hekim ile doktor arasındaki ilişkinin vekâlet aktinden ibaret olup, davalıların sorumluluğundan söz edilemeyeceğinden bahisle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz olunmuştur. Mahkemece, yapılan araştırma ve inceleme ve alınan ... Raporlarının hüküm tesisine elverişli olduğundan söz edilemez. Davacı memelerinde oluşan iltihap ve sivilceler için davalı hastaneye başvurduğunu, davalı uzman doktorun rahatsızlıkların büyük memeden kaynaklandığını, küçültülürse bu rahatsızlıkların kalmayacağı ve böylelikle ölü hücrelerin de temizleneceğini belirterek ameliyata razı olduğunu açıklamıştır. Yine dosya içerisinde mevcut bulunan 05.11.2007 tarihli standart bakım planında da davacıya yapılan operasyonun meme küçültme operasyonu olduğu anlaşılmıştır. Taraflar arasındaki uyuşmazlıkta maddi gerçeğin ortaya çıkması için alınan raporun da dosya kapsamına uygun olması ve denetlenebilir olması zorunludur. Oysa alınan raporda, sonuç kısmında, meme küçültme operasyonlarından sonra meydana gelen meme ucu nekrozunun bu ameliyatın beklenir bir komplikasyonu olduğu, bunun sebebinin kişinin bünyesel faktörleri, sigara kullanımı, olması gerekenden daha dar sütyen kullanımı gibi bir çok faktöre bağlı olabileceği ancak bunlardan birinin tek başına etkisinin olup olmadığının ayrımının yapılamayacağı, nekroze meme ucunun yerine tatuaj yapılabileceği ve her tatuaj gibi bunun da belli süreler içinde yenilenmeye ihtiyaç duyabileceği, göz önüne alındığında davalılara atfı kabil bir kusur bulunmadığı bildirilmiş, ancak, hasta onam formunda anestesisi yönünden ayrıntılar bulunmasına karşın, genel onam formunda ameliyatın komplikasyonları konusunda detay bulunmadığı anlaşılmıştır. Yine, ... Kurumu'nun raporunda bahsi geçen sonucun bir komplikasyon olduğu bildirilmesine karşın, komplikasyon oluşuktan sonra komplikasyon yönetimi konusunda hastane ve doktorun üzerine düşen görevi yerine getirip getirmediği konusunda da bir değerlendirme yapılmamıştır.

Diğer yandan, 04.04.1997 tarihinde imzalanan ve 09.12.2003 tarihinde 25311 sayılı Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Avrupa Biyotıp Sözleşmesi 16.03.2004 tarihinde onaylanmış olup, sözleşmenin "Meslek Kurallarına Uyuma" başlıklı 4. maddesinde, "araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." düzenlemesi karşısında, raporda davacıya uygulanan tıbbi tedavinin mesleki yükümlülük ve standartlara ait olup olmadığı hususu da yeterince tartışılmamış, sadece yapılan işlemler ve

sonuç kısmında komplikasyona bağlanarak davalıların kusursuz olduğu bildirilmiştir. Hekim hasta arasındaki ilişkide belirleyici olan tıbbi standarttan kastedilenin, teşhis ya da tedavi aşamasında ya da müdahale sonrasındaki süreçte noksanlık ya da yanlışlık şeklinde değerlendirilmesi zorunludur. Hekim, hastasına hem teşhis hem tedavi hem de ameliyat sonrası gelişen komplikasyonlarda hastanın zarara uğramaması için gerekli önlemleri almak zorunda olup, bu önlemleri aldığı halde sonuç meydana geldiyse bu durumda sorumluluğundan bahsedilemez. Mahkemece bu hususlara değinmeyen rapora dayalı olarak karar verilmesi hatalı olmuştur. Bu nedenlerle mahkemece yapılacak iş, aralarında plastik ve estetik cerrahi, genel cerrahi ve enfeksiyon uzmanının da bulunduğu 3 kişilik akademik kariyere sahip bilirkişi heyeti oluşturulmak suretiyle, davacıya uygulanan iş ve işlemlerin neler olduğu, olması gerekenle yapılanlar kıyaslanarak, özellikle davacıda gelişen durumun komplikasyon mu yoksa hekim hatası mı olduğu hususu da aydınlatılarak, hekim hatası bulunduğu kanısına varıldığı takdirde sorumlu tutulmalı, komplikasyon olduğu kanısına varıldığı takdirde ise, aydınlatılmış onam formunda bu konuda bir detaya yer verilmediği gibi gelişen komplikasyon ise yönetiminin de tıbbi standartlara uygun olup olmadığı gözetilerek davacının istek kalemleri değerlendirilmeli ve az yukarıda açıklanan düzenlemeler dikkate alınarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ve hatalı değerlendirmeye karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün davacı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 21.06.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

3.1.2. CEZA GENEL KURULU VE CEZA DAİRELERİ KARARLARI

Ceza Genel Kurulu 2017/707 E. , 2020/265 K.

- "İçtihat Metni"

Kararı Veren

Yargıtay Dairesi: 12. Ceza Dairesi

Mahkemesi: Asliye Ceza

Sayısı: 558-116

"Taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçundan sanık ...'ın TCK'nın 22/4. maddesi de gözetilerek 85/1 ve 62. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Gaziantep 9. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 17.05.2012 tarihli ve 159-671 sayılı hükmün sanık müdafisi ve katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 12. Ceza Dairesince 16.09.2014 tarih ve 24306-17977 sayı ile;

"...Kadın doğum uzmanı olarak görev yapan sanığın sabıkasız geçmişi nedeniyle hakkında TCK'nın 62. maddesi uygulanırken verilen cezanın, geleceği üzerindeki olumsuz etkisi gerekçesine dayanıldığı hâlde hükmedilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi sırasında bu kez bu gerekçeyle çelişki oluşturacak şekilde sanığın kişiliği, olayın oluş şekli, suçun işlenmesindeki özellikler ve tüm dosya kapsamı dikkate alındığında TCK'nın 50. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi," isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Gaziantep 9. Asliye Ceza Mahkemesi ise 24.02.2015 tarih ve 558-116 sayı ile;"...Mahkememizce daha önce verilen kararın Yargıtay ilgili ceza dairesince para cezasına çevrilmesi gerektiğinden bahisle bozulduğu, mahkememizce, önceki kararının usul ve yasaya uygun olduğu anlaşıldığından uyulmamasına," şeklindeki gerekçeyle önceki hükümde direnilmesine karar vermiştir.Direnme kararına konu bu hükmün de sanık müdafisi ve katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 28.04.2016 tarihli ve 117287 sayılı "Bozma" istekli tebliğnamesiyle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca 07.12.2016 tarih ve 716-932 sayı ile;

6763 sayılı Kanun'un 38. maddesi ile 5320 sayılı Kanun'a eklenen geçici 10. madde uyarınca kararına direnilen Daireye gönderilmiş, aynı madde uyarınca inceleme yapan Yargıtay 12. Ceza Dairesince 12.04.2017 tarih ve 133-3150 sayı ile direnme kararının yerinde görülmemesi üzerine Yargıtay Birinci Başkanlığına iade edilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar;

1- Sanık hakkında TCK'nın 50. maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanmamasına yönelik olarak gösterilen gerekçenin TCK'nın 62. maddesi uygulanırken gösterilen gerekçe ile çelişip çelişmediğinin,

2- Yerel Mahkemenin direnme kararına konu hükmünün isabetli olmadığı sonucuna ulaşılması hâlinde katılan vekili lehine karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre vekâlet ücretine hükmolunmamasının ayrıca bozma nedeni yapılp yapılmayacağının,

Belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Gaziantep Cumhuriyet Başsavcılığının 05.03.2012 tarihli iddianamesi ile; katılan ...'un eşi olan ...'un doğum yapmak amacıyla katılan ile birlikte 09.08.2010 tarihinde Özel Hayat Hastanesine gittiği, aynı hastanede kadın hastalıkları ve doğum uzman doktoru olan sanık ...'ın nöbetçi doktor olarak görevli olduğu, ...'nin muayenesi yapıldıktan sonra hastaneye giriş kaydının yapıldığı, sanığın da ...'nin sorumlu doktoru olduğu, doğum sonrası ...'de kanama geliştiği, müdahale edilmesine rağmen solunumunun durduğu, yeniden hayata döndürüldüğü, ancak yoğun bakım ünitesine ihtiyaç duyulduğu, sanığın görevli olduğu hastanede bu imkânın bulunmaması nedeniyle ...'nin Özel Sani Konukoğlu Hastanesine sevk edildiği, ancak bir saat sonra ...'nin burada öldüğü, doğum sonrası ölenin takibini gerektiği

gibi yapmamak suretiyle atılı taksirle ölüme sebebiyet verdiği iddiasıyla sanık hakkında kamu davası açıldığı,

Yerel Mahkemece sanığın kimlik bilgileri saptanırken, evli, 3 çocuklu ve 5.000 TL aylık gelirin olduğu hususlarının tutanağa geçirildiği, Sanık müdafisinin 16.05.2012 havale tarihli yazılı savunma dilekçesine göre, sanığın 2001 yılından itibaren kadın doğum uzmanı olarak görev yaptığı, Suç ve hüküm tarihleri itibarıyla sanığın adli sicil kaydında herhangi bir sabıkasının bulunmadığı, Sanığın duruşmaya katıldığı ve dosyaya yansıyan olumsuz bir davranışının olmadığı,

Yerel Mahkemece 2-6 yıl arasında hapis cezası öngörülen TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrası gereğince temel ceza belirlenirken "sanığın şahsi sosyal durumu, suçun işleniş biçimi, önem ve değeri, verilen zararın ağırlığı" gerekçesiyle alt hadden ayrılarak temel ceza 3 yıl olarak belirlendikten sonra, takdiri indirim nedenlerinin uygulama gerekçesi olarak "sanığa verilen cezanın geleceği üzerindeki olumsuz etkisi"nin gösterildiği, "sanığın kişiliği, olayın oluş şekli, suçun işlenmesindeki özellikler ve tüm dosya kapsamı" dikkate alınarak ise hapis cezasının adli para cezasına çevrilmemesine karar verildiği,

Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 21.09.2011 tarihli ve 3026 sayılı raporunda; Özel Hayat Hastanesinin 09.08.2010 tarihli ve 269176 sayılı epikriz raporunun incelenmesinde, ölenin 09.08.2010 günü doğum sancısı öyküsü ile getirilip saat 18.50'de normal spontan doğumla 4.430 gr erkek bebeğin doğurtulduğu, plesenta ve eklerin tam olarak alındığı, kanama kontrolünü takiben serviste izleme alındığı, saat 20.30'da yatağında kanama olduğunun haber verildiği, doğum masasında bu durumun değerlendirildiği, aktif kanaması olmadığı, TA: 70/50 mmHg olduğu, solunum sıkıntısı bulunduğu, saat 20.59'da yapılan laboratuvar tetkik sonuçlarının HGB: 7.82, HCT: 24.63, PLT: 110 olduğu, hastaya 3 ünite eritosit, 1 ünite trombosit, 1 ünite taze donmuş plazma verildiği, solunum ve kardiak arrest geliştiği, resusitasyon yapılarak entübe edildiği, 1 ünite taze donmuş plazma verildiği, eritrosit süspansiyonu takıldığı, saat 22.07'de yapılan laboratuvar tetkik sonuçlarının HGB: 5, HCT: 14.99, PLT: 72.39 olduğu, Özel Sani Konukoğlu Hastanesi yoğun bakıma sevk edildiği ve Özel Sani Konukoğlu Hastanesinin 09.08.2010 tarihli ve 634888 protokol numaralı hasta dosyasının incelenmesinde ölenin saat 23.15'te doğum sonrası bilinç kapanması ve solunum sıkıntısı hikayesi ile arrest ve entübe olarak yoğun bakıma getirildiği, GKS: 3 olduğu, bir saate yakın canlandırma işlemi uygulandığı, yanıt alınamayınca saat 24.00'de ex kabul edildiği, tıbbi belgeler ve otopsi bulgularına göre kişinin

ölümünün postpartumatonisi (doğum sonrası kuvvetsizlik, dermansızlık) kanaması sonucu meydana gelmiş olduğu, tıbbi belgelerde kayıtlı laboratuvar ve klinik bulgular birlikte değerlendirildiğinde ölenin doğum sonrası takibinin yetersiz olduğu bilgilerine yer verildiği,

Anlaşılmaktadır.

Katılan ...; 15 yıldır evli olduğu ölen ile üç çocuklarının olduğunu, dördüncü çocuklarına hamile olan ölenin olay günü saat 16.20 sıralarında sıvı geldiğini ve biraz rahatsız olduğunu söylemesi üzerine kontrol amacıyla eşini Özel Hayat Hastanesine götürdüğünü, doktorların doğumun yaklaştığını ve hemen doğuma alacaklarını söylediklerini, doğumdan sonra eşinin iyi olduğunu, kanamasını farkedince hemen doktora haber verdiklerini, doktorların bir saat kadar müdahalede bulunduklarını, nabzının atmadığını, solunum zorluğu çektiğini, kanaması olduğunu söylediklerini, aradan bir saat geçtikten sonra da yoğun bakıma sevk edeceklerini konuşmaya başladıklarını, yoğun bakımda yer olmadığı söylenince eşini Özel Sani Konukoğlu Hastanesine götürmek istediğini, ancak 45 dakika beklettiklerini, yazışma yaptıklarını, yoğun bakım ünitesini de kendilerinin bulduğunu, eşini son aşamada Özel Sani Konukoğlu Hastanesine sevk ettiklerini, oraya gittikten kısa bir süre sonra da eşinin vefat ettiğini, doğumu gerçekleştiren ve sorumlu doktor olan sanıktan ve Özel Hayat Hastanesinden şikâyetçi olduğunu ifade etmiştir.

Sanık ... soruşturma evresinde; Özel Hayat Hastanesinde kadın hastalıkları ve doğum uzman doktoru olarak görev yaptığını, olay günü hastanede icapçı doktor olarak yani icap nöbetçisi olarak görevli olduğunu, ölenin hastanede takibi yapılan bir hasta olmadığını, doğum yapmak için hastaneye başvurduğunda muayene edildikten sonra kendisi adına yatışının yapıldığını, nöbetçi ebenin doğumun başladığını bildirdiğini, müdahale edip kısa sürede doğum yaptırdığını, yaklaşık 30 dakika kadar sonra hemşirenin kanamanın sürdüğünü söylediğini, doğum sonrası kanama olduğu için yeniden değerlendirildiğini, hastanın aktif bir kanaması olmadığını, fakat solunum sıkıntısı ve tansiyonunun düşük olması nedeni ile acil kan sayımı yaptırıldığını, kan seviyesinde trombosit ve hemoglobin oranı düşük olunca kan bankasından kan istediklerini, solunum sıkıntısından dolayı dahiliye, anestezi, genel cerrahi ve acil doktoru ile beraber hastaya müdahale ettiklerini, müdahale sırasında kalp atışları ve solunumun durduğunu, resusitasyon yapılarak tekrar canlandırıldığını, hastanede yoğun bakım ünitesi bulunmadığından Tıp Fakültesi Kadın Doğum Bölümü ile görüştüğünü, yer olmadığı için kabul edilmediğini, bunun üzerine katılana bilgi verdiğini, katılanın Özel Sani

Konukoğlu Hastanesi ile görüşerek hastayı oraya sevk etmelerini istediğini, kendilerinin de o halde iken hastayı sevk ettiklerini, daha sonra öldüğünü duyduklarını, atılı suçlamayı kabul etmediğini, hastanın bilinmeyen bir kalp rahatsızlığı söz konusu olduğunu zannettiğini, bunun gelişmesi sonucu ölüm olayı gerçekleştiğini,

Kovuşturma evresinde; ölenin solunumu durmadan önce yoğun bakım ünitesi olan bir hastaneye sevki düşündüğünü, solunum durduktan sonra düşünmediğini, bu tür kanamalarda tıbbi usulün öncelikle kanamanın durdurulması için müdahale edilmesi olduğunu, hemen yoğun bakım ünitesi olan bir yere gönderilmesi olmadığını, eğer başka bir rahatsızlık yoksa tek kanamanın ölüme sebebiyet vermeyeceğini, olay nedeniyle vicdanen rahat olduğunu, elinden gelen tıbbi her tür müdahaleyi yaptığını, adli tıp kurumu raporunu kabul etmediğini, ölümün doğumdan değil ölümlerde gelişen kalp ve ciğer rahatsızlıklarından kaynaklandığını, tıbben gereken her tür müdahaleyi yaptığını, yoğun bakımı ayarlayamadığı için gönderemediğini, aksi takdirde ölenin tıbbi müdahaleden uzak durumda kalıp hastane kapısında bekleyecek olduğunu,

Savunmuştur.

Anlaşılmaktadır.

Birinci uyuşmazlık konusunun görüşülmesine başlanmadan önce bir kısım Ceza Genel Kurulu Üyelerince Yerel Mahkemece sanık hakkında TCK'nın 50. maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanmamasının isabetli olup olmadığının belirlenmesi gerektiğinin ileri sürülmesi üzerine öncelikle bu husus değerlendirilmiştir.

5237 sayılı TCK'nın "Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar" başlıklı 50. maddesinin birinci fıkrasına göre; "Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a) Adli para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye, Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya

d) elirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,

Çevrilebilir."

Aynı maddenin dördüncü fıkrasındaki; "Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz" şeklindeki düzenleme uyarınca taksirli suçlarda diğer şartların da varlığı hâlinde hapis cezasının uzun süreli de olsa adli para cezasına çevrilmesi mümkündür.

5237 sayılı TCK'nın 50. maddesinin gerekçesinde, "...Kişi gördüğü eğitim, yaşadığı sosyal çevre, psikik ve ahlaki eğilimleri itibarıyla tesadüfi suçlu özelliği taşıyabilir. Bu kişilerin mahkûm oldukları cezanın infaz kurumunda çektirilmesi toplum barışı açısından bir zorunluluk göstermeyebilir..." denilmek suretiyle şartların oluşması hâlinde hapis cezasına mahkûm olan kişinin infaz kurumuna girmesini önleyecek adli para cezası seçenek yaptırımına ya da seçenek tedbirlerden birine hükmedilebileceği açıklanmıştır. Kanun koyucu taksirli suçlarda hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi hususunda bir sınırlama da getirmemiş, sanık lehine hareketle şartların oluşması hâlinde hapis cezasının uzun süreli de olsa adli para cezasına çevrilebileceğini kabul etmiştir. Ayrıntıları 07.06.1976 tarihli ve 4-3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yerleşmiş kararlarında açıklandığı üzere, hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi, cezanın doğrudan doğruya sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören kişiselleştirme kurumudur.

Kanun koyucu, cezaların kişiselleştirilmesi kapsamında hâkime TCK'nın 50. maddesinde yer alan şartlar çerçevesinde hükmolunan hapis cezasının adli para cezası seçenек yaptırımına ya da diğер seçenек tedbirlere çevrilip çevrilmeyeceğini belirleme yetki ve görevini yüklemiştir. Hâkimin, hükmolunan hürriyeti bağlayıcı cezanın TCK'nın 50. maddesinin birinci fıkrasındaki adli para cezası seçenек yaptırımına ya da seçenек tedbirlerden birisine çevrilmesi ya da çevrilmemesi konusundaki dayandığı gerekçenin dosya içeriğine uygun, kanuni ve yeterli olması gerekir.

Bu açıklamalar ışığında ön sorun konusu değerlendirildiğinde;

Katılan ...'un eşi olan ölen ...'un olay tarihinde 35 yaşında olduğu ve dördüncü çocuklarına hamileliği nedeniyle sancısının olması üzerine katılan tarafından kontrol amacıyla sanık ...'ın kadın hastalıkları ve doğum uzman doktoru olarak görev yaptığı Özel Hayat Hastanesine saat 17.30 sıralarında götürüldüğü, nöbetçi doktor olan sanığın öleni muayene ettiği, 40 haftalık hamile olduğunu ve doğumun başladığını tespit ettiği, ölenin hastaneye giriş kaydının yapıldığı, sanığın ölenin sorumlu doktoru olduğu, ölene saat 18.50'de normal doğum yaptırıldığı, saat 20.30 sıralarında yakınlarının ölenin yatağında kan olduğunu görmeleri üzerine durumu görevlilere bildirdikleri, yapılan kontrolde doğum sonrası kanama geliştiğinin anlaşıldığı ve laboratuvar tetkik sonuçlarına göre ölene kan verildiği, ölenin solunumu ile kalbinin durduğu, müdahale ile hayata döndürülerek solunum cihazına bağlandığı, saat 22.07'de yeniden laboratuvar tetkikleri yapıldığı, ölenin yoğun bakım ünitesi bulunan bir hastaneye sevk edilmesinin gerekmesi nedeniyle sanığın tıp fakültesi ile görüştüğü, ancak yer olmadığının bildirildiği, bunun üzerine katılana bilgi verdiği, katılanın Özel Sani Konukoğlu Hastanesi ile görüşerek eşinin oraya sevk edilmesini istediği, ölenin saat 23.15'te Özel Sani Konukoğlu Hastanesine getirildiği, burada bir saate yakın canlandırma işlemi uygulandığı, yanıt alınamayınca saat 24.00'te ölü kabul edildiği, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunca düzenlenen 21.09.2011 tarihli raporda ölümün postpartumatonik kanaması sonucu meydana geldiği ve ölenin doğum sonrası takibinin yetersiz olduğu yönünde görüş bildirildiği olayda; sanığın, görev yaptığı hastanede daha önceden tedavi görmeyen ölenin kontrol amacıyla hastaneye başvurusu üzerine hamileliğin geldiği aşama itibarıyla muayenesini yaptığı, doğumun başladığını tespit ederek hastaneye yatışını yapıp normal doğum yaptırdığı, doğum sonrası gelişen kanama nedeniyle kan takviyesi yaptığı, kalp ve solunum durması nedenleriyle gerekli müdahalede bulunarak öleni solunum cihazına bağladığı, çalıştığı hastanede yoğun bakım ünitesi bulunmaması nedeniyle öleni yoğun bakım ünitesi bulunan bir hastaneye göndermek için gayret sarf ettiği hususları

birlikte değerlendirildiğinde; Yerel Mahkemece, sanığın kişiliği, olayın oluş şekli, suçun işlenmesindeki özellikler değerlendirilerek hükmolunan hapis cezasının adli para cezasına çevrilmemesine ilişkin olarak gösterilen gerekçenin dosya muhtevasına uygun, yasal ve yeterli olmadığı ve sanık hakkında hükmolunan hapis cezasının adli para cezasına çevrilmemesinin isabetsiz olduğu kabul edilmelidir.

Bu itibarla, Yerel Mahkeme direnme kararına konu hükmün bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Ceza Genel Kurulu Başkanı ve altı Üyesi; Yerel Mahkemece sanık hakkında TCK'nın 50. maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanmamasına yönelik gerekçenin yasal, yeterli ve dosya kapsamıyla uyumlu olup bir isabetsizlik bulunmadığı düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

Ulaşılan bu sonuç karşısında sanık hakkında TCK'nın 50. maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanmamasına yönelik olarak gösterilen gerekçenin TCK'nın 62. maddesi uygulanırken gösterilen gerekçe ile çelişip çelişmediğine yönelik birinci uyuşmazlık konusu değerlendirilmemiştir.

Yerel Mahkeme direnme kararına konu hükmün isabetli olmadığı sonucuna ulaşılmış olmakla katılan vekili lehine karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre vekâlet ücretine hükmolunmamasının ayrıca bozma nedeni yapıp yapılmayacağının değerlendirilmesine gelince;

Yerel Mahkemece 17.05.2012 tarihli oturumda ...'un davaya katılmasına karar verildiği, Gaziantep 5. Noterliğinin 02.05.2012 tarihli ve 7153 yevmiye numaralı vekaletnamesi ile vekil olarak tayin edilen Av. ...'ın katılan ... vekili olarak bozma öncesi ve sonrası duruşmaları takip ettiği, sanık ...'ın taksirle öldürme suçundan mahkûmiyetine ilişkin olarak kurulan 17.05.2012 tarihli hükümde kendisini vekil ile temsil ettiren katılan yararına 1.200 TL vekâlet ücretine hükmedildiği, hükmün Özel Dairece bozulmasından sonra 24.02.2015 tarihli hükümde katılan lehine yine 1.200 TL vekalet ücretine hükmedildiği görülmektedir.

Avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan avukatlık ücreti ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre karşı tarafa yüklenen avukatlık ücreti olarak ikiye ayrılan "avukatlık ücreti", 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin birinci fıkrasında; "Avukatın hukuki

yardımlarının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Hukuki yardımın ne şekilde yerine getirileceği maddede açıklanmamış ve tarafların aralarındaki yapacakları anlaşmaya bırakılmıştır.

Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesi uyarınca hazırlanıp 21.12.2011 tarihli ve 28149 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve bozma öncesi Yerel Mahkemenin karar tarihinde geçerli olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin "Ceza davalarında ücret" başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrası ile 31.12.2014 tarihli ve 29222 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve bozma sonrası Yerel Mahkemenin karar tarihinde geçerli olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin "Ceza davalarında ücret" başlıklı 14. maddesinin birinci fıkrasındaki "Kamu davasına katılma üzerine, mahkûmiyete karar verilmiş ise vekili bulunan katılan lehine Tarifenin ikinci kısım ikinci bölümünde belirlenen avukatlık ücreti sanığa yükletilir." şeklindeki hükümlere göre, sanığın mahkûm olması hâlinde, kendisini vekille temsil ettiren katılan lehine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin ikinci kısım ikinci bölümüne göre bozma öncesi 1.200 TL, bozma sonrası ise 1.500 TL vekâlet ücreti ödenmesine karar verilmelidir. Katılan lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi için ceza davasının mahkûmiyetle sonuçlanması ve katılanın kendisini hukuki yardımından yararlandığı bir vekille temsil ettirmesi yeterli olup ayrıca vekilin duruşmaları takip etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira tarifeye göre hükmedilmesi gereken vekâlet ücreti, katılana vekili tarafından sunulan hukuksal yardımın şekli ve kalitesiyle ilintili olmayıp katılanın kendisini vekil ile temsil ettirmesinin bir sonucudur. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 14.06.2005 tarihli ve 66-65 sayılı kararı da aynı doğrultudadır. Öte yandan, 5271 sayılı CMK'nın "Yargılama Giderleri" başlıklı 324. maddesinin birinci fıkrasındaki; "Harçlar ve tarifesine göre ödenmesi gereken avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın yürütülmesi amacıyla Devlet Hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler yargılama giderleridir" şeklindeki hüküm uyarınca avukatlık ücreti yargılama giderlerindendir. Bu nedenle, isteme bağlı olmaksızın diğer yargılama giderleri gibi avukatlık ücretine de kendiliğinden hükmedilmesi gerekir. Bu açıklamalar ışığında ikinci uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Katılan ..., taksirle öldürme suçundan sanık ...'ın mahkûmiyetiyle sonuçlanan ceza davasında kendisini vekille temsil ettirdiğinden, bozma sonrası karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.500 TL vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekmekte olup Yerel Mahkemece kendisini vekille temsil ettiren katılan lehine bozma öncesi karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.200 TL vekâlet ücretine hükmedilmesinde isabet bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Yerel Mahkeme direnme kararına konu hükmün katılan vekili lehine karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre vekâlet ücretine hükmolunmaması isabetsizliğinden de bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Gaziantep 9. Asliye Ceza Mahkemesinin 24.02.2015 tarihli ve 558-116 sayılı direnme kararına konu mahkûmiyet hükmünün;

a) Sanık hakkında hükmolunan hapis cezasının adli para cezasına çevrilmemesine ilişkin olarak gösterilen gerekçenin dosya muhtevasına uygun, yasal ve yeterli olmadığı ve sanık hakkında hükmolunan hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

b) Katılan vekili lehine karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre vekâlet ücretine hükmolunmaması,

İsabetsizliklerinden BOZULMASINA,

3- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİ EDİLMESİNE, 12.03.2020 tarihinde yapılan ilk müzakerede Yerel Mahkemece sanık hakkında TCK'nın 50. maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanmamasının isabetli olup olmadığına ilişkin ortaya çıkan ön sorun yönünden yasal çoğunluk sağlanamadığından, 04.06.2020 tarihinde yapılan ikinci müzakerede ön sorun bakımından oy çokluğuyla, ikinci uyuşmazlık bakımından ise oy birliğiyle karar verildi.”

Ceza Genel Kurulu 2011/12-578 E. , 2012/43 K.

• **TAKSİRLE ÖLDÜRME**

• **SAFRA KESESİ AMELİYATININ ÖLÜMLE SONUÇLANMASI**

• **DOKTORUN HATALI AMELİYAT YAPMASI**

- TÜRK CEZA KANUNU (TCK) (5237) Madde 85

- CEZA MUHALEMESİ KANUNU (CMK) (5271) Madde 223
- ADLİ TIP KURUMU KANUNU (2659) Madde 23

"İçtihat Metni"

“Sanık Samet hakkında taksirle ölüme neden olma suçundan açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonucunda, sanığın “taksirle ölüme neden olma suçu açısından kusurunun bulunmaması” gerekçesiyle 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasının 223. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi uyarınca beraatına ilişkin, Ankara 25. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 03.06.2010 gün ve 529–875 sayılı hükmün katılan vekili ile katılma talebi yerel mahkemece reddedilen Nezih vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 12. Ceza Dairesince 05.10.2011 gün ve 11309–2359 sayı ile;

“1- Katılma talebi mahkemece tarafından reddedilen Nezih vekilinin temyiz itirazları üzerine yapılan incelemede; Nezih’in suçtan doğrudan doğruya zarar görme ihtimali olmaması nedeniyle davaya katılma hakkı bulunmadığından temyiz isteminin reddine,

2- Katılan vekilinin temyiz itirazlarına ilişkin olarak,

Katılan vekilinin sanığın kusurlu olduğuna, kusur durumu hakkında yeniden rapor alınması gerektiğine ilişkin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün istem gibi onanmasına” karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 02.12.2011 gün ve 396352 sayı ile;

“26.02.2005 tarihinde sanık tarafından ölenin safra kesesi ameliyatının yapıldığı, ameliyattan bir gün sonra sevk edildiği Ankara Üniversitesi İbni Sina Hastanesi Genel Cerrahi Yoğun Bakım Ünitesinde on gün kontrol altında tutulduktan sonra 09.03.2005 tarihinde öldüğü dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır.

Adli Tıp Grup Başkanlığı 1. İhtisas Kurulunca düzenlenen 24.08.2005 tarih ve 2071 sayılı raporda; Asım’ın ölümünün, tedavi gördüğü kurumun hastane evrakı göz önünde bulundurulduğunda, kolesistektomi esnasında safra gastrointestinal sistem kanamasına bağlı hipovolemi ile perfüzyon bozukluğu ve komplikasyonları sonucu meydana geldiği belirlenmiştir.

Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 23.06.2006 tarih ve 3029 numaralı raporunda ise, 25.02.2005 tarihinde taşlı kese tanısı konularak kapalı yöntemle kolesistektomi uygulamasına gidilmesinin ve yapışıklıklar nedeniyle açık operasyona geçilmesinin tıbben doğru olduğu, kişiye uygulanan kolesistektomi sonrasında postop erken dönemde bilirubinlerin yükselmesi nedeniyle fakülteye sevk edilmesinin yerinde olduğu, fakültede yapılan ileri tetkikler sonucu operasyonda da teyit edilen koledok yaralanmasının ilk ameliyat sırasında oluşmuş olduğu, ancak porselen kese ve anatominin bozulmuş olduğu dikkate alındığında bu tür yaralanmaların olabileceği ve bu gibi durumlarda imkân varsa ameliyat sırasında safra yollarının görüntülenmesi ile bu yaralanmanın azalabileceğinin tıbben bilindiği, safra yollarını görüntüleyebilen kolanjiografi aletinin hastanede bulunmasına rağmen kullanılmamış olduğu, kullanılmasının daha uygun olacağı mütalaa edilmiştir.

Yüksek Sağlık Şurasının 08.01.2010 tarih ve 12395 sayılı raporunda; dosyadaki bilgi, belge ve bulguların değerlendirilmesi sonucu yapılan ameliyatın endikasyonunun doğru olduğu, ameliyat sırasında kolanjiografinin şart olmadığı, ameliyat sonrası gelişen olayın komplikasyon olması nedeniyle Samet Yalçın'ın kusurunun olmadığına, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yapılan işlemler sırasında Hacettepe Tıp Fakültesi Hastanesinde yaptırılan ercp sonrası kanamanın bir komplikasyon olduğu, fakat bu işlem sonrası hasta yatağında iken melenanın fark edildiği 04.03.2005 gününden 07.03.2005 tarihine kadar hastaya müdahale edilmediği, skleroterapi sonrası hastanın hemen ameliyata alınmasının uygun olmadığı, ilk ercp yerine ptk yapılmasının daha iyi olabileceği, komplikasyonlu hastanın komplikasyonunun iyi idare edilmediği, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesindeki sorumluların kusurlu olduğu rapor edilmiştir.

Oluşa dair mahkemece dinlenen tarafsız tanık beyanları birbiriyle uyumluluk ve istikrar arz etmektedir. Ölene ilk müdahaleyi yapan hekim sanığın, ilk ameliyat sırasında, kesilmemesi gereken bir bölüm ile birlikte safra kesesini alması nedeniyle koledok yaralanmasının oluştuğu, tanık olarak dinlenen doktorlar Özlen, Ahmet Nezih ve Sadık tarafından doğrulandığı gibi, Adli Tıp İhtisas Kurulunca ve Yüksek Sağlık Şurasınca tespit edilmiştir. Sanığın yaptığı bu hatayı fark ettiğinde tanıkları arayarak durumu anlattığı ve hastayı sevk ettiği yine tanıklarca beyan edilmiştir. Tanık anlatımlarıyla ve hasta dosyasındaki belgelerle tespit edilen bu olgular, sanık tarafından da itiraz görmemiştir.

Tanıklar, ölenin sanık hekim tarafından yapılan ilk ameliyatın ardından hastanelerine bilirübin düzeyinde yükselme nedeniyle geldiğini, hastayı yoğun bakım ünitesine aldıklarını, sanığın safra kesesi ameliyatı sırasında çıkarılmaması gereken müşterek safra kanalı koledok ile birlikte safra kesesini çıkarmış ve bu nedenle karaciğere büyük hasar vermiş olduğunu tespit ettiklerini, bunu düzeltmek amacıyla ameliyat kararı verildiğini, ameliyatta kendilerinin de yer aldıklarını, ancak karaciğerin büyük hasar görmesi nedeniyle kanamayı durduramadıklarını, ameliyat sırasında koledokta oluşan kesi nedeniyle koledok onarımı operasyonu yapıldığını, ameliyattan sonra hastanın tekrar yoğun bakıma alındığını, bilirübin düzeyinde düşme olmayan hastanın on gün içerisinde öldüğünü beyan etmişlerdir.

Adli Tıp İhtisas Kurulu Raporu ile Yüksek Sağlık Şurası Raporu, ölüm nedeni ve sanığın kusurlu olup olmadığı hususlarında birbiriyle çelişmektedir. Mahkemece Yüksek Sağlık Şurası Raporuna itibar edilmiş ve hükme esas alınmıştır. Ancak Adli Tıp Kurumu Raporlarının neden hükme esas alınmadığı ve her iki rapor arasındaki çelişkiye rağmen sanığın hangi nedenle kusursuz kabul edildiği hususunda herhangi bir gerekçeye dayanılmamıştır. Oysa Yargıtay'ın istikrar kazanan içtihatlarında yer aldığı üzere, Yüksek Sağlık Şurası Kararlarının mahkeme açısından bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Kaldı ki hükümden sonra 22.10.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin 03.06.2010 gün ve 69-79 sayılı kararı ile ceza mahkemelerinin Yüksek Sağlık Şûrasından rapor almaları zorunlu olmaktan çıkarılmıştır. Bu husus, temyiz aşamasında Özel Dairece de gözetilmemiştir.

Mahkemece alınan Adli Tıp Kurumu Raporu ve Yüksek Sağlık Şurası Raporlarından da anlaşıldığı üzere, tıbbi müdahalelerdeki hata ve ihmallerin ölüme neden olduğu sabittir. Ancak bu hata ve ihmallerin hangi aşamada meydana geldiği ve ölüme neden olan hususlarda sanığın kusurunun bulunup bulunmadığı konusunda raporlar arasında çelişki mevcuttur. Mahkemece Adli Tıp Kurumu Raporu ile tespit edilen hususlara ilişkin değerlendirme yapılmamış ve her iki rapor arasındaki çelişki giderilmeksizin Yüksek Sağlık Şurası Raporu hükme esas alınarak sanık kusursuz kabul edilmiş ve beraatine karar verilmiştir.

Teknik ve uzmanlık gerektiren konularda mahkemece uzman kişi ya da heyetlerden alınan görüşlerin dosyadaki delillerle sabit olan maddi olgulara dayanması zorunludur. Aksi takdirde bu görüşlere dayanılarak hüküm verilemez.

Sanığın, ölenin safra kesesinin alınması sırasında kesilmemesi gereken bir bölümle birlikte safra kesesini aldığı ve ölümcül yaranın oluşmasına neden olduğu, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu Raporunda da vurgulandığı üzere oluşabilecek bu tür olumsuz gelişmeleri bilgi ve tecrübesi itibarıyla öngörmesi gerektiği, bu amaçla alınması gereken tedbirler ve göstermesi gereken özen kapsamında kullanma olanağı bulunan teknik cihazları kullanmayarak koledok yaralanmasının oluşmasını engelleyemediği veya minimize edemediği, ölümün bu yaranın neden olduğu kanama ve bunun giderilmesine yönelik operasyonlar sırasında gelişen komplikasyonlar neticesinde meydana geldiği, böylece sanığın kusuru ile meydana gelen ölüm arasında illiyet bağının mevcut olduğu gerek adli tıbbi raporlar ve gerekse tanık anlatımlarıyla desteklenen dosyadaki diğer tıbbi bilgi ve belgelerle sabittir.

Bu itibarla, sanığın taksirle ölüme neden olma suçundan mahkûmiyeti yerine beraatine karar veren yerel mahkeme hükmü ile bu hükmün onanmasına dair Özel Daire ilamı yasaya aykırı olup, hükmün onanmasına dair Özel Daire kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir” görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; ameliyat sonrası meydana gelen ölüm olayında sanığın taksirinin bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Safra kesesinde taş bulunan ölenin Özel Lokman Hekim Hastanesinde genel cerrah olarak görev yapan sanık tarafından ameliyat edildiği, ancak ameliyat sırasında kesilmemesi gereken ana safra kanalı ile birlikte koledogun da kesildiği, ameliyattan bir gün sonra bilirubin değerinin yükselmesi nedeniyle Ankara Üniversitesi İbni Sina Hastanesine sevk edilen ölenin, bu hastanede safra yollarını görüntüleyebilmek amacıyla kendisine ercep –

endoskopik retrogratkolanjiopankreatografi– uygulandığı, incelemeler sonucunda aynı uygulamanın yeniden yapılmasına karar verildiği, ancak ercp cihazının bozulması nedeniyle uygulamanın bu kez Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yapıldığı, daha sonra ilk ameliyatta kesilen kısmın onarılması amacıyla İbni Sina Hastanesinde yeniden ameliyata alındığı, ameliyattan iki gün sonra aynı hastanenin yoğun bakım ünitesinde hayatını kaybettiği, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunca ölüm nedeninin; kolesistektomi esnasında safra kanalı yaralanması sonucu tanı amacıyla yapılan ercp sonrası gelişen gastrointestinal sistem kanaması ve buna bağlı hipovolemi ile perfüzyon bozukluğu ve komplikasyonları olarak belirlendiği,

Sanık tarafından düzenlenen 08.04.2005 tarihli epikriz raporunun;

“Şikâyetçi sağ üst kadranda ağrı, karın şişkinliği, bazen üşüme, titreme, yaklaşık üç dört ay önce akut taşlı kolesistit mirizzi sendromu nedeniyle onbeş gün kadar Gülhane Hastanesine yatırılmış, ameliyat önerilmiş, ancak ameliyatı kabul etmemiş, o tarihlerde miyokard infarktüsü geçirmiş ve stent ile tedavi olmuş, son bir aydır karın ağrıları artmış, 20.02.2005 tarihinde de akut karın ön tanısı ile acil servisimize gelen hastaya acil yapılan tetkiklerinde safra kesesinde taş olduğu, kese duvar kalınlığının normal olduğu görülerek lokositozu olmayan, kc enzimleri ve bilirubinleri normal olan hastaya en yakın zamanda ameliyat olması önerilmiştir.

25.02.2005 tarihinde de kronik kolesistit nedeniyle opere edilmek üzere yatırıldı. Daha önceden geçirilmiş miyokard infarktüsü öyküsü nedeniyle preoperatif risk ve öneriler açısından dâhiliye ve anestezi konsültasyonu yapılarak, ‘genel anestezi ile opere olabilir’ denilen hasta, dâhiliyenin önerisi ile beloctb’i verilerek aynı gün operasyona alındı. Laparoskopik başlanan ameliyat, safra kesesinin ileri derece omentum, mide ve duodenum ile yapışık olması nedeniyle açığa geçildi. Eksplorasyonda kesenin porselen kese olduğu, anatomisinin tamamen bozulmuş olduğu, mirizzi sendromu olabileceği düşünüldü. Yapışıklıklar künt ve keskin diseksiyonlarla giderilmeye çalışıldı. Safra kesesine iki safra kanalının açıldığı görüldü. Yaklaşık üç milimetre genişliğindeki duktusunlucka kanalı olabileceği düşünüldü. Her iki duktus da safra kesesine açıldığı safra kesesine en yakın yerinden bağlanarak kesildi. Sistik arter bulundu, bağlandı ve kesildi. Kese tamamen serbestleştirildikten sonra çıkarıldı. Hemostazı takiben lojsf ile yıkandı. Loja bir adet silastik dren ve aynı zamanda bir adet surcisel yerleştirildi.

Postop genel durumu iyi olan, ancak direkt bilirubinleri yükselen hasta, koledok patolojisi açısından ercp'si olan başka bir sağlık kuruluşuna sevk edilmek üzere taburcu edildi" şeklinde düzenlendiği,

Ankara İl Sağlık Müdürlüğünce yapılan inceleme aşamasında düzenlenen raporda;

"1- Özel Lokman Hekim Hastanesinin fiziki, ameliyathane, laboratuvar ve ekipman şartları, bu tip ameliyatlara yapabilmek için uygun ve yeterlidir.

2- Yapılan ameliyatla ilgili olarak, ameliyat ekibinde bulunan ve klinikte çalışan doktor ve hemşirelerin alınan ifadelerinde ve dosya incelemesinden ihmallerinin olmadığı görülmüştür.

3- Samet'in ameliyat kararında, ultrasonografi bulgularının şiddetli akut kolesistit bulgularını göstermemesi rahatlık vermiş gibi görülmektedir. Laparoskopik başladığı ameliyatı açığa döndürmesi akıllı bir karardır.

Safra kesesi ameliyatlarında koledogun bağlanıp kesilmesi klasik, kitaplara geçmiş, özellikle akut kolesistit ve mirizzi sendromunda karşılaşılabilecek bir komplikasyondur. Ancak ameliyat notundan da anlaşılacağı üzere, koledogun alt ve üst ucunu prepare ettiği, ancak üst ucun çok ince olduğunu görerek bunun koledok değil lümen kanalı olabileceğini düşünerek bağlaması, bu tür vakalarda üst ucun bazen çok ince olabileceğini akla getirip gerekirse keseyi açıp, içinden bir stent sokarak, kontrol ederek yahut o kanala hiç dokunmadan parsiyel kolesistektomiyle (kesenin yarım çıkarılması) yetinmemiştir.

Samet'in postoperatif birinci gün ortaya çıkan bilirubin yükselmesi nedeni ile hastayı epikrizi ile birlikte, büyük bir merkez olan İbni Sina Hastanesine nakletmesi doğru bir karardır.

4- Ankara Üniversitesi İbni Sina Hastanesi dosyasından;

a) Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesindeki ercp'de yapılan papillotominin sebebi anlaşılamamaktadır. Meydana getirdiği kanama nedeniyle patolojinin büyümesine ve hastanın hayatını tehdit etmesine neden olan papillotominin izahı önemlidir.

b) Dosyadan, yirmibir ünite eritrosit süspansiyon ve otuz ünite taze donmuş plazmanın verilış zamanları tam anlaşılamamakta olup, kanama için müdahalede gecikilip gecikilmediğı tespit edilememektedir.

c) Endoskopik skleroterapiyle durduğı söylenen kanamanın ameliyat esnasında yapılacak bir duodenotomi ile kontrolünün yapılip yapılmaması da tartışma konusudur.

Sonuç olarak;

1. Samet tarafından yapılan operasyonda koledogun bağlanması önemli olduğı, ancak erken fark edilince düzeltilmesi mümkün olan, gerekirse perkütan transhepatikkolanjiografi ile eksternal safra drenaj sağlanarak uzun müddet hayatın idame ettirilmesi mümkün olabilecek bir komplikasyon olduğı,

Cumhuriyet savcılığının soruşturma başlatmış olması nedeniyle ikinci bir işleme gerek bulunmadığı,

2. Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi İbni Sina Hastanesi ve Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yapılan girişimlerin zamanında ve endikasyonlu yapılip yapılmadığının belirlenmesi için bu hastane yetkilileriyle ilgili inceleme yapılması gerektiğı,

Ölüm sebebinin, koledok bağlanması hazırlayıcı faktör olmakla birlikte papillotomi sonrası başlayan gis –gastro intestinal sistem– kanaması, şok ve hepatorenal sendrom olduğı” kanaatinin bildirildiğı,

Bu tespit ve değerlendirme üzerine ikinci ameliyatı gerçekleştiren Prof Dr. Nezi Erverdi ile ilgili olarak soruşturma başlatıldığı, ancak hakkında “men’i muhakeme” kararı verildiğı ve bu kararın da Danıştay tarafından onandığı,

Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunca düzenlenen 24.08.2005 tarihli rapora göre;

“Zamanında otopsi yapılarak iç organ değişimleri araştırılmamış olmakla birlikte tedavi gördüğü kurumun hasta evrakı göz önünde bulundurulduğunda ölümün, kolesistektomi esnasındaki safra kanalı yaralanması sonucu tanı amacıyla yapılan ercep uygulaması sonrası gelişen gastrointestinal sistem kanamasına bağlı hipovolemi ile perfüzyon bozukluğu ve komplikasyonları sonucu meydana geldiğı”

Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunca düzenlenen 23.06.2005 tarihli raporda;

“25.02.2005 tarihinde özel bir hastanede; kesede taş, kronik kolesistit ve mirizzi sendromu tanısıyla önce kapalı, daha sonra yapışıklık nedeniyle açık operasyona geçildiği, kolesistektomi operasyonu sonrası direkt bilirubinlerin yükseldiği, ertesi gün de fakülteye sevk edildiği, burada yapılan usg, mrkolanjiopankreatikografi ve ercp sonucu koledokta komplet obstrüksiyon olduğu saptanıp iatrojenik koledok yaralanması düşünülerek operasyon planlandığı, hb 8,5 olan hastanın yapılan replasmanlara rağmen hb 8,8 gelince endoskopi yapıldığı, water papillasından aktif kanama gözlemlendiği, bu nedenle skleroterapi uygulandığı, kanamanın durduğu, 07.03.2005 tarihinde tıkanma sarılığı nedeniyle operasyona alındığı, hepatojejunostomi ve rouxen y jejunostomi yapıldığı, postopgastrointestinal sistem kanaması devam ettiği, multipl organ disfonksiyonu olarak 09.03.2005 tarihinde exitus olduğu bildirilen Asım adına düzenlenmiş adli ve tıbbi belgeler birlikte değerlendirildiğinde;

25.02.2005 tarihinde taşlı kese tanısı konularak kapalı yöntemle kolesistektomi uygulamasına gidilmesinin ve yapışıklıklar nedeniyle açık operasyona geçilmesinin tıbben doğru olduğu, kişiye uygulanan kolesistektomi sonrası postop erken dönemde bilirubinlerin yükselmesi nedeniyle fakülteye sevk edilmesinin de yerinde olduğu, fakültede yapılan ileri tetkikler sonucu operasyonda da teyit edilen koledok yaralanmasının ilk ameliyat sırasında oluşmuş olduğu, ancak porselen kese ve anatominin bozulmuş olduğu dikkate alındığında, bu tür yaralanmaların olabileceği, bu durumda imkân varsa ameliyat sırasında safra yollarının görüntülenebilmesi ile bu yaralanmanın azalabileceğinin tıbben bilindiği, safra yollarını görüntüleyebilmek için kolanjiografi aletinin hastanede bulunmasına rağmen kullanılmamış olduğu, kullanılmasının daha uygun olacağı” sonucuna ulaşıldığı,

Soruşturma aşamasında Genel Cerrahi Uzmanı Prof. Dr. Tuğbay, Gastroenteroloji Uzmanı Prof. Dr. Kadir ve Adli Tıp Uzmanı Dr. Talat’tan oluşturulan bilirkişi heyetinden alınan 11.10.2006 tarihli raporun;

“25.02.2005 tarihinde safra kesesinde taş ve kronik kolesistit ön tanılarıyla özel bir hastanede laparoskopik kolesistektomi yapılmak üzere ameliyata alınan, laparoskopik kolesistektomi esnasında yapışıklıklar nedeniyle açık ameliyata dönülen ve açık kolesistektomi yapılan hastada, operasyon esnasında mirizzi sendromu nedeniyle koledok kanalı yaralanması olduğu anlaşılmıştır. Bu durum laparoskopik kolesistektomi

ameliyatlarında görülebilecek komplikasyondur. Ameliyat esnasında operatörün uygulayabileceği intraoperatif kolanjiografi gibi bir görüntüleme yöntemi bu yaralanmayı gösterebilir. Cerrahın yaranın onarılmasının daha ileri bir merkezde yapılmasını istemesi ve bu amaçla hastayı sevk etmesi doğru bir yaklaşımdır. Burada tanıyı koymaktan çok onarımın doğru ve emniyetli bir şekilde yapılması daha önemlidir.

Daha sonra koledok yaralanması nedeniyle hasta operatör tarafından daha ileri bir merkez olan Ankara Üniversitesi Genel Cerrahi Kliniğine sevk edilmiş, 26.02.2005 günü bu merkeze giriş yapmıştır. Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Kliniğinde yatarken yapılan laboratuvar incelemelerinde ve usg’de, hastada tıkanma sarılığı olduğu düşünülmüş, kesin tanı için 02.03.2006 tarihinde mrkolanjiopankreatikografi yapılmış, intrahepatik safra kanallarında genişleme olduğu, ortak hepatik safra kanalı ve koledok kanalı başlangıcının görülememesi saptanmış, bunun üzerine hastaya 03.03.2005 tarihinde Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Gastroenteroloji Bölümünde tanı ve tedavi amacıyla ercp yapılmış, koledok kanalının zorlukla kanüle edildiği, kanül ile koledok orta kesiminde olan komplet tıkanmanın ilerisine geçilemediği, verilen kontrast maddenin daha ileriye geçemediği saptanmıştır. Bu bulgularla hastada koledok kanalında komplet bir tıkanma olduğu, bu tıkanmanın da daha önce geçirilmiş kolesistektomi ameliyatına bağlı olabileceği düşünülmüş ikinci bir operasyon planlanmıştır. Ancak 04.03.2005 tarihinde hastanın melenası olduğu görülmüş ve yapılan kan sayımında kan değerlerinin düştüğü, hemoglobin seviyesinin 8,5 gr/dl olduğu saptanarak kan verilmiştir. İkinci operasyon bu kanama ve hemoglobin düşüklüğü nedeniyle yapılamamış, 05.03.2005 tarihinde hastanın melenasının devam etmekte olduğu görülmüş, tekrar kan transfüzyonu yapılmıştır. Hastanın genel durumunu düzelttikten sonra 07.03.2005 tarihinde Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Gastroenteroloji Kliniğinde kanamasına yönelik tanı ve tedavi amaçlı endoskopi yapılmıştır. Endoskopide hastanın papilla wateri’nde aktif kanama olduğu görülmüş, kanamayı durdurmak amacıyla o anda papilla wateri’ndeki kanama bölgesine skleroterapi yapılmıştır. Kanamanın durduğunun gözlenmesi üzerine hasta ameliyata alınmış, koledok tıkanıklığı nedeniyle hepatikojejunostomi ve roux-en y jejunajejunostomi ameliyatı yapılmıştır. Postoperatif dönemde hastanın bilirübin değerinin düşmeye başladığı, ancak gastrointestinal kanamanın devam ettiği görülmüştür. 08.03.2005 tarihinde hastanın nazogastrik sondasından ve ameliyat bölgesindeki drenlerinden kan geldiğinin görülmesi üzerine yapılan kan sayımında hemoglobin seviyesi 8,2 gr/dl olarak saptanmış, hastaya kan ve kan ürünleri replasmanı yapılmıştır. Buna rağmen hastanın durumu giderek bozulmuş, hipevolemi ve multipl organ yetmezliği tablosu içerisinde 09.03.2005 günü eksitus olmuştur.

Operasyon sırasında kolanjiografi çekilmesi rutin uygulama olmayıp, bu uygulama ameliyat süresini uzatacağından, narkoz komplikasyonları doğurabilir. Ameliyat sırasında kolanjiografi uygulaması artı maliyet getirmektedir. Bu nedenle kolanjiografi çekilmemesini bir eksiklik olarak görmemek gerekir.

25.02.2005 tarihinde safra kesesinde taş ve kronik kolesistit tanısı ile ameliyata alınan Asım'a yapılan operasyon sırasında koledok kanalı yaralanmasının mirizzi sendromu ve yapışıklıklar nedeni ile ameliyat komplikasyonu olarak kabul edilmesi gerektiği, ameliyat sırasında kolanjiografi kullanılması rutin bir işlem olmadığından operasyonu yapan Doktor Samet'e atfı kabil kusur görülmediği" şeklinde düzenlendiği,

Cumhuriyet savcılığınca yürütülen soruşturma neticesinde, anılan raporlara dayalı olarak sanık hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği, bu kararın itiraz üzerine kaldırıldığı ve taksirle ölüme neden olma suçundan kamu davası açıldığı,

Yerel mahkemenin istemi üzerine Yüksek Sağlık Şurasınca düzenlenen 08.01.2008 tarihli raporda;

"Dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde Doktor Samet'in yaptığı ameliyatın endikasyonunun doğru olduğu, ameliyat sırasında kolanjiografinin şart olmadığı ve ameliyat sonrası gelişen olayın bir komplikasyon olması nedeniyle Samet'in kusurunun olmadığı, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yapılan işlemler sırasında Hacettepe Tıp Fakültesi Hastanesinde yaptırılan ercp sonrası kanamanın bir komplikasyon olduğu, fakat bu işlem sonrası hasta yatağında iken melenanın fark edildiği 04.03.2005'den 07.03.2005 tarihine kadar hastaya müdahale edilmediği, skleroterapi sonrası hastanın hemen ameliyata alınmasının uygun bulunmadığı, ilk ercp yerine ptk –perkütan transhepatikkolanjiografi– yapılmasının daha iyi olacağı, hastanın komplikasyonunun iyi idare edilmediği vechile Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesindeki sorumluların kusurlu olduğu" değerlendirmesine yer verildiği,

Anlaşılmıştır.

Özel Lokman Hekim Hastanesinde yapılan ameliyatta hazır bulunan ve ameliyat sonrası da öleni takip eden tanıklar;

Şule Temel; “Ameliyat hemşiresi olarak ölenin ameliyatında bulundum. Ameliyata laparoskopik olarak başlandı. Ancak sanık, dokuların yapışık olması ve görüntünün düzgün alınamaması nedeniyle risk almak istemediğini söyleyerek açığa döndü. Açığa döndükten sonra olağan dışı bir durum söz konusu olmadı”,

Mihriban; “Ameliyat sırasında sanıktan yardıma ihtiyacı olduğuna ilişkin bir söz duymadım. Laparoskopik olarak başlanan ameliyatta, görüntü iyi olmadığı için açığa döndü. Benden sadece malzeme istendi. Yeni olduğum için sahayı değerlendirecek düzeyde değilim”,

İlknur; “Özel Lokman Hekim Hastanesinde hemşire olarak çalışmaktayım. 26.02.2005 günü saat 08.00–17.00 nöbetimde hastayı teslim aldım. Safra kesesi ameliyatı olduğu için sık takip ediliyordu. Sabah 08.15 gibi sanıkla birlikte hasta odasına gittik. Genel muayene yapıldı ve hastaya şikâyeti olup olmadığı soruldu. Hastanın gaz şikâyeti olduğunu söylemesi üzerine sanık, sık yürümesi gerektiğini söyledi. Bize de eski enfarktüs olduğu için sık ve çok iyi takip edilmesi gerektiğini söyledi ve en ufak şikâyetle mutlaka kendisine haber verilmesini istedi. Hastanın çok şikâyeti olmadı. İki defa biyokimya kontrolü yapıldı ve sonucu sanığa bildirildi. O gün verilen order aynen uygulandı. Hasta aralıklı olarak yürütüldü. Gaz şikâyeti lavmanla çözüldü ve gaitasını yaptı”,

Neslihan; “Özel Lokman Hekim Hastanesinde hemşire olarak çalışmaktayım. 26.02.2005 günü 08.00–17.00 nöbetimde hastayı teslim aldım. Gece safra kesesi ameliyatı olan hastayı geçirilmiş miyokard infarktüsü hikâyesi bulunduğu için sık ve yakın takip ederek sürekli ikaz ettik ve hareket etmesi hususunda sanıkla irtibat halinde olduk. Sanığı kan sonuçları ve genel durumu hakkında bilgilendirdik. Hastanın gaz sorunu vardı. Bu nedenle kendisine lavman yapıldı. İki defa kan tahlili çalışıldı ve sonuçları sanığa iletilti”,

Tülay; “Lokman Hekim Hastanesinde hemşire olarak çalışmaktayım. Asım 25.02.2005 günü 17.00–08.00 nöbetimde saat 23.15’de post-op olarak 309 nolu odaya geldi. Sabaha kadar gerekli rutin takip ve tedavileri yapıldı. Herhangi bir sorun çıkmadı. Sanık, hasta servise alındıktan sonra odaya gelerek order yazdı. Daha sonra servise hastanın yanına geldi ve telefonla da gerekli bilgileri aldı”,

Tülay; “Özel Lokman Hekim Hastanesinde anestezi ve reanimasyon uzmanı olarak çalışmaktayım. 24.02.2005 tarihinde laparoskopik kolesistektomi planlanan hastayı ben

değerlendirdim. Hastanın yapılan muayenesinde ve dâhiliye konsültasyonunda operasyon için düşük ve orta riskte opere olabileceğini hastaya ve doktora belirttim. Operasyonu kabul eden hasta 25.02.2005 günü operasyona alındı. Operasyon sırasında anestezi açısından herhangi bir sorun yaşanmadı ve vaka stabil seyretti. Operasyona laparoskopik başlandı. Bir saat kadar laparaskopi yapılmaya çalışılan vakada dokuların net bir ayrımı sağlanamadığı için açık kolesistektomiye geçildi. Operasyon yaklaşık iki buçuk saat sürdü. Hastanın kardiyak sorunları bulunması nedeniyle cerrahi sahadan ziyade kendi alanımızla ilgilendik. Bu nedenle sanığın vakayla ilgili sıkıntısı olup olmadığı hakkında bilgi sahibi değilim. Operasyondan sonraki gün bilirubin düzeyi yükselmeye başlayınca bunun önemli olabileceğini söyledim”,

Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi İbni Sina Hastanesinde görevli olan ve ölenin bu hastanede gerçekleştirilen ameliyatında da bulunan tanıklar;

Nezih ; “Sanık tarafından safra kesesi ameliyatı sırasında çıkarılmaması gereken müşterek safra kanalı koledok ile birlikte safra kesesi çıkartılmış, bu nedenle sarılık başlamış ve karaciğer büyük hasar görmüştü. Biz bu durumu düzeltmek için ameliyata karar verdik. Ancak karaciğer büyük hasar görmüş olduğundan meydana gelen kanamayı durduramadık ve hastayı kaybettik. Sanık safra kesesini alırken alınmaması gereken bir kısmı aldığı için ölüm meydana gelmiştir”,

Sadık; “Sanık İbni Sina Hastanesinde ihtisas yapmış ve uzmanlık eğitimini almıştı. Daha sonra özel bir hastanede çalışmaya başladı. Hoca olduğumuz için genellikle sıkıştığınız önemli bir konu olursa bizi arayın yardım ederiz şeklinde öğütte bulunuruz. Sanık bir hastaya safra kesesi ameliyatı yapmış ve ameliyat sırasında kesilmemesi gereken bir bölümle birlikte safra kesesini ve ana safra kanalını almıştı. Ancak daha sonra hata yaptığını fark ederek Nezih’i aramıştı. Onun da hastayı bize gönder demesi üzerine hasta bize geldi. Doktor Nezih hastanın durumunu diğer doktorlara ve bana anlatarak nasıl kurtarabiliriz diye sordu. Birlikte ameliyata girdik. Hasta için yapılması gereken her şeyi yaptık ve ana safra kanalını tamir ettik. Karaciğer önceki ameliyat ve ilaçlardan hasar görmüştü. Karaciğer enzimleri de bunu doğruluyordu. Sonuçta hasta kurtulamadı ve iki üç gün sonra vefat etti. Ameliyat yaparken hastanenin teknik donanımı, cerrahın tecrübesi, hastanın ve hastalığın durumuna göre cerrahın hareket etmesi gerekir. Sanık ameliyattaki hatanın hastanemizde olduğunu ima etmektedir. Bu durum gayri ahlakidir ve tıp âlemine uygun bir davranış değildir”,

Özlen; “Asım, Lokman Hekim Hastanesinde ameliyat oldu. Bilirubin düzeyinde yükselme nedeniyle çalıştığım hastaneye gönderildi ve yoğun bakıma alındı. Birkaç gün içerisinde ameliyat oldu. Ameliyatta Prof. Dr. Nezih ve Prof. Dr. Sadık da bulundu. Ben de asistan olarak yer aldım. Ameliyat sırasında koledokta kesi olduğu anlaşıldı ve koledok onarımı operasyonu yapıldı. Ameliyattan sonra hasta tekrar yoğun bakıma alındı. Ancak bilirubin düzeyinde düşme olmadı ve on gün içerisinde öldü”,

Katılan Talip; “Babamın ameliyatı tarihinde İzmir’de idim. Ameliyat günü Ankara’ya gittim. Ameliyatın ertesi günü babamı İbni Sina Hastanesi Yoğun Bakım Servisine kaldırmışlardı. Pazartesi ercp yapıldı. Kanalı göremediler. Tekrar ercp yapılmasına karar verildi. Ancak cihaz bozuldu. Kendi imkânlarımızla Hacettepe Üniversitesi Hastanesinde ercp yaptırıldı. 07.03.2005 tarihinde İbni Sina Hastanesinde ameliyat oldu. Çarşamba günü de vefat etti. Bu süre içerisinde sanık bize bilgi vermekten kaçındı. İkinci ameliyatı yapan İbni Sina Hastanesinden Nezih’den, sanığın olayın başından beri yaptığı hatanın farkında olduğunu ve hastanın durumuyla ilgili devamlı kendisinden bilgi aldığını, ilk ameliyatı yapan sanığın kusurlu olduğunu öğrendik”,

Şeklinde beyanda bulunmuşlardır.

Sanık Samet aşamalarındaki savunmasında; “Asım ilk ameliyattan on üç gün sonra, İbni Sina Hastanesi Genel Cerrahi Bölümünde yatışının onikinci gününde öldü. Ölümün Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesinde yapılan tanısal amaçlı ercp işlemine bağlı kanama, buna bağlı hipovolemi, multiple organ yetmezliğine ve ercp sonucu gelişen kanamaya bağlı olduğu olayla ilgili üzerime düşen sorumluluk çerçevesinde hareket ederek hastayı bilim ve fenne uygun olarak değerlendirip ameliyat yaptım. Ameliyat sırasında gözlemlediğim aşırı anatomik karmaşa ve ilk yirmidört saat içinde koledok hasarı komplikasyonu olabileceği şüphesi üzerine hastayı yakın ve ciddi takip ettim. Tıbben ve fennen yapılması gereken en uygun davranış olarak hastayı referans bir merkez olan Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Genel Cerrahi Bölümüne sevk ettim. Olayda kusurum yoktur”,

Şeklinde savunmada bulunmuştur.

Gerek 765 sayılı Türk Ceza Yasasında, gerekse 5237 sayılı Yasada “öldürme” suçunun taksirle işlenebileceği kabul edilmiştir. 765 sayılı Yasanın 455. maddesinde; “tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizam ve evamir ve

talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne neden olma” şeklinde tanımlanan taksirle öldürme suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 85. maddesinde “taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” biçiminde düzenlenmiş, taksirin tanımı da aynı Yasanın 22/2. maddesinde; “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde yapılmıştır. Bu durumda, taksirli suçlarda gerçekleştirilen haksızlıklarda da fail iradi davranmakta, ancak, hukuken önem taşımayan bir neticeyi öngörürken, hukuken önem taşıyan başka bir neticenin meydana gelmesine neden olmaktadır. Öngörülemeyen bu neticenin meydana gelmesine failin objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sebep olmakta dolayısıyla taksirli suçun haksızlık unsuru, dikkat ve özen yükümlüğünün ihlali oluşturmaktadır.

5237 sayılı Yasanın getirdiği sistemde, taksirli haksızlıktan dolayı sorumluluk için fail kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek halde olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır.

Taksir, öğretide; failin suç tipindeki neticeye yönelik kast içerisinde olmadan ve fakat zorunlu olduğu özeni gösterdiği takdirde neticenin meydana gelmesi olanaklı bulunmayan hallerde tespit edilmiş suç tipini hukuka aykırı olarak ihlal etmesi hali olarak tanımlanmıştır. (Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, c.2, s. 336; Turan Tufan Yüce, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s. 59; Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, c. 1, s. 501)

Uygulamada da; Ceza Genel Kurulunun birçok kararında da taksirin unsurları;

- 1- Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması,
- 2- Hareketin iradi olması,
- 3- Neticenin iradi olmaması,
- 4- Hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması,

5- Neticenin öngörülebilir olmasına rağmen öngörülememiş olması, şeklinde kabul edilmektedir.

5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasının “Bilirkişinin Atanması” başlıklı 63. maddesinde;

1) Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez.

2) Bilirkişi atanması ve gerekçe gösterilerek sayısının birden çok olarak saptanması, hâkim veya mahkemeye aittir. Birden çok bilirkişi atanmasına ilişkin istemler reddedildiğinde de aynı biçimde karar verilir.

3) Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı da bu maddede gösterilen yetkileri kullanabilir” şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde; “Bilirkişi, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü ya da yazılı olarak vermesi için başvurulmuş gerçek veya tüzel kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle denilebilir ki, sahip bulunduğu uzmanlık bilgisiyle mahkemeye bir ispat sorununda yardımcı olup, raporu kanıt değil, delil değerlendirmesi aracı olan bilirkişiye başvurmanın amacı, “çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde görüş alınmasıdır”. Bununla birlikte ceza yargılamasında bilirkişi kendiliğinden bir rol edinmez. Bir sorunun ne zaman uzmanlığı ya da özel veya teknik bir bilgiyi gerektirip gerektirmediğine bilirkişi görevlendirmekle yetkili olan Cumhuriyet savcısı veya hâkim karar verecektir.

Anılan düzenlemeler uyarınca hâkim, çözümü ancak özel veya teknik bir bilgi gerektiren hâllerde bilirkişi dinleyebilir veya rapor isteyebilir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuksal bir bilgi ile çözümü olanaklı bulunan konularda ise bilirkişiye başvurmayacaktır. Yasa koyucunun uzmanlığa, özel veya teknik bir bilgiye ihtiyaç bulunduğunu baştan kabul ettiği “akıl hastalığı, parada sahtecilik, moleküler genetik

inceleme” gibi hususlar dışında hâkimin bilirkişi raporu alması zorunluluğu bulunmadığı gibi, bilirkişi raporları da mahkemeleri bağlayıcı nitelikte değildir.

Ölümle sonuçlanan ameliyat sürecinde cerrah olan ve ameliyatı gerçekleştiren sanığın kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun uzmanlık gerektiren özel ve teknik bir konu olduğu açık ise de, bu hususta düzenlenen bilirkişi raporlarının mahkemelerin delilleri serbestçe takdir yetkisini elinden almayacağı bilinmektedir.

Nitekim bu husus, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Yasasının 23/C–3. maddesinde; “Adli Tıp Genel Kurulu kararları nihai olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki yetkilerini kısıtlamaz” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Safra kesesinde taş bulunan ölenin özel hastanede genel cerrah olarak görev yapan sanık tarafından laparoskopik yöntemle kapalı olarak başlanan, ancak dokuların yapışık olması ve iyi görüntü alınamaması nedeniyle açığa dönülerek gerçekleştirilen ameliyatı sırasında, hastanede bulunan görüntüleme cihazının kullanılmaması, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu raporunda bu tür ameliyatlarda anılan cihazın kullanılmasının iyi olacağının belirtilmesi, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunca da ölüm nedeninin, “kolesistektomi esnasındaki safra kanalı yaralanması sonucu tanı amacıyla yapılan ercp uygulaması sonrası gelişen gastrointestinal sistem kanamasına bağlı hipovolemi ile perfüzyon bozukluğu ve komplikasyonları” olduğunun tespit edilmesi karşısında ölüm olayında temel olgunun sanık tarafından yapılan ameliyat esnasındaki koledok kanalı kesisi olduğunun kabul edilmesi gerektiği, ilk ameliyatta görev yapan tanıkların, sanığın ameliyata laparoskopik yöntemle kapalı olarak başladığını, ancak ilerleyen süreçte dokuların yapışık bulunması ve iyi bir görüntü sağlanamaması nedeniyle risk almak istemediğini belirterek açık ameliyata geçildiğini beyan etmeleri, sanığın da öleni İbni Sina Hastanesine sevk ederken düzenlemiş olduğu epikriz raporunda, “safra kesesine iki adet kanalın açıldığını, lucka kanalı olabileceğini düşündüğü kanalı kestiğini” belirtmesi, Ankara İl Sağlık Müdürlüğünce yürütülen idari soruşturma aşamasında düzenlenen raporda, “bu tür vakalarda üst ucun bazen çok ince olabileceğini akla getirip, gerekirse keseyi açıp içinden bir stent sokarak, kontrol ederek, yahut o kanala hiç dokunmadan kesenin yarım çıkarılması ile yetinmemiştir” belirlemesine yer verilmesi, bu tespitten sanığın lucka kanalı olduğunu değerlendirerek kestiği kanalın aslında koledok olduğu ve görüntüleme cihazının

kullanılması halinde bu durumun anlaşılabilceğı, İbni Sina Hastanesindeki ikinci ameliyatı gerçekleştiren Prof. Dr. Nezih ve Prof. Dr. Sadık'ın, "sanığın ilk ameliyat esnasında hata yaptığını ve kesilmemesi gereken bir bölümü kestğini fark edip kendilerini aradığını" şeklindeki beyanları, Genel Cerrahi Uzmanı Prof. Dr. Tuğbay, Gastroenteroloji Uzmanı Prof. Dr. Kadir ve Adli Tıp Uzmanı Dr. Talat'dan oluşturulan bilirkişi heyeti raporunda da; "operasyon esnasında mirizzi sendromu nedeniyle koledok kanalı yaralanması oluştuğı, bu durumun laparoskopik kolesistektomi ameliyatlarında görülebilecek bir komplikasyon olduğu, ameliyat esnasında operatörün uygulayabileceğı intraoperatif kolanjiografi gibi bir görüntüleme yönteminin bu yaralanmayı gösterebileceğı" açıklaması karşısında; sanığın, kendi bilgi ve tecrübesine güvenip, hastanede bulunan kolanjiografi görüntüleme cihazını kullanmayarak laparoskopik yöntemle kapalı olarak başladığı, ancak yeterli görüntü alınamaması nedeniyle açık şekilde gerçekleştirdiğı ameliyat esnasında, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek koledok kanalını lümen kanalı zannedip kesmesi neticesinde gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelen ölüm olayında kusurlu olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, sanığın taksirle öldürme suçundan cezalandırılması yerine kanıtlara ve dosya içeriğine uygun olmayan gerekçeyle beraatına karar veren yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetli bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyeleri ise; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddi yönünde karşıoy kullanmışlardır

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 05.10.2011 gün ve 11309–2359 sayılı onama kararının KALDIRILMASINA,

3- Ankara 25. Asliye Ceza Mahkemesinin 03.06.2010 gün ve 529–857 sayılı kararının sanığın taksirle ölüme neden olma suçundan cezalandırılması yerine beraatına karar verilmesi isabetsizliğinden BOZULMASINA,

4-Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 07.02.2012 günü yapılan ilk müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından, 14.02.2012 günü yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2022/1555 E. , 2022/5588 K.

• "İçtihat Metni"

Hakimlik : ... 1. Sulh Ceza Hakimliği

“Taksirle bir kişinin yaralanmasına neden olma suçundan şüpheli .hakkında yapılan soruşturma evresi sonunda ... Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 13/04/2021 tarihli ve 2019/29263 soruşturma, 2021/9285 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itirazın reddine ilişkin mercii ... 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 05/05/2021 tarihli ve 2021/3395 değişik ... sayılı kararını kapsayan dosya incelendi. Dosya kapsamına göre, müşteki ...'in vekili tarafından yapılan şikayette özetle, müştekinin 30/08/2019 tarihinde Hastanesinde normal doğum yaparak bebeğini dünyaya getirdiği, doğum sonrasında kadın doğum uzmanı şüpheli doktor .'nın epizyo hattının dışında bir yerde nedenini bilmediği makas darbesi sonucu rektovajinal fistüle neden olduğu, gerekli tedavi protokolünü uygulamadığı, genel cerrahi getirmedeği, ne müştekiyi ne de ailesini bilgilendirmediği, vücudunda geçmeyecek izlerin olduğu, daha sonraki hamileliklerinde normal doğum yapamayacak hale geldiği, ağır maddi ve manevi kayıplara neden olduğu iddiaları ile yapılan şikayet üzerine yapılan soruşturma neticesinde ... Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de; Anılan soruşturma kapsamında Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 7. İhtisas Kurulu'nun 20/11/2020 tarihli ve 5240 sayılı raporunda yer alan, "30.08.2019 tarihinde Hastanesi'nde yapılan mediolateral epizyotomi ile normal vajinal doğum işleminin endikasyon ve tekniğinin uygun olduğu, sezaryen endikasyonu bulunduğu dair tıbbi bir bulgu tespit edilmediği, bu tür operasyonlar sırasında her türlü dikkat ve özene rağmen rektum yaralanması gelişmesinin komplikasyon olarak nitelendirildiği, rektumda anüste 1 cm lik mesafede 0.5 cm lik defekt saptandığı, onarım işlemi için genel cerrahi konsültasyonu istenmemesi ve tamir işleminin Genel Cerrahi Uzmanı yerine, Kadın Doğum Uzmanınca yapılmış olmasının uygun olmadığı, bununla

birlikte 9 gün sonra geliştiği bildirilen rektovajinal fistülün rektumun primer onarımı ameliyatının her türlü dikkat ve özene rağmen görülebilecek bir komplikasyonu olarak değerlendirildiği ve onarım ameliyatının genel cerrahi tarafından yapılması durumunda da gelişebileceği komplikasyonun gelişmesi sonrası kişinin farklı ... kuruluşlarına başvurduğundan ilgili hekimin takibinden çıktığı oy birliği ile mütalaa olunur." şeklindeki değerlendirmeler nazara alındığında, onarım işlemi için genel cerrahi konsültasyonu istenmemesi ve tamir işleminin Genel Cerrahi Uzmanı yerine, Kadın Doğum Uzmanınca yapılmış olmasının uygun olmadığı şeklindeki değerlendirme karşısında, şüphelinin üzerine atılı suça ilişkin delillerin takdir ve değerlendirmesinin mahkemesince incelenmesi gerektiği gözetilmeksizin, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara yönelik itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek ... Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 12/01/2022 gün ve 94660652-105-55-16369-2021-Kyb sayılı yazılı istemlerine müsteniden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 27/01/2022 gün ve 2022/9248 sayılı ihbarnamesi ile daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla; Dosya incelenerek gereği düşünüldü:Tüm dosya kapsamında, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 7. İhtisas Kurulu'nun 20/11/2020 tarihli raporundaki tespitlerin dosya içeriği ile uyumlu olduğu, sanık tarafından gerçekleştirilecek ameliyattan önce, onarım işlemi için genel cerrahi konsültasyonu istenmemesi ve tamir işleminin Genel Cerrahi Uzmanı yerine, Kadın Doğum Uzmanınca yapılmış olmasının uygun olmadığı ancak anılan ameliyattan 9 gün sonra geliştiği bildirilen rektovajinal fistülün, rektumun primer onarımı ameliyatının her türlü dikkat ve özene rağmen görülebilecek bir komplikasyonu olarak değerlendirildiği ve onarım ameliyatının genel cerrahi tarafından yapılması durumunda da gelişebileceğinin bildirildiği gözetildiğinde, sanık hekim tarafından meslekî özen yükümlülüğüne uygun şekilde gerekli tıbbî tetkik ve tedaviler zamanında gerçekleştirilmiş olsa dahi şikayete konu rektovajinal fistülün oluşmayacağına tıbben kesin olmadığı, bu suretle sanık hekimin tıp kurallarına aykırı eylemi ile ölüm neticesi arasında illiyet bağı kurulamayacağı gibi neticenin sanık hekime objektif olarak isnat edilmesinin de mümkün olmadığı anlaşıldığından kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itirazı reddeden değişik ... kararı yerinde görülmekle, Kanun yararına bozma talebine dayanılarak düzenlenen ihbarnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görülmediğinden, ... 1.Sulh Ceza Hâkimliğinin, 05/05/2021 tarihli ve 2021/3395 sayılı değişik ... kararına yönelik kanun yararına bozma talebinin CMK'nın 309. maddesi uyarınca REDDİNE, müteakip işlemlerin mahallinde yapılmasına, dosyanın mahalline gönderilmesi

için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 13/09/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2022/1904 E. , 2022/5969 K.

• "İçtihat Metni"

Mahkemesi:Asliye Ceza Mahkemesi

“Taksirle yaralama suçundan sanığın beraatine ilişkin hüküm, katılan tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine incelenen dosya kapsamına göre katılanın beraat kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğuna ilişkin temyiz itirazlarının reddine; ancak;1992 yılında fitik ve 1999 yılında apendektomi ameliyatları geçirmiş katılan ...'ün, sağ kasıkta şişlik ve ağrı şikayetiyle, . Devlet Hastanesi Genel Cerrahi Servisine başvurduğu, yapılan muayenesi sonucu sağ nüks inguinalherni tanısıyla, 23/06/2011 tarihinde dosyamızın sanığı genel cerrahi uzmanı operatör doktor ... tarafından spinal anestezi altında fitik ameliyatının gerçekleştirildiği, 27/06/2011 tarihinde, 3 gün sonra kontrole gelmek üzere taburcu edildiği, 30/06/2011 tarihinde yapılan kontrolde sağ testisinde çekilme görülmesi üzerine üroloji kliniğine yönlendirildiği, burada yatış önerisinde bulunduğu öneriyi kabul etmeyen katılanın, 01/07/2011 tarihinde . Hastanesine testiste ağrı şişlik şikayeti ile başvurduğu, testis torsiyonu veya meche bağlı spermatik kord basısı ön tanısı ile 05/07/2011 tarihinde gerçekleştirilen ameliyatla testislerden birinin alınmasıyla neticelenen olayda;Yüksek ... Şurasının oybirliğiyle alınan 24-25/10/2013 tarihli kararında, sanık doktor tarafından gerçekleştirilen inguinalherni onarımının yanında yaptığı hidrosel müdahalesinin, ... Bakanlığı Genel Cerrahi Uzmanlık Eğitimi müfredatına uygun olduğu, dosya incelenmesinden varikosele yönelik bir girişimin yapılmadığı, meydana gelen testis nekrozunun bu tür ameliyatlarda meydana gelebilecek komplikasyonlardan olduğundan bahisle sanığın kusursuz olduğunun bildirildiği ve Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun oybirliğiyle neticeye varılan 12/10/2015 tarihli raporunda da, ... 25 Aralık Devlet Hastanesinde Genel Cerrahi Uzmanı Dr. ... tarafından 23/06/2011 tarihinde yapılan sağ kasık fitiği ve hidrosel ameliyatının endikasyonu bulunduğu, ameliyatın cerrahi normlara uygun olarak gerçekleştirildiği, ameliyat sonrasında gelişen testis atrofisinin gösterilecek dikkat ve

özene rağmen ortaya çıkabilen ve kusur izafe edilemeyen komplikasyon olarak nitelendirildiği, komplikasyon yönetiminde sorun olmadığı cihetle sanığa atfı kabil ihmal ya da kusur bulunmadığının belirtildiği gözetildiğinde, neticenin olayda kusuru bulunmayan sanık hekime objektif olarak isnat edilmesinin mümkün olmadığının anlaşılması karşısında, mahkemece sanığın kusuru olmadığından bahisle hakkında CMK'nın 223/2-c maddesi gereğince beraat kararı verilmesi gerekirken, CMK'nın 223/2-e maddesine dayanılarak beraat kararı verilmesi, Kanuna aykırı olup, katılanın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu nedenle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak yeniden yargılamayı gerektirmeyen bu konularda, aynı Kanunun 322. maddesi gereğince karar verilmesi mümkün bulunduğundan, aynı maddenin verdiği yetkiye istinaden hükmün 1. fıkrası hükümden çıkartılarak yerine "suçu bakımından sanığın kusurlu olmadığı anlaşıldığından "CMK'nın 223/2-c maddesi gereğince beraatine" ibaresinin eklenmesi suretiyle, sair yönleri usul ve Kanuna uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 27/09/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

12. Ceza Dairesi 2021/9436 E. , 2022/6064 K.

• "İçtihat Metni"

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Görevi kötüye kullanma

"Görevi kötüye kullanma suçundan sanık hakkında açılan kamu davasının zaman aşımı nedeniyle düşürülmesine ilişkin hüküm, katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Olay tarihinde 74 yaşındaki ...'e 03/02/2009 günü Özel Kadioğlu Hastanesinde lazer prostadektomi operasyonu uygulandığı, bu işlem sırasında rektum perforasyonu gelişmesi üzerine operasyonu yapan üroloji doktoru ... tarafından ameliyattan yaklaşık yarım saat sonra hasta kontrol edildiğinde yatağında kan lekesinin görüldüğü, muayenede makatından kan aktığı görülünce hastanın MR çekilerek labarutuvaya gönderildiği, yapılan inceleme sonunda kalın bağırsak delinmesi olarak bilinen komplikasyonun geliştiğinin öğrenildiği, hastadaki akciğer yetmezliği ve yaşı da dikkate alınarak aynı gün Okmeydanı Eğitim Araştırma Hastanesine sevk edildiği, bu hastanede görevli genel cerrah sanık ... tarafından hastanın 2.

cerrahi kliniğine yatırıldığını, 19:09'da homogram, biyokimya ve elektolitlerin istendiği, 04/02/2009 günü saat 02:15 – 05:15'de tam kan tetkikleri yapıldığı, saat 08:00'de üroloji konsültasyonu ve devam eden saatlerde tetkikler yapılırken saat 10.30'da hastanın genel durumu bozulduğu, yoğun bakıma alındığı ve saat 14:00 – 15:45 arasında ameliyat edildiği ve ameliyat sonrası 05/02/2009 günü saat 05:00'de öldüğü bildirilen kişi hakkında düzenlenenmiş adli ve tıbbi belgelerde bulunan veriler birlikte değerlendirildiğinde; Adli Tıp 1.İhtisas Kurulunun 13.10.2010 tarih 3361 Karar sayılı raporunun sonuç kısmına göre; kronik kalp damar ve akciğer hastalığı olan kişinin ölümünün prostatdektomi operasyonu sırasında gelişen mesane ve rektum perforasyonu ve komplikasyonları sonucu ölmüş olduğu, bu tür ameliyatlarda mesane ve rektum perforasyonu beklenir komplikasyonlardan olup ameliyat sonrası perforasyonun zamanında fark edilmiş olduğu, ancak yoğun bakım ünitesi olan bir hastaneye sevkini geç yapıldığı, (saat 17.00'de) ve sevk edildiği Okmeydanı Hastanesinde'de 04.02.2009 günü saat 14.00'de ameliyata alındığı dikkate alındığında, Okmeydanı Hastanesindeki müdahalede'de gecikmenin olduğu, ancak zamanında sevk ve erken müdahale edilmiş olması halinde'de kronik hastalıkları itibariyle kurtulmasının kesin olmadığı oy birliğiyle belirtilmiş olup;

Tüm bu belirlemeler karşısında; sanık hakkında taksirle bir kişinin ölümüne neden olmak suçundan açılan kamu davasının yapılan yargılaması sırasında, her ne kadar dosyada içeriğine göre sanığın kusurlu eylemi ile ölüm nedeni arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı tereddütsüz ve şüpheden uzak bir şekilde kurulamadığı, bu nedenle, sanığın eyleminin “taksirle öldürme” suçunu oluşturmayacağı, ancak Adli Tıp raporunda'da belirtildiği üzere sanığın “hastanın ameliyatında gecikme” şeklindeki eksik ve kusurlu eyleminin TCK'nın 257/2. maddesindeki ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu anlaşılmakla;

Sanığa isnat edilen ve daha ağır bir suç oluşturma ihtimali bulunmayan eylem, 5237 sayılı TCK'nın 257/2. maddesinde yaptırıma bağlanmış olup, anılan suçun TCK'nın 66/1-e. maddesi uyarınca 8 yıllık zaman aşımına tabi olduğu, dava zaman aşımını kesen nedenlerin varlığı halinde süre yeniden işlemekte ise de, bu sürenin 67/4. maddesi uyarınca en fazla yarı oranında uzayacağı, soruşturma izninin talep edildiği 16/06/2011 tarihi ile izin kararının itiraz incelemesinden geçerek kesinleştiği 18/11/2011 tarihi arasındaki sürede zaman aşımı durmuş ise de; suç tarihi olan 05/02/2009 tarihinden itibaren TCK'nın 66/1-e ve 67/4. maddelerinde öngörülen 12 yıllık zaman aşımı, durma süresi de hesaplandığında karar tarihi itibariyle gerçekleşmiş olmakla, mahkemece düşme kararı verilmesinde isabetsizlik

bulunmadığından, katılan vekilinin, zaman aşımının söz konusu olamayacağına, sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, davanın düşmesine ilişkin hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA, 29.09.2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2021/5697 E. , 2022/2156 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle yaralama

Hüküm: Her bir sanık için ayrı ayrı; TCK’nın 89/1, 2.a-e, 62. maddeleri uyarınca mahkumiyet

“Taksirle yaralama suçundan sanıkların mahkumiyetine ilişkin hüküm sanıklar müdafileri ve katılanlar vekili tarafından temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü:

5271 sayılı CMK’nın 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanunun 24. maddesi yeniden düzenlenmiş olan "Basit Yargılama Usulü" başlıklı 251. maddenin 1. fıkrasında yer alan "Asliye Ceza Mahkemesince iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanıp uygulanmama takdirinin mahkemeye bırakıldığı, temyizen incelenen kararda mahkemece genel hükümlere göre yargılamaya devam edilip karar verildiği gözetildiğinde mahkemenin uygulama yapılmayacağını ilişkin takdirinin olduğu anlaşılmakla, yapılan incelemede;

Bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre,

Katılan ...’nin sağ tarafta inmemiş testis hikayesi ile üroloji servisine yatırıldığı; ayrıca adenoid vejetasyon (geniz eti) nedeniyle KBB ile birlikte ortak ameliyat planlandığı, olay günü olan 24.05.2010 tarihinde ameliyat edildiği, sağ orşiopeksi ve sünnet uygulandığı,

aynı seansta adenoidektomi uygulandığı, sünnet esnasında kullanılan elektrokotere bağlı penisin glansında ve prepisyumda yanık geliştiği tespit edildiği, katılan küçükte meydana gelen yaralanmanın niteliğini tespit amacıyla, dosya İstanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2. İhtisas Kuruluna gönderildiği; Kurulun 19/12/2014 Tarih ve 9093 Karar nolu raporunda; dosya içeriğindeki tıbbi belgeler ve ifadelerden mağdurun penisinde mevcut lezyonların koter yanığı sonucu oluştuğunun, sünnet işlemi için koter kullanıldığının, koter kullanımı esnasında glans peniste yanık oluştuğunun, bu yanığın farkedilmesi üzerine plastik cerrahi konsültasyonu istendiğinin, sonrasında plastik cerrahi ve üroloji hekimleri tarafından takiplerinin yapıldığının, bu tür işlemler sırasında monopolar elektro koter kullanılmasının risklerinin tıbben bilindiğinin ve günümüz tıbbında kullanılmasının önerilmediğinin, elektro koter kullanımıyla oluşan doku kaybı ile karakterize anatomik kaybın tıbbi uygulama hatası sonucu oluştuğunun kabulünün gerektiğinin, sünnet işlemi sonrasında peniste oluşan doku efektini gidermeye yönelik tüm işlemlerin uygun teknikle ve zamanında yapıldığının anlaşıldığının ve işlemde sorumlu üroloji uzmanının kusurlu bulunduğu, meydana gelen klinik tabloda kişinin yaşamını tehlikeye sokacak nitelikte olduğunun, basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olmadığı, glans penisteki kaybın duyularında veya organlarından birinin işlevinde sürekli zayıflama niteliğinde olduğunun belirtildiği, sanıkların eylemleri sebebiyle taksirle yaralama suçunu işledikleri sübut bulmuş olmakla, eylemlerine uyan 5237 sayılı TCK'nın ilgili maddeleri uyarınca, davranışlarının suçun meydana gelmesindeki etkisi, belirlenen kusur derecesi ile suçun işlenmesindeki biçim ve özellikler, suçun önem ve değeri, eyleminin meydana getirdiği neticeler bakımından mahkemenin kabul ve takdirinde bir isabetsizlik görülmemiştir.

Bozmaya uyularak yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılanlar vekilinin, sanıklar ... ve ... müdafii, ve sanık ... müdafinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, sair yönleri usul ve Kanuna uygun bulunan hükmün isteme uygun olarak, ONANMASINA; 21.03.2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2021/1579 E. , 2021/6613 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle öldürme, görevi ihmal

Hüküm: Beraat

“Taksirle öldürme ve görevi ihmal suçlarından sanıkların beraatine ilişkin hükümler, katılan tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü: 1986 doğumlu katılan ...’in 29/07/2012 tarihinde 89313 protokol no ile Mersin Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesine miadında ağırlı gebe olarak yatırıldığı, ilk gebeliği olduğu, saat 14.30’da yapılan vajinal muayenede rahim ağzı açıklık 1 cm, ÇKS, su kesesi ve kontraksiyon (+) olduğu, normal doğum kararı alındığı, lavman yapıldığı, NST’ye bağlandığı, saat 14.45’ten saat 24.00’e kadar saat başı çocuk kalp sesi (ÇKS) dinlendiği, ÇKS: 127 ile 140 arasında seyir ettiği, saat 19.00 ve 23.00’te NST çekildiği, 30/07/2012 tarihinde saat 01.00’den saat 07.00’ye kadar ÇKS bir saat ara ile dinlendiği, 128 ile 140 arasında seyir ettiği, saat 07.00’de NST çekildiği, propes vajinal uygulandığı, 4x1 NST ordere edildiği, (saat 07,13,19,01) saat 07.30’da ÇKS:138 olduğu, saat 08.00’de ÇKS:136, saat 12.00’de ÇKS:140 olduğu, saat 13.00’te ÇKS:138, saat 13.50’de 144 olduğu, saat 14.00 ile 16.00’ya kadar her 30 dakikada bir ÇKS dinlendiği, ÇKS:142 ile 152 arasında olduğu, saat 16.20’de Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı sanık Dr. ... tarafından yapılan vajinal muayenede kollum açıklığı 2 cm, silinme %50, ÇKS:148, su kesesi (+) olduğu, saat 17.00’de ÇKS:136 olduğu, saat 18.00’de sanık ebe...tarafından yapılan vajinal muayenede açıklık 4-5 cm, ÇKS:152, su kesesi (+) olduğu, saat 18.00’den saat 23.30 kadar her 30 dakikada bir ÇKS dinlendiği, ÇKS:141 ile 165 arasında olduğu, saat 23.30’da yapılan muayenede dilatasyon 4-5 cm, ÇKS:140 olduğu, 31/07/2012 saat 01.30’da yapılan vajinal muayenede kollum açıklığı 5-6 cm, ÇKS:134 olduğu, saat 02.00’den saat 04.00’e kadar her 30 dakikada bir ÇKS dinlendiği, ÇKS:140 ile 148 arasında olduğu, saat 04.30’te sanık ebe...tarafından yapılan vajinal muayenede açıklık 7-8 cm, ÇKS:138, su kesesi (+) olduğu, saat 05.00’te ÇKS:140, 05.30’da 142, saat 06.00’da açıklık 8-9 cm ÇKS:138, su kesesi (-) olduğu, saat 06.30’da ÇKS:144, olduğu, saat 07.00’de yapılan muayenede vajinal açıklık 8-9 cm ÇKS:156 olduğu, saat 07.30’da ÇKS:142, saat 08.00’de sanık ebe ... tarafından hastanın takibinin devralındığı

ve ÇKS: 136 olduğu, saat 08.20'de rahim ağzı tam açık, ÇKS:110 olduğu, saat 08.25'te ÇKS biradikardik olduğu, 31/07/2012 tarihinde saat 08.35'te normal vajinal doğum ile 1. dakika apgarı 1 olan 5. dakika apgarı 1 ve 10 dakika apgarı 2 olan mekonyumlu, boynuna 1 kez kordon dolanmış 2850 gr. ağırlığında canlı bir bebek doğurtulduğu, Çocuk Hastalıkları Uzmanı Dr. Metin Karakoç tarafından yapılan muayenede spontan solunumu olmadığı, kardiyak nabız 100'ün altında, reflekslerin alınamadığı, bebek aspire edildiği, PBV uygulandığı, O2 verildiği, kalp masajı yapıldığı, damar yolu açıldığı, adrenalin, atropin yapıldığı, bebek transport küvezle Y.D.Y.B teslim edildiği,

Mersin Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezinin 31/07/2012 doğumlu Bebek ...adına düzenlenmiş 31/07//2012 giriş ve 24/09/2012 çıkış tarih ve 1933504 dosya noluepkriz raporunda: Öykünde: 26 yaşındaki annenin 1. gebeliğinden 1. yaşayan olarak NSVD ile miadında 2820 gram olarak doğduğu, doğum sonrası resüsitasyon uygulanıp kalp masajı yapıp adrenalin ile geri dönen hasta entübe edilerek asfiksi ön tanısı ile acil servisten YYBÜ'ye yatışı yapıldığı, fiziksel muayene: genel durumu kötü entübe ateş: 37,2 nabız: 112 KB: 46/8, her iki akciğer solunuma eşit katıldığı KVS 2/6 pansistolik üfürüm olduğu, hasta asfiksi tanısı ile Çocuk Hastanesinden yeni doğan yoğun bakım ünitesine 31/07/2012 tarihinde kabul edildiği, enfeksiyona yönelik hastaya ampicilin ve gentamisin tedavisi başlandığı, hastaya baş soğutma tedavisi başlandığı, antübe olan hasta mekanik ventilatöre bağlandığı, bakılan tetkiklerinde karaciğer ve böbrek fonksiyonları yüksek saptandığı, Pt. APTT değerleri yüksek olan hastaya düzenli 2 ünite TDP başlandığı, ürik asit değeri yüksek olan hastaya ürokoliz tedavisi başlandığı, tansiyon değerleri düşük seyreden hastaya dopamin tedavisi başlandığı, oral olarak beslenemeyen hastaya TPN başlandığı, mekanik ventilatörde izlenen oral beslenmeyen baş soğutma tedavisi uygulanan ve multipl organ yetmezliği olan hasta 3. basamak yenidoğan yoğun bakım hizmeti aldığı, 01/08/2012'de hastanın baş soğutma tedavisi devam edildiği, hastanın tansiyon değerlerinin sınırda olması nedeni ile total mayisi artırıldığı, Pt. APTT değerleri yüksek olan hastaya düzenli 2 ünite TDP verildiği, hasta mekanik ventilatörde izlenmeye devam edildiği, mekanik ventilatörde izlenen oral beslenmeyen baş soğutma tedavisi uygulanan ve multipl organ yetmezliği olan hasta basamak yenidoğan yoğun bakım hizmeti aldığı, 03/08/2012 hasta mekanik ventilatörde izlenmeye devam edildiği, hastaya baş soğutma tedavisi 3 güne tamamlanıp kesildiği, hastanın ısısı 0.5 derece olarak artırıldığı, tansiyon değerleri iyi olan hastanın dopamini kesildiği, trombosit: 10.000 olan hastaya 1 ünite trombosit aferezsüsp verildiği, hastanın kandan bakılan Na:125 meg/lt olması nedeniyle hastadan uygunsuz ADH düşünülen hastanın idrar Na'mu gönderildiği, iv mai 50 cc/kg/gün'e kısıldığı, hasta entübe takip

edildiği, hastanın bakılan enfeksiyon parametrelerinde yükselme olması nedeni ile çocuk enfeksiyonun önerisi ile hastanın gentamisin tedavisi kesilerek hastaya sefotaksim tedavisi başlandığı, evre 3 asfiksi ve çoklu organ yetmezliği nedeni ile 3. basamak yenidoğan yoğun bakım hizmeti aldığı, 08/08/2012 hastanın rezidüleri olmasından dolayı hastanın beslenmesi drip infüzyona geçildiği, hastanın AEG'de nöbet aktivitesi olması nedeni ile hastaya fenitoin tedavisi başlandığı, evre 3 asfiksi ve çoklu organ yetmezliği nedeni ile 3. basamak yenidoğan yoğun bakım hizmeti aldığı, 09/08/2012 hastanın AEG'de nöbet aktivitesi olması nedeni ile hastaya dormicum infüzyonu başlandığı, evre 3 asfiksi ve çoklu organ yetmezliği nedeni ile 3. basamak yenidoğan yoğun bakım hizmeti aldığı, 11/08/2012 hastanın nöbetleri devam etmesi nedeni ile dormikum dozu artırıldığı, hastanın beslenmesi artırıldığı, evre 3 asfiksi ve çoklu organ yetmezliği nedeni ile 3. basamak yenidoğan yoğun bakım hizmeti aldığı, 12/08/2012 nöbeti olmayan hastanın dormikum infüzyonu azaltılmaya başlandığı, hastanın beslenmesi artırıldığı, 14/08/2012 hastaya serebral ve difüzyon MR çekildiği, hastanın nöbeti olmaması üzerine hastanın dormikum dozu azaltılmaya devam edildiği, evre 3 asfiksi ve çoklu organ yetmezliği nedeni ile 3. basamak yenidoğan yoğun bakım hizmeti aldığı, 15/08/2012 hastanın beslenmesi artırıldığı, dormikum dozu azaltılmaya devam edildiği, anemisi olan hastaya 1 ünite eritrosit süspansiyonu verildiği, 17/08/2012 hastanın enfeksiyon parametrelerini negatif olması nedeni ile hastanın ampisilin ve gentamisin tedavileri kesildiği, evre 3 asfiksi ve çoklu organ yetmezliği nedeni ile 3. basamak yenidoğan yoğun bakım hizmeti aldığı, 23/08/2012 hastanın spontan solunum olmadığından mekanik ventilatörde takip edildiği, 24/08/2012 hastanın kan gazları normal seyrettiği, beslenmesi artırıldığı, evre 3 asfiksi ve çoklu organ yetmezliği nedeni ile 3. basamak yenidoğan yoğun bakım hizmeti aldığı, 28/08/2012 hasta opere edilmek için çocuk cerrahisi servisine 28/08/2012 tarihinde devir edildiği, hastanın preop hazırlıkları yapıldığı, preopcrossmatch çalışılarak eritrosit süspansiyonu hazırlatıldığı, 28.08.2012 tarihinde GAA'da trakeostomi açılması, nissenfundoplikasyonu ameliyatı yapılan hasta entübe olarak YYBÜ'e alındığı, Major cerrahi geçiren ve çoklu hekim tarafından takip edilen hasta 3. basamak YYBÜ hizmeti aldığı, 31.08.2012 tarihinde postop 3. gününde ekstübe edildiği, major cerrahi geçiren ve çoklu hekim tarafından takip edilen hasta 3. basamak YYBÜ hizmeti aldığı, 07/09/2012 hastanın ampisilin ve gentamisin tedavisi 10 güne tamamlanarak kesildiği, beslenme artışı yapıldığı, 16/09/2012 beslenme tamamına geçildiği, gastrostomiden beslenmekte olan evre 3 asfiksi ve çoklu organ yetmezliği nedeni ile 3. basamak yenidoğan yoğun bakım hizmeti aldığı, hastanın almakta olduğu fenitoin tedavisi azaltılarak kesilerek luminaletten başlandığı, 20/09/2012 beslenme tamamına geçildiği, gastrostomiden beslenmekte olan evre 3 asfiksi ve çoklu organ yetmezliği nedeni ile 3. basamak yenidoğan

yoğun bakım hizmeti aldığı, fizik tedavi rehabilitasyon bölümüne danışıldığı, hasta ailesi ve hemşiresine hareketler anlatıldığı, 21/09/2012 beslenme tamamına geçildi gastrostomiden beslendiği, çekilen serebral MR'da hipoksi iskemi sekeli ile uyumlu görünüm saptandığı, 22/09/2012 beslenme tamamına geçildi gastrostomiden beslenmekte olan hastanın solunumu yüzeyselleştiği, sonrasında alınan kan gazı derin solunumsal asidozda olması sebebi ile hasta mekanik ventilatöre alındığı, 23/09/2012 gastrostomiden beslenmekte olan hasta mekanik ventilatörde takip edilmekte olan hastanın alınan tetkiklerinde hemogloblin düşüklüğü saptanması üzerine 2 ünite eritrosit süspansiyonu verildiği, 24/09/2012 tarihinde gastrostomiden beslenmekte olan hasta mekanik ventilatörden ayrıldığı, başlık içi oksijene geçildiği, evre 3 asfiksi ve çoklu organ yetmezliği nedeni ile hasta takiplerinin çocuk yoğun bakım ünitesinde takiplerinin yapılması açısından çocuk hastanesi çocuk yoğun bakım ünitesine sevk edildiği,

Mersin Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesinde 31/07/2012 doğumlu bebek ...adına düzenlenmiş 24/09/2012 giriş ve 23/10/2012 çıkış tarih ve 93175 porotokolnoluepriz raporunda: 24/09/12 tarihinde: solunum yetmezliği + gastrostomi +trakeostomi + HİE + asfiksi + sepsis nedeniyle ST:15:30'da mersin Ü.T.F'den gelen hastanın yatışı 3. basamak yenidoğan yoğun bakım ünitesine yapıldığı, fiziki bulguları: ateş:37c. Nabız:140/dk. genel durumu: kötü. bilinç kapalı, ışık refleksi:-/-. trakeostomisi mevcut, akc sesleri kaba. kalp:kta 140/dk. gastrostomisi mevcut, sinir sistemi:hipotonik olduğu, monitorizasyon tedavisi uygulandığı, ağız ve vücut bakımı yapıldığı, ateş, nabız, solunum takibi, genel durum takibi yapıldığı, kan gazı takipleri alındığı, sonuçlar bakıldığı, sonuçlar değerlendirilerek SIMV modunda ventilatörde takibe alındığı, oksijenle solunum tedavisi uygulandığı, tansiyon takibi yapıldığı, gastrostomi + trakeostomisi mevcut olup gastrostomiden beslendiği, 25/09/2012 tarihinden 22/10/2012 tarihine kadar tedavisi devam edildiği, 22/10/12 de monitorizasyon tedavisi uygulandığı, ağız ve vücut bakımı yapıldığı, ateş, nabız, solunum takibi, genel durum takibi yapıldığı, kan gazı takipleri alındığı, sonuçlar bakıldığı, sonuçlar değerlendirilerek SIMV modunda ventilatörde takibe alındığı, oksijenle solunum tedavisi uygulandığı, st:23:10'da hastanın satürasyonları düşük seyreddiği, hasta ambulandığı, takip edildiği, ST:04:30'da hastanın KTA ve spO2'si düştüğü, aspire edilip, ambulandığı, gastrostomi ve trakeostomisi mevcut, gastrostomiden beslendiği, 22/10/2012 de 2 kez PLT takıldığı,15/10/2012 de ES takıldığı, kan 16/10/2012 de PLT 2 kez takıldığı, 23/10/2012 de monitorizasyon tedavisi uygulandığı, simv modunda ventilatörde takibe alındığı oksijenle solunum tedavisi uygulandığı, hastanın nabızı ve satürasyonları düşük seyreddiği, ambulandı, aspire edildiği, hasta ısıtıldığı, adrenalin yapıldığı, CPR uygulandığı,

ST:16:30'da hastanın kalp tepe atımı 44'lerde seyirediği, sp02'si 37'lerde olduğu, aspire edildiği, ambulandığı, kalp masajı yapıldığı, genel durumu kötü, hastanın tansiyonu alınamadığı, ST:17:00'de KTA'sı 30'larda, sp02'si 37'lerde olduğu, aspire edildiği, kalp masajı yapıldığı, yapılan tüm tıbbi ve medikal tedavilere yanıt vermeyen hasta saat:17:15'te exitus olduğu,

İstanbul Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 2015/56680/2761 sayılı ve 01/07/2015 tarihli bilirkişi raporuna göre; "rahim içi miadında gelişim gösteren bebeğin ölümünün kordon dolanmasına bağlı neonatal asfiksi ve bu nedenle gelişen hipoksik iskemik ensefalopati (HİE) sonucu meydana gelmiş olduğunun" belirtildiği ve "normal doğum kararının doğru olduğu, ebe travay takibi ve normal doğum yaptırabileceği, doğum eyleminde ÇKS takibi ve çekilen NST'ler göz önüne alındığında gebenin travayda (doğum eyleminde) yakından takip edildiğinin anlaşıldığı, travayda çekilen tüm NST'lerde bebeğin intrauterin sıkıntıda olduğunu gösteren bulguların olmadığı, genel uygulamalarda travay takibinde olan bir gebeye her 20-30 dakikada bir ÇKS takibi sayı belirtilerek yapıldığı, kişinin doğum eyleminde ÇKS sayı belirtilerek her 30 dakikada bir takip edildiği, doğum esnasında oluşan kordon dolanması öngörülemez önlenemez bir klinik durum olduğu, kadın doğum hekimleri tarafından tespit edilemeyebileceği, dikkate alındığında ilgili hekimlere ve yardımcı sağlık personeline atf-ı kabil kusurun bulunmadığı oy birliğiyle mütalaa edildiği" anlaşılmakla yapılan incelemede;

1)Sanıklar ... ve ... hakkında kurulan beraat hükümlerinin incelenmesinde; Yapılan yargılama sonunda, sanıkların atılı suçu işlediğine yönelik mahkumiyetini gerektirecek derecede her türlü kuşkudan uzak somut ve inandırıcı delillerin dosyada bulunmaması gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılanın, kusura ve mahkumiyete ilişkin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, beraate ilişkin hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA,

2)Sanık ... hakkında kurulan beraat hükmünün incelenmesine gelince ise; UYAP sisteminden temin edilen nüfus kayıt örneğinde sanık ...'nın 27/03/2019 tarihinde temyiz aşamasında öldüğünün tespit edilmiş olması karşısında, sanık hakkında açılan kamu davasının 5237 sayılı TCK'nın 64/1. maddesi uyarınca düşmesine karar verilmesinde zorunluluk bulunması nedeniyle hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak BOZULMASINA; 06/10/2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

12. Ceza Dairesi 2021/2021 E. , 2021/7729 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi:Sulh Ceza Hakimliği

Karar Tarihi: 13/11/2019

“Taksirle bir kişinin yaralanmasına neden olma suçundan şüpheli ... hakkında yapılan soruşturma evresi sonucunda ... Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 17/10/2019 tarihli ve 2016/87653 soruşturma, 2019/53810 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itirazın reddine ilişkin mercii ... 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 13/11/2019 tarihli ve 2019/6731 değişik iş sayılı kararını kapsayan dosya incelendi. Dosya kapsamına göre, olay tarihi gecesinde şüphelinin acil serviste görev yaptığı özel hastaneye, göğsünde ve sol omuzunda şiddetli ağrı nedeniyle müracaat eden müştekinin, kalp rahatsızlığı yönünden tetkiklerinin yapılmasını müteakip, bir teşhis koyulamaması üzerine, anılan hastane acil servisinde uzman doktorun ve gerekli tıbbi cihazların bulunmadığından bahisle beyin cerrahi bakımından başka hastaneye müracaat etmesi yönünde öneride bulunulmasını takiben taburcu edildiği, ancak müştekinin şikayetlerinin artarak ertesi sabah kısmen felç geçirdiği somut olayda, gerekli tıbbi müdahaleyi yapmadığı gerekçesiyle şüpheli hakkında şikayette bulunulması sonrasında, kusuru olmadığından bahisle şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de, Mevcut olay nedeniyle düzenlenen ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara dayanak teşkil eden Adli Tıp Kurumu 7. İhtisas Dairesinin 13/04/2018 tarihli ve 1948 sayılı raporunda, şüphelinin eyleminin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 89. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğinin belirtildiği, ancak söz konusu rapordan önce tanzim edilen anılan Dairenin 16/03/2018 tarihli ve 334 sayılı raporunda, "...mevcut göğüs ağrısı ve sol kolda uyuşma şikayetleri doğrultusunda ilk olarak kardiyak patolojileri değerlendirilip bu yönde tetkik ve konsültasyon isteyen Acil Hekiminin ilk tanı ve takip yönteminin doğru olduğu, kardiyak yönden kişide herhangi bir patoloji saptanmaması üzerine önerilerde bulunduğu kayıtlı olup, hekimin ifadesinde beyin cerrahi ve nöroloji uzmanına muayene olmasını söylediğini belirtmekle birlikte ayırıcı tanıda nörolojik bir tablo düşünüldüğünde kişinin ileri bir merkeze sevkinin ambulans ile sağlanması gerektiği cihetiyle bu hususun özen eksikliği olarak değerlendirildiği..." şeklinde mütalaada bulunulduğu, bu halde müştekideki rahatsızlığın nörolojik olabileceği tespitini yapan şüphelinin, müştekiyi yeterli düzeydeki bir

hastaneye ambulans yoluyla acilen sevkini yapılması için gerekli işlemleri yapması gerektiği, ancak şüphelinin belirtilen şekilde davranmadığı, müştekiye bilahare beyin cerrahına görünmesini önermekle özensiz davrandığı, bu özensiz davranışın 5237 sayılı Kanunun 89. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesinin ise yapılacak yargılamada mahkemenin takdirinde olduğu cihetle, şüpheli hakkında üzerine atılı suçtan kamu davası açılması için yeterli delil bulunduğu gözetilmeden, itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Adalet Bakanlığının 16/02/2021 gün ve 94660652-105-16-78-2021-Kyb sayılı kanun yararına bozma talebine atfen, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 11.03.2021 gün ve 2021/25635 sayılı ihbarnamesi daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla; Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Olay tarihi gecesinde pratisyen hekim olan şüphelinin acil serviste görev yaptığı özel hastaneye, sol kolda uyuşma, göğüste şiddetli ağrı nedeniyle müracaat eden müştekinin, kalp rahatsızlığı yönünden tetkiklerinin yapıp, bir teşhis koyulamaması üzerine, beyin cerrahi bakımından başka hastaneye müracaat etmesi yönünde öneride bulunulmasını takiben taburcu edildiği, (anılan hastane acil servisinde uzman doktorun ve gerekli tıbbi cihazların bulunmadığı gerekçesiyle) ertesi sabah müştekinin şikayetleri artarak kısmi felç geçirdiği, şüpheli hakkında şikayet üzerine yapılan soruşturmada Adli Tıp Kurumu 7. İhtisas Dairesinin 16/03/2018 tarihli ve 334 sayılı raporunda “...mevcut göğüs ağrısı ve sol kolda uyuşma şikayetleri doğrultusunda ilk olarak kardiyak patolojileri değerlendirilip bu yönde tetkik ve konsültasyon isteyen acil hekiminin ilk tanı ve takip yönteminin doğru olduğu, kardiyak yönden kişide herhangi bir patoloji saptanmaması üzerine önerilerde bulunduğu kayıtlı olup, hekimin ifadesinde beyin cerrahi ve nöroloji uzmanına muayene olmasını söylediğini belirtmekle birlikte ayırıcı tanıda nörolojik bir tablo düşünüldüğünde kişinin ileri bir merkeze sevkini ambulans ile sağlanması gerektiği cihetiyle bu husus özen eksikliği olarak değerlendirilmiş olup, Savcılıkça müştekide meydana gelen sağlık sorununun TCK’nın 89.maddesi kapsamında değerlendirilerek rapor düzenlenmesi istenmesi üzerine, Adli Tıp Kurumu 7. İhtisas Dairesinin 13/04/2018 tarihli ve 1948 sayılı raporunda “ sol kolda uyuşma ve göğüste şiddetli ağrı şikayetleri ile gelen hastada öncelikli olarak inmenin akla gelmeyebileceği dikkate alındığında, kişinin ambulansla sevkedilmemiş olmasının bu tanı ve tedavi sürecindeki etkisi bilinemeyeceğinden Türk Ceza Kanununun 89. maddesi kapsamında değerlendirilmediği oybirliğiyle mütaala edilmiş olup; sanığın taksirle yaralama suçundan sorumlu tutulabilmeleri için, sanığın tıp kurallarına aykırı davranışları ile

yaralanma neticesi arasında nedensellik bağının kesin ve net bir biçimde kurulması gerektiği, somut olayda Adli Tıp Kurumu 7. İhtisas Kurulu raporları ile sanık doktorun “kişiyi ambulansla sevkedilmemiş olmasının kısmi felç tanı ve tedavisindeki etkisinin bilinemeyeceğinin belirtilmesi karşısında, taksirle yaralama suçunun unsurlarının oluşmadığı;özel hastanede doktor olan sanığın kamu görevlisi olmaması nedeniyle hukuki durumunun TCK'nın 257/2. maddesi kapsamında da değerlendirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmakla;

Kanun yararına bozma talebine dayanılarak düzenlenen ihbarnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görülmediğinden, ... 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 13/11/2019 tarihli ve 2019/6731 değişik iş sayılı kararına yönelik kanun yararına bozma talebinin CMK'nın 309. maddesi uyarınca REDDİNE, müteakip işlemlerin mahallinde yapılmasına, dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 09/11/2021 gününde oy birliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/12142 E. , 2021/4766 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi:Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle öldürme

Hüküm: Her iki sanık hakkında; TCK'nın 85/1, 62/1, 50/1-a-4, 52/2-4, 53/6. maddeleri uyarınca mahkumiyet

“Taksirle öldürme suçundan sanıkların mahkumiyetine ilişkin hükümler, sanıklar müdafileri tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü: Sanıklardan ...'nın olay tarihinde Sivas Sultan 1. İzzettin Keykavus Devlet Hastanesinde (Sivas Numune Hastanesinde) Beyin Cerrahi Uzmanı, ...'ın ise aynı hastanede Göğüs Kalp Damar Cerrahisi Uzmanı olarak görev yaptıkları, 34 yaşındaki kadın hastanın, disk hernisi (bel fıtığı) teşhisiyle Sivas Sultan 1. İzzettin Keykavus Devlet Hastanesine yatırıldığı, 25/08/2006 günü saat 10.35'te sanık doktor ... ve ekibi tarafından operasyona başlandığı, saat 12.50'de tansiyon düşmesi nedeniyle ameliyata son verildiği, sıvı ve kan takviyesi yapıldığı, TA'in yükselmesi sonucu servise gönderildiği, transfüzyona rağmen TA tekrar düşmesi sonucu Kalp Damar Cerrahisi uzmanı sanık doktor ...'dan konsültasyon istendiği, yapılan

muayenede hastada arter yaralanması olabileceği düşünüldüğü, mannitol ve dopaminli mayı verildiği, hasta düzelmeyince saat 15.50'de Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine sevk edildiği, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesinin hastane belgelerinin incelenmesinde, hastanın 25.08.2006 tarih saat 16.15'te yatışının yapıldığı, hastanın acile geldiğinde nabız filiform, tansiyon alınamadığı, monitörize edildiği, solunumun yüzeyelleşmesi ile entübe edildiği, kardiakarrest gelişmesi ile resusitasyon uygulandığı ve ameliyata alındığı, iliak arter ve ven yaralanması tespit edilerek primer onarımının yapıldığı, operasyon sonrası uyutulan hastanın yoğun bakımda takip edildiği, yoğunbakımda iken trombosit değerinin düştüğü, idrar çıkışının durduğu ve hemodiyalize alındığı, 29.08.2006 tarihinde ise hastanın bilincinin kapanmaya başladığı, entübe edilerek mekanik ventilatöre bağlandığı, bel fitiği ameliyatı esnasında meydana gelen iliak arter ve ven yaralanmasına bağlı kanama ve gelişen komplikasyonlar sonucu 03/09/2006 tarihinde öldüğü ve otopsi yapılmadığı olayda;

İstanbul Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunun 14/06/2013 tarih 6672 ve 05/10/2011 tarih 8697 karar sayılı raporlarında özetle; ölen Melahat Kolcu hakkında düzenlenen adli ve tıbbi belgelerin değerlendirilmesinde; operasyonda meydana gelen iliak arter ve ven yaralanmasının bir komplikasyon olduğu, ancak operasyon sırasında ve sonrasında yoğun kan, kan ürünleri ve volüm yükseltici sıvı verilmesine rağmen tansiyon stabilize olmayan hastanın ameliyat çıkış saati olan 12.50'den sevk saati olan 15.50'ye kadar arter ve ven yaralanmasının teşhis edilememesinin gecikme olarak değerlendirildiği, teşhis edilir edilmez müdahale edilmesi gerekirken sevk edildiği cihetle Nöroşirurji Uzmanı Op.Dr.... ile Op.Dr....'ın uygulamalarının tıp kurallarına uygun olmadığı belirtilmiştir, Sağlık Bakanlığı Yüksek Sağlık Şurasının 2015/14 sayılı raporunun, Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunun raporlarıyla uyumlu olduğu, söz konusu raporda özetle, hastaya disk hernisi tanısının doğruluğunun kabulü halinde ameliyat kararının doğru olduğu, ameliyat sırasında meydana gelen arter-ven yaralanmasının komplikasyon olarak değerlendirildiği, ancak intraoperatif meydana gelen damar yaralanmasının farkına varılmış olduğu ve fakat müdahale edilmemiş olduğu, ameliyat sırasında kalp damar cerrahi uzmanının ameliyathaneye davet edilerek acilen abdominal yaklaşımla damar yaralanmasına yönelik ameliyata alınması gerektiği, postoperatif 2 saatlik dönemde düzelmeyen klinik tablonun medikal destek tedavi ile toparlanmaya çalışıldığı, hastayı konsülte eden kalp damar cerrahi uzmanı Dr. ...'ın hastayı değerlendirdikten sonra vasküler yaralanma olabileceğini düşünmesine ve mevcut şartlar dahilinde hemen ameliyata alması gerekmesine rağmen böyle davranmadığı cihetle intraabdominal arter-ven yaralanması komplikasyonunun doğru

yönetilmediği, hastanın ölümüyle komplikasyona zamanında müdahale edilememesi arasında illiyet bağı olduğu, bu süreçte yer alan Dr. ... (Beyin Cerrahisi Uzmanı) ve Dr. ...'ın (Kalp Damar Cerrahisi Uzmanı) kusurlu olduklarının belirlendiği olayda, sanığın kusurlu olduğunun kabulü ile mahkumiyet kararı verilmesi bakımından mahkemenin takdirinde isabetsizlik görülmemiştir. Bu nedenle tebliğnamedeki sanıkların kusurlu eylemi nedeni ile TCK'nın 257/2'deki görevi ihmal suçunun oluşacağına ilişkin bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık ... müdafinin, ameliyat ettiği hastanın zamanında Sivas Cumhuriyet Hastanesine sevk edildiği ve burada ikinci ameliyata alındığı ve 10 gün sonra öldüğü olayda, illiyet bağının kesildiği, ikinci ameliyat nedeni ile ortaya çıkan komplikasyonlardan hastanın öldüğü, bu hastanedeki hasta dosyasının getirilmek suretiyle tekrar bilirkişi heyetinden kusur raporu alınması gerektiğine, sanık ... müdafinin ise bir nedene dayanmayan temyiz itirazlarının reddine, ancak;

5237 sayılı TCK'nın 53/6. maddesinde “belirli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkumiyet halinde 3 aydan 3 yıla kadar bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınabileceğine karar verilebileceğinin düzenlendiği” aynı Kanunun 3/1. maddesi uyarınca tayin olunacak güvenlik tedbirinin süresinin, fiilin ağırlığı ile orantılı, adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun olacak şekilde belirlenmesi gerektiği, her iki sanık doktorun Cerrah olarak görev yaptığı, Cerrahların el yeteneklerini ve parmak reflekslerini kaybetmemek için mesleğin icrasından geçici süre olsa da uzaklaştırılmalarının hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmaması karşısında, Cerrah olan sanık doktorların geçici süre ile mesleğin icrasından uzaklaştırılmasına karar verilmesi; Kanuna aykırı olup, hükümlerin bu nedenlerle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, ancak yeniden yargılamayı gerektirmeyen bu hususlarda aynı Kanunun 322. maddesi uyarınca karar verilmesi mümkün bulunduğundan, aynı maddenin verdiği yetkiye istinaden; hüküm fıkrasından TCK'nın 53/6. maddesinin uygulanmasına ilişkin paragrafların çıkarılması suretiyle, sair yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükümlerin DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 09.06.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/10783 E. , 2021/2242 K.

• "İçtihat Metni"

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle öldürme

Hüküm: Tüm sanıklar hakkında; CMK'nın 223/2-c maddesi uyarınca; beraat

"Taksirle öldürme suçundan sanıkların beraatine ilişkin hüküm, katılanlar vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Olay tarihinde, sanıklardan ...'in Okmeydanı Eğitim ve Araştırma Hastanesinde ortopedi ve travmatoloji uzmanı olarak, sanık ...'in aynı hastanede genel cerrahi uzmanı, sanık ...'in ise hemşire olarak görev yaptıkları; dosya içinde yer alan tüm hasta kayıt ve belgelerin incelenmesi neticesinde, 08.09.2011 tarihinde, saat 13:27 sıralarında, inşaatın 3. katında çalışırken düşen ... isimli hastanın, Okmeydanı Eğitim ve Araştırma Hastanesi acil servisine 112 ambulans servisi ile getirildiği, acil servis vizite defterinde, saat 13.27'de gelen hastanın ilk olarak ortopedi uzmanı Dr.... tarafından saat 13.30'da muayenesinin yapıldığı, beyin cerrahi ve genel cerrahi bölümünden konsültasyon istendiği, genel durumu orta, bilinci açık, tansiyonu normal olan hastanın genel cerrahi asistanı Dr. ... tarafından ve acil beyin cerrahisi Dr. tarafından saat 13:33 sıralarında konsülte edildiği, saat 13:50'de acil serviste görevli Hemşire sanık ... arafından Sf 1000 (izotonik) uygulandığı, acil cerrahi ve travmatoloji uzmanlarının "tiryaj kartı" diye adlandırılan hastaya yapılacak işlemleri içeren yazısıyla birlikte müdahale odasına götürülerek, öncelikle nabız, solunum, tansiyon bulgularının saptandığı, başta hemogram olmak üzere tüm laboratuvar tetkiklerinin yapıldığı, hastanın kalça ve tüm batın tomoğraflerinin istendiği, çekilen BT de; (çekim saati:saat 13:51-14:29) pelvik kuşak ve sakrum sol yarımında kompleks parçalı fraktür hattı izlendiği, femur proksimal diafizde belirgin deplasmanın eşlik ettiği kompleks fraktür hatları izlendiği, sol femur proksimal fraktörü, ve pelvis ramus pubis bilateral fraktörü tespit edildiği, bunun üzerine ortopedi ve travmatoloji bölümü kıdemli asistanı Dr. ve Doç. Dr. ...'in telefonla bilgilendirildiği, çağrı üzerine her iki doktorun acil servise geldiği, hastayı değerlendirdikten sonra, hastanın diğer branşlar tarafından değerlendirilmesinin ve tedavisinin tamamlanmasına kadar kırık uçlarının hareket etmemesi ve hastaya zarar vermemesi için geçici olarak kalçadan ayak parmaklarının ucuna kadar alçı atel uygulandığı, pıhtı atmasını

önlemek için gerekli tedavinin sanık Dr. ... tarafından yazıldığı, sıvı ve antibiyotik tedavisine başlandığı, daha sonra hayati öneme ait diğer organ yaralanmalarının tetkik ve tedavisi için saat 15.00'te acil cerrahi gözlem odasına hastanın getirildiği, burada acil cerrahi branş hekimi tarafından hastanın takibinin yapıldığı, muhtemel kanama miktarını gözlemlemek için kanama takibine başlandığı, Genel Cerrahi Uzmanı sanık Doktor ... tarafından, Göğüs Cerrahi Uzmanı Doktor.....'dan telefon ile konsülte alındığının Dr.....'ın beyanı ile de anlaşıldığı ve konsülte isteyen sanık doktora hemopnömotoraks yönünden hastanın takibinin önerildiği,

Saat 16.00'da acil nöbetinin Genel Cerrahi Uzmanı sanık Dr. ... tarafından, Genel Cerrahi Uzmanı Dr.'a devredildiği, bu saatte yapılan ölçümlerde, hastada solunumun rahat olduğu, tansiyon ve nabız normal, genel durumu stabil ve hemoglobinin 12.72 g/dl'den 10.45 g/dl'ye düştüğü, pelvis ve femur fraktürü olan hastada 4. saatteki hemoglobin düşmesinin kabul edilebilir sınırlarda olduğu, saat 17:09'da yoğun bakım cerrahi servisine yatış kararı verildiği, servise nakil edilmeden hastada şuur bulanıklığı ve hipotansiyon meydana geldiği, arrest olan hastaya yaklaşık 5 dk CPR uygulandığı, cevap verdiği, saat 18:00'de ikinci defa kardiakarrest meydana geldiği, tekrar resüsite edildiği, cevap verdiği, hipotansiyonu düzelmeyen hasta 2 dakika sonra tekrar arrest olduğu, tekrar CPR'a başlanıldığı, yanıt alındığı BT'ye götürüldüğü, toraks BT incelemede; sol akciğerde pnömotoraks ile uyumlu bulgular izlendiği, sol II-III-IV ve IX kotlarda yer yer deplasmanın eşlik ettiği fraktür hatlarının dikkati çektiği, bir önceki BT incelemesi ile karşılaştırıldığında hidropnömotoraks ve ön göğüs duvarındaki amfizem bulgularında belirgin progresyon mevcut olduğu, kaydı bulunduğu, BT'den dönüşte tekrar arrest olan hastaya CPR başlanıldığı, saat 18:17 kan gazı tetkikinde, değerlerinin yüksek olduğu, en son 19:22'de uygulanan CPR'de yanıt alınamayan hastanın eksitus kabul edildiği olayda; Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Morg İhtisas Dairesinin otopsi raporunda; ...'nin ölüm nedeninin; "genel beden travmasına bağlı pelvis femur, sternum ve çok sayıda kaburga kırıkları ile birlikte iç organ yaralanmasından gelişen iç kanama, pnömotoraksa bağlı solunum yetmezliği sonucu meydana gelmiş olduğu" şeklinde kanaat bildirildiği; İstanbul Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulunun 29/04/2015 tarihli raporunda özetle "...kişinin 112 tarafından hastaneye getirildiğinde muayenesinin yapıldığı, branş konsültasyonları eşliğinde değerlendirildiği, laboratuvar tetkiklerinin yapıldığı, radyolojik görüntülemelerinin yapıldığı, mevcut kırıklarının tespit edildiği, hastanelerinde tek göğüs hastalıkları uzmanı olarak görev yapan uzman doktora hastaya ait toraks görüntülerinin hastane radyoloji iletim sistemi yolu ile değerlendirme yapılmasının sağlandığı, minimal hemopnötoraks tespit edildiği, takip ve

kontrol radyolojisi önerisi ile tıbbi tedavisinin başlanıldığı, kontrast madde verilerek iç organlarının değerlendirilmesi için tomografi çekimi için oral kontrast verilmesine başlanıldığı, saat 16:00 sıralarında nöbeti devir alan genel cerrahi uzmanı tarafından hastanın cerrahi yoğun bakımında takibine karar verildiği, hastanın daha nakil edilmeden arrest olduğu arrest sonrası resüsite edildiği, yeniden canlandırıldığı çekilen radyolojik tetkiklerde hemopnömotoraksta progresyon izlendiği ve tekrarlayan arrestlerle saat 19:22'de hastanın eks olduğu, kişiye ait radyolojik görüntülerin Kurumumuzca tetkikinde saat 13.00-14.00 arası çekilen toraks BT'de görülen hemopnömotoraksın minimal olduğu, tüp uygulama endikasyonunu gerektirecek düzeyde olmadığı tespit edildiği de göz önüne alındığında; kişinin muayenesine, takip ve tedavisine, konsültasyonlarına katılan Ortopedi ve Travmatoloji Uzmanı Doç. Dr. ..., Genel Cerrahi Uzmanı Op Dr ...'e ve doktorlar tarafından düzenlenen orderi uygulayan Hemşire ...'e atfi kabil kusur bulunmadığı oy birliğiyle mütalaa olunur...." şeklindeki raporunun tüm dosya kapsamı ile uyumlu olduğu anlaşılmakla; Hastanın yeterli takip ve tedavisinin yapılmadığına dair adli tıbbi delillerin bulunmaması, hastanın kan değerleri ve vital bulgularının yakından takip edildiğinin acil tıp defteri kayıtlarından anlaşılması, hemoglobin değerinin saat 16:00'da yapılan ölçümde, 10.45 g/dl gibi olması ve bu değer tehlike arz etmemesi, hastanın stabil durumunu, yeniden canlandırma işlemi öncesine kadar koruduğu, üç kere CPR geçiren bir hastada CPR'a bağlı hem sağda hem de solda multipl kot fraktürü oluşması ve otopsi raporunda belirtilen iç kanamanın CPR'a bağlı kanamalar olma ihtimalini artırdığı, otopsi raporundaki göğüs kafesindeki bulgular ile kırık sayısındaki bulguların, ölüm öncesi dönemden farklı oluşu, bu durumun üç kez uygulanan yeniden canlandırma işleminin beklenir sonucu olduğu, Ortopedi ve Travmatoloji kliniğince order edilen sıvı ve ilaç tedavisinin belirtildiği şekilde zamanında uygulanmadığı iddiasına ilişkin bir tespiti rastlanılmadığı, kaldı ki, hasta triaj kartı fotokopisi, acil protokol defteri fotokopisi, kan tahlili sonuçları incelendiğinde (saat 13:49 hemogram, 14.00'te kan biyokimyası, 13:51'de beyin, tüm batın, kalça ve lumben spinal tomografi raporları, 14:03'te ultrason muayenesi, 18:13'te hemogram; 18:00'de kan gazları....) tedavi sürecinin normal klinik koşullarında değil acil serviste geçmesi ve hastanın tüm vitalparameter bilgilerinin mevcut tıbbi kayıtlardan izlenebilmesi hususları da dikkate alındığında; sanıklara kusur yüklemeyen İstanbul Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu raporunun oluş ve dosya kapsamına uygun olduğu anlaşılmıştır.

Yapılan yargılama sonunda, yüklenen suç açısından sanıkların taksirlerinin bulunmadığı, gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılanlar vekilinin zamanında müdahale etmeyen sanıkların kusurlu olduklarına ilişkin

temyizitirazlarının reddiyle, beraate ilişkin hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA, 03.03.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/10537 E. , 2021/5360 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Görevi kötüye kullanma

Hüküm: Sanıklar hakkında ayrı ayrı; TCK'nın 257/2, 62/1, 50/1-a, 52, 53/5. maddelerine göre mahkumiyet

“Görevi kötüye kullanma suçundan sanıkların mahkumiyetine ilişkin hükümler, sanık ... müdafii ve sanık ... tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık ... ve sanık ... müdafinin yerinde görülmeyen sair ilişkin temyiz itirazlarının reddine, ancak;

1-Olay tarihinde sanıklardan ...'in Akyazı Devlet Hastanesinde genel cerrah uzman doktor olarak görev yaptığı, sanıklardan ...'nun ise aynı hastanede anestezi teknisyeni olarak çalıştığı, 1955 doğumlu müteveffa ...'nın bağırsaklarında hissettiği ağrı nedeniyle kendisine reflü, karın ağrısı, diyare tanısı konularak kolonoskopi önerildiği, ancak bağırsaklarının dolu olması nedeniyle 1 hafta sonra ilaç verilerek gelmesinin istenildiği, müteveffanın bizzat hastaneye giderek kolonoskopi işlemi için kendisine sanık ... tarafından anestezi uygulandığı ve ardından kolonoskopi işlemi yapıldığı, bu işlemin ardından müteveffanın fenalaşması sebebiyle acil müdahalede bulunduğu, akabinde Sakarya Eğitim ve Araştırma Hastanesinde sevk edildiği ancak tedavi görmekte olduğu Sakarya Özel Bilge Hastanesinde vefat ettiği olayda; Adli Tıp İhtisas Kurulunun 22/01/2014 tarih ve 2014/9449/294 sayılı raporunda; "10/02/2011 tarihinde karın ağrısı nedeni ile Akyazı Devlet Hastanesinde endoskopi yapıldığı, işlem sonrasında anestezi teknisyeni tarafından uyandırılırken kardiyopulmoner arrest geliştiği, CPR yapıldığı, yanıt alınıp Sakarya Eğitim ve Araştırma Hastanesine aynı gün sevk edildiği, burada da 16/05/2011 tarihine kadar

yoğunbakımda yatışının yapılarak evde takip edilmek üzere taburcu edildiği, 20/10/2011 tarihinde hipoksik ensefalopati ve aspirasyon tanıları ile yatışının yapıp 21/10/2011 tarihinde bradikardi, arkasından arrest geliştiği, CPR yapıldığı, yanıt alınamayınca saat 14.00'da ölü olarak kabul edildiği bildirilen 07/12/1961 doğumlu ... hakkında düzenlenmiş adli tahkikat dosyasının tetkiki sonucunda; 1-Dosyada mevcut tıbbi evrakta belirtildiği üzere kişinin 10/02/2011 tarihinde 1 hafta önce yapılan kolonoskopisinde bağırsak temizliğinin yapılmamış olması nedeni ile sağlıklı değerlendirmenin yapılamadığı, 10/02/2011 tarihinde genel cerrahi uzmanı Dr. ..., anestezi teknisyeni ..., hemşire ... tarafından kolonoskopi yapıldığı, bu işlem öncesinde hastanın bilgilendirilmiş rıza formunun düzenlenmemiş olduğu, anestezi konsültasyonu yapılmadığı, anestezi madde olarak 1 mg Dormicum, 50 microgram Fentanyl, 130 mg Profobol yapıldığı, işlemde normal sınırlarda kolonoskopi bulgularının tespit edildiği, saat 11.16'da işlem sonrası raporun yazıldığı, uyandırma aşamasında kardiyopulmoner arrest geliştiği, anestezi teknisyeni ... tarafından CPR'a başlanıp teknisyen ...'a haber verilip birlikte devam edildiği, saat 11.45'te mavi kod verildiği, içinde anestezi uzmanı olmayan ve ekip amiri dahiliye uzmanı olan mavi kod ekibi tarafından CPR'a devam edilip 2 mg adrenalin, 1 mg atropin yapıldığı, yanıt alındığı, TA=140/90 mmHg, KTA=130/dakika olup saat 12.29'da, 12.54'te ve 14.45'te EKG çekildiği, tespit edilmiş olup Akyazı Devlet Hastanesinin saat 12.10'da düzenlenmiş acil hasta sevk formunda yoğunbakım ünitesine sevk edildiğinin belirtildiği, Sakarya Eğitim ve Araştırma Hastanesine aynı gün sevk ile geldiği ve geldiğinde genel durumunun kötü olduğu, gelişinde Glu=180, Üre=41, ALT=122, AST=118, CK=92, CK-MB=26, PT=15,3, INR=1,33 olduğu, ventile halde olup pentotalize edildiği, takiplerinde troponin, CK ve CK-MB değer yüksekliklerinin 12/02/2011 tarihine kadar devam ettiği, 14/02/2011 tarihinde GKS=3 olduğu, 18/02/2011 tarihinde trakeal kanül takıldığı, genel durumunda kısmi düzelme olup 17/03/2011 tarihinde Sakarya Yenikent Devlet Hastanesine sevk edildiği, burada yapılan muayenesinde GKS=9 olup bol sekresyonunun olduğu, ağız çevresinde fokal nöbetlerinin olduğu, arada sırada deserebre görünüm olduğu, gözlerde yukarı deviasyon tespit edildiği, konsültasyonlar istenerek hipoksik iskemik ensefalopati tanısı ile yoğunbakım ünitesine yatışının yapıldığı, 16/05/2011 tarihinde mevcut hali ile evde takibinin yapılması belirtilerek öneriler ile taburcu edildiği, 20/10/2011 tarihinde Bilge Hastanesine hipoksik ensefalopati ve aspirasyon nedeni ile yatışının yapıldığı, 21/10/2011 tarihinde bradikardi, ardında da asistoli geliştiği, CPR'a yanıt alınamayınca saat 14.00 civarında ölü olarak kabul edildiği, dosyada mevcut kişi adına düzenlenmiş grafilerin kurulumuzda yapılan incelemesinde 11/02/2011 tarihli BBT tetkikinde serebral parankim ve ventriküler sistemin normal olduğu, 09/05/2011 tarihli BBT tetkikinde diffüz serebral atrofi,

ventriküler dilatasyon, periventriküler beyaz cevherde iskemik dansite azalmalarının dikkati çektiği, 17-23/03/2011, 11-18/04/2011, 09/05/2011 tarihli akciğer PA grafilerinde akciğer parankiminde patoloji görülmediği ve zamanında otopsi yapılarak dokularda makroskopik, histopatolojik ve toksikolojik analizler yapılmamış olduğundan mevcut verilerle kişinin ölüm nedeninin belirlenemediği,

2-Kişinin 10/02/2011 tarihinde 1 hafta önce yapılan kolonoskopisinde bağırsak temizliğinin yapılmamış olması nedeni ile sağlıklı değerlendirmenin yapılamadığı, 10/02/2011 tarihinde genel cerrahi uzmanı Dr. ..., anestezi teknisyeni ..., hemşire ... tarafından kolonoskopi yapıldığı, bu işlem öncesinde hastanın bilgilendirilmiş rıza formunun düzenlenmemiş olduğu, anestezi konsültasyonu yapılmadığı, anestezi madde olarak 1 mg Dormicum, 50 microgram Fentanly, 130 mg Profobol yapıldığı, işlemde normal sınırlarda kolonoskopi bulgularının tespit edildiği, saat 11.16'da işlem sonrası raporun yazıldığı, uyandırma aşamasında kardiyo pulmoner arrest geliştiği, anestezi teknisyeni ... tarafından CPR'a başlanıp teknisyen ...'a haber verilip birlikte devam edildiği, saat 11.45'te mavi kod verildiği, içinde anestezi uzmanı olmayan ve ekip amiri dahiliye uzmanı olan mavi kod ekibi tarafından CPR'a devam edilip 2 mg adrenalin, 1 mg atropin yapıldığı, yanıt alındığı, TA=140/90 mmHg, KTA=130/dakika olup saat 12.29'da, 12.54'te ve 14.45'te EKG çekildiği, tespit edilmiş olup Akyazı Devlet Hastanesinin saat 12.10'da düzenlenmiş acil hasta sevk formunda yoğun bakım ünitesine sevk edildiğinin belirtildiği, Sakarya Eğitim ve Araştırma Hastanesine aynı gün sevk ile geldiği ve geldiğinde genel durumunun kötü olduğu, gelişinde Glu=180, Üre=41, ALT=122, AST=118, CK=92, CK-MB=26, PT=15,3, INR=1,33 olduğu, ventile halde olup pentotalize edildiği, takiplerinde troponin, CK ve CK-MB değer yüksekliklerinin 12/02/2011 tarihine kadar devam ettiği, 14/02/2011 tarihinde GKS=3 olduğu, 18/02/2011 tarihinde trakeal kanül takıldığı, genel durumunda kısmi düzelme olup 17/03/2011 tarihinde Sakarya Yenikent Devlet Hastanesine sevk edildiği, burada yapılan muayenesinde GKS=9 olup bol sekresyonunun olduğu, ağız çevresinde fokal nöbetlerinin olduğu, arada sırada deserebre görünüm olduğu, gözlerde yukarı deviasyon tespit edildiği, konsültasyonlar istenerek hipoksik iskemik ensefalopati tanısı ile yoğun bakım ünitesine yatışının yapıldığı, 16/05/2011 tarihinde mevcut hali ile evde takibinin yapılması belirtilerek öneriler ile taburcu edildiği, 20/10/2011 tarihinde Bilge Hastanesine hipoksik ensefalopati ve aspirasyon nedeni ile yatışının yapıldığı, 21/10/2011 tarihinde bradikardi, ardında da asistoli geliştiği, CPR'a yanıt alınamayınca saat 14.00 civarında ölü olarak kabul edildiği, dosyada mevcut kişi adına düzenlenmiş grafilerin kurulumuzda yapılan incelemesinde 11/02/2011 tarihli BBT tetkikinde serebral parankim ve ventriküler sistemin

normal olduğu, 09/05/2011 tarihli BBT tetkikinde diffüz serebral atrofi, ventriküler dilatasyon, periventriküler beyaz cevherde iskemik dansite azalmalarının dikkati çektiği, 17-23/03/2011, 11-18/04/2011, 09/05/2011 tarihli akciğer PA grafilinde akciğer parankiminde patoloji görülmediği tespit edildi dikkate alındığında normalde anestezi öncesi muayenesinin ve gerekli tetkiklerin işlemden 1 gün önce yapılmasının gerekli olduğu, dosyada yapıldığına dair bir evrak bulunmayıp ifadelerde de yapılmadığının kayıtlı olduğu, anestezi (veya sedasyon) uygulanan hastalarda mutlaka anestezi takip fişi (sedasyon takip fişi) tutulması gerekirken dosyada bulunmadığı, müzekkerede sorulduğunda da tutulmadığının ifade edildiğinin belirlendiği, Op. Dr. ... ve anestezi teknisyeni ...'nın ifadelerine anestezi cihazının kolonoskopi işleminin yapıldığı odada bulunmadığı, monitorizasyon işlemi için de sadece sPO2 cihazının bulunduğu, diğer yaşamsal parametrelerin (TA, KTA, EKG, solunum sayısı) takip eden cihazın bulunmadığı, anestezi teknisyeni ...'nun verdiği ifadelerde ve olay esnasında tutulan formda hastaya işlem için 1 mg dormicum, 50 microgramfentanly, 60 microgrampropofol yapıldığı, kişinin işlem esnasında biraz uyandığında 2 defa (40+30 mg) propofol'ün olmak üzere toplamda 10 dakika içinde tekrarlandığının anlaşıldığı, seçilen bu ilaçların ve dozlarının yetişkin hastalara göre uygun olduğu, ilaçların yüksek dozunu gösterir bir kaydın ve bulgunun olmadığı, velev ki bu ilacın yüksek dozda olması halinde kişinin durumunun kötüleşmesinin işlem esnasında olmasının bekleneceği cihetle 10/02/2011 tarihinde endoskopi işlemini yapan doktorun, yardımcı sağlık personelinin, kişinin takibinin yapıldığı sağlık kuruluşunda ilgili doktorların ve yardımcı sağlık personelinin kusurunun olup olmadığının belirlenemeyeceği oy birliği ile mütalaa olunur..." şeklinde belirtilmesi üzerine sanıklar hakkında taksirle adam öldürme suçundan 10.11.2014 tarih ve 2014/700 esas numaralı iddianame ile kamu davası açıldığı, yargılama aşamasında gelen Yüksek Sağlık Şurasına ait 16-17 Nisan 2015 tarih ve 13652 sayılı kararda; "...Dosyadaki bilgi ve bulgular değerlendirildiğinde; karın ağrısı, diyare, reflü şikayeti olan hastaya kolonoskopi işlemi sırasında monitörizasyon işlemi yapılmadığı, yaşamsal parametreleri takip eden cihazın bulunmadığı, sadece sPO2 cihazının bulunduğu, hastaya tekrarlayan propofol (tıbbi uyutma ilacı) yapılmasının sedasyon dozunun üstünde olması nedeniyle hastada solunum arrestine (solunum durması) bağlı geç farkedilmiş hipoksik ensefalopati (oksijensizliğe bağlı beyin hasarı) müteveffada geliştiği cihetle Dr. ... ve ...'nın (Anestezi Teknisyeni) kusurlu olduklarına, ancak zamanında otopsi yapılarak iç organ değişimleri araştırılmadığından meydana gelen ölümle illiyet bağı kurulamayacağına..." oybirliği ile mütalaa edilmesi üzerine, sanıkların eyleminin vasıf değiştirerek ihmal suretiyle görevi kötüye kullanmak suçu olarak kabul edilerek, bu yönde ek savunmaları alındıktan sonra cezalandırılmalarına karar verilmiş ise de; sanıkların olay nedeniyle tıbbi açıdan kusurlu bulunup bulunmadıklarının

tespitine ilişkin olarak önceki raporlar da irdelenecek şekilde ve sanıkların eylemi ile ölüm neticesi arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığının her türlü şüpheden uzak biçimde saptanması için bir kez de Adli Tıp Kurumu Üst Kurullarından rapor alınmasından sonra sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden gözetilmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde görevi kötüye kullanmadan mahkumiyet kararı verilmesi, Kanuna aykırı olup, sanık ... ve sanık ... müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükümlerin bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme uygun olarak BOZULMASINA, 30.06.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/9224 E. , 2021/3049 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle öldürme

Hüküm: TCK'nın 85/1, 62/1, 50/3-1.a, 52/2-4, 53/6. maddelerine göre mahkumiyet

“Taksirle öldürme suçundan sanığın mahkumiyetine ilişkin hüküm, sanık müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Sanığın suç tarihinde Fatsa Devlet Hastanesinde genel cerrahi uzmanı olarak görev yaptığı, hamile olan ölenin 16/09/2008 günü sancılarının başlaması üzerine müracaat ettiği Fatsa Devlet Hastanesi'nde mükerrer sekiyo ile canlı bebek doğurtulduğu, post op takiplerinde bulantı, kusma şikayetlerinin olması üzerine semptomatik tedavi uygulandığı, şikayetlerinin geçmemesi üzenine 19/09/2008 günü genel cerrahi konsültasyonu yapıldığı ve önerilerde bulunarak ilave tetkikler istendiği, 28/09/2008 günü peritonit, ileus tanısı ile cerrahi servisine nakledildiği ve hasta izinli olarak evine gönderildiği, şikayetlerinin artması üzerine 29/09/2008 günü İstanbul iline yakınlarının isteği üzerine sevk edildiği, 03/10/2008 günü Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine girişi yapılacak aynı gün kolon perforasyonu ön tanısı ile operasyona alındığı, takiplerinde anterokütan fistül nedeniyle 30/10/2008 günü tekrar ameliyat edildiği, yoğun bakımda takip edilen hasta 06/11/2008 günü öldüğü olayda; Yüksek Sağlık Şurasının 13150 sayılı kararında, "...Konsültasyon istenen hastayı iyi değerlendirmede, kişideki bulguların uzamış ileus tablosu olduğu, bunun

ayırıcı tanısının konması için ayakta direk batın grafisi istenmesinin gerektiği halde bunun yapılmamış olduğu, kişiye yapılan USG'de abdomende bol serbest sıvı, hava sıvı seviyeleri görülmesine rağmen buna yönelik tedavi uygulamadığı, hastaya USG sonrası mutlaka BT çektirmesi gerekirken bunu yaptırmadığı, hastanın takip, tedavi ve tetkiklerinin yetersiz olduğun ve bu yetersizliklerin ölümle illiyet bağının olduğu cihetle, Dr. ...'in (Genel Cerrahi Uzmanı) kusurlu olduğuna, Şuramızca oybirliği ile karar verildi" şeklinde bildirildiği, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Genel Kurulunca tanzim edilen 08/10/2015 tarihli raporunda da, "...26/09/2008 tarihinde batın USG'de saptanan bulgular itibariyle hastanın ayakta direk batın grafisinin çekilerek akut batın yönünden hastanede müşahede altında tutulması gerektiği sevk kararı alınması durumunda da sevk koşulları sağlanarak ambulans ile sevk edilmesi gerektiğinden Genel Cerrahi Uzmanı Dr. ...'in kusurlu olduğu..." tespit edildiğinden mahkemece sanığın mahkumiyetine karar verildiği anlaşılarak yapılan incelemede; Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre sanık müdafinin eksik incelemeye, illiyet bağı bulunmadığına, mahkumiyet kararının usul ve yasaya aykırı olduğuna ilişkin temyiz itirazlarının reddine, ancak; Sanık hakkında hükmedilen uzun süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi sırasında uygulama maddesinin TCK'nın 50/4. maddesi delaletiyle 50/1-a maddesi yerine 50/3. maddesi şeklinde gösterilmesi,

Kanuna aykırı olup, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu nedenden dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince BOZULMASINA; ancak, yeniden yargılamayı gerektirmeyen bu hususun aynı Kanunun 322. maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükmün (4) numaralı fıkrasında yer alan, "TCK'nın 50/3." ibaresinin, "TCK'nın 50/4" ibaresi olarak değiştirilmesi suretiyle, sair yönleri usul ve Kanuna uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 24/03/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

• "İçtihat Metni"

"Görevi kötüye kullanmak suçundan meçhul şüpheli hakkında yapılan soruşturma evresi sonunda Denizli Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 17/10/2014 tarihli ve 2013/27741 soruşturma, 2014/13635 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara yönelik katılan vekili tarafından yapılan itirazın reddine ilişkin mercii Denizli 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 19/07/2018 tarihli ve 2018/2981 değişik iş sayılı kararının; Her ne kadar merci Denizli 2. Sulh Ceza Hâkimliğince "şüpheli hakkında devam eden kovuşturma dikkate alındığında, öncelikle mahkeme tarafından durma kararı verilmek suretiyle evrakın Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilerek kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın yeni delil nedeniyle kaldırılmasını teminen yargılamaya devam edilmesinin gerekmesi, Denizli 12. Asliye Ceza Mahkemesindeki kovuşturma dosyasının derdest bulunması ve bu husustaki işlemlerin mahkemenin talebiyle gerçekleştirilmesi gerekmekte somut itiraz bakımından müşteki vekilinin anılan karara itiraz hakkının bu sebeplerle bulunmadığı" gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiş ise de,

Müştekilerden Raziye Yeşildağ'ın kızı, Mehmet Deniz'in annesi olan müteveffa ...'ın 14/11/2013 tarihinde genel cerrahi bölümünde ameliyatı sırasında batın içinde yabancı cisim çıkarıldığıının bildirilmesi üzerine başlatılan soruşturma kapsamında Denizli Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, meçhul şüpheli hakkında 17/10/2014 tarihli ve 2013/27741 soruşturma, 2014/13635 nolu karar ile kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiği, yeni bir delil ortaya çıkmaksızın aynı olay ile ilgili bu sefer müştekiler vekilinin 13/11/2014 tarihli şikayet dilekçesiyle operasyonu gerçekleştiren şüpheli doktor Nevzat Uğur Kulalı ile diğer sorumlular haklarında şikayetçi olmaları üzerine Denizli Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 06/05/2015 tarihli ve 2015/3110 nolu iddianamenin tanzim edildiği ve yapılan yargılama sonucunda ise Denizli 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 20/11/2018 tarihli ve 2018/547 esas, 2018/521 sayılı kararı ile sanık hakkında açılan kamu davasının 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172/2, 173/6 ve 223/8. maddeleri uyarınca durmasına karar verildiği,

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172/1-2. maddesindeki, "(1) Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmayaya

yer olmadığına karar verir. Bu karar, suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir. Kararda itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilir. (2) Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz." şeklindeki düzenleme ile kovuşturmaya yer olmadığı kararına itirazı düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 173/1. maddesinde yer alan "Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğine itiraz edebilir." şeklindeki hüküm gereğince kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edebilmek için suçtan zarar gören olmak gerekli olduğu, somut olayda Denizli Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 17/10/2014 tarihli kararın müteveffa ...'ın yasal temsilcileri olan müştekilere tebliğ edilmediğinin anlaşılması karşısında, müştekiler vekilince verilen 18/06/2018 tarihli itiraz dilekçesinin öğrenme üzerine süresinde verilen itiraz dilekçesi olarak kabul edilerek esastan inceleme yapılarak bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı gerekçeyle reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 23/12/2019 gün ve 94660652-105-20-12988-2019-Kyb sayılı kanun yararına bozmaya atfen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile Daireye ihbar evrakı ile birlikte tevdi kılınmakla gereği düşünüldü:

Kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden talebin kabulü ile Denizli 2. Sulh Ceza Hakimliğince verilen 19.07.2018 tarihli ve 2018/ 2981 Değişik iş sayılı kararın CMK'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, bozma sebebine nazaran müteakip işlemlerin mercince yapılmasına, dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 06.10.2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi."

12. Ceza Dairesi 2020/4877 E. , 2021/3006 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle öldürme

Hüküm: CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince beraat

“Taksirle öldürme suçundan sanığın beraatine ilişkin hüküm, katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Sanık doktorun Özel Medicalpark Hastanesinde kalp damar cerrahisi olarak görev yaptığı, 26/02/2009 tarihinde Özel Medicalpark Hastanesine göğüs ağrısı şikayeti ile başvuruda bulunan ..., aynı hastanede görev yapan kardiyoloji uzmanı doktor ... tarafından koroner anjio işlemine alındığı, koroner damarda LAD de spiral diseksiyon geliştiği, kalp ve damar cerrahisi uzmanı Uz. Dr. ...'e haber verilmesi üzerine sanık doktorun anjiyo laboratuvarına makul sürede gelerek kardiyoloji uzmanı doktor Hasan Pakdemir ile hastayı değerlendirdiği, hastayı ameliyata alabileceğini, işlemin teknik gereksinimleri nedeni ile ameliyathanede yapılabileceğini, ameliyathane ve hasta hazırlıklarının 30-35 dakika arasında bir süre alacağını belirttiği, bu esnada kişinin klinik durumunda kötüleşme olduğu, ameliyata alınmadan kişinin ölümünün gerçekleştiği olayda; kalp damar hastalığı bulunan kişinin ölümünün koroner anjiyografi işlemi sırasında gelişen koroner arter disseksiyonu ve gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelmiş olduğu, Yüksek Sağlık Şurasının 24-25/10/2013 tarihli 13404 karar sayılı raporunda ve Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 09/04/2015 tarih ve 749 nolu raporunda kalp damar cerrahisi uzmanı Uz. Dr. ...'e atf-ı kabil kusur olmadığının oybirliğiyle mütalaa edilmiş olması karşısında;

Yapılan yargılama sonunda yüklenen suç açısından failin kusurunun bulunmadığı gerekçesi gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılan vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Kusuru bulunmayan sanığın atılı suçtan CMK'nın 223/2-c maddesi gereğince beraatine karar verilmesi gerektiği halde, CMK'nın 223/2-a maddesi gereğince beraatine karar verilmesi;

Kanuna aykırı olup, hükmün bu nedenle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak yeniden yargılamayı gerektirmeyen bu konuda, aynı Kanunun 322. maddesi gereğince karar verilmesi mümkün bulunduğundan, aynı maddenin verdiği yetkiye istinaden, hüküm fıkrasının birinci paragrafı çıkarılarak yerine “Sanığın taksirinin bulunmadığı anlaşıldığından CMK'nın 223/2-c maddesi gereğince BERAATİNE” ibaresinin eklenmesi suretiyle sair yönleri usul ve Kanuna uygun olan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 24.03.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

9. Ceza Dairesi 2020/3991 E. , 2020/120 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Görevi kötüye kullanma

Hüküm: TCK'nın 257/2, 62, 50/1-a, 52/1-2.maddeleri uyarınca mahkumiyet “Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü: Vakıf Gureba Hastanesinde doktor olarak görev yapan sanığın 18.03.2008 tarihinde katılanın bir şikayeti ile ilgili ameliyatını yaptığı sırada katılanın batında cerrahi mala unutulması ve daha sonra katılanın şikayetleri üzerine yeniden ameliyat olmasına sebebiyet vermesi şeklindeki eyleminin taksirle yaralama suçunu oluşturduğu, hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321 ve 326/son maddeleri uyarınca hükmün BOZULMASINA, 17/03/2020 tarihinde oy çokluğuyla karar verildi.”

(MUHALİF)

MUHALEFET ŞERHİ:

“Yukarıda esas numarası yazılı dosya için çoğunluğun görüşüne iştirak etmiyorum. Şöyle ki:

Çözdürülmesi gereken hukuki sorun cerrahi doktor olarak görev yapan sanığın ameliyat sonrasında mağdurun vücudunda "cerrahi mala" olarak tabir edilen cerrahi ekipmanın vücutta kalmasıyla sonuçlanan eylemdeki sorumluluğunun kast ile mi taksir ile mi tanımlanacağı noktasında toplanmaktadır.

Bu aşamada öncelikli husus suç olduğu yolunda duraksama olmayan eylemin oluşum sürecinin bilinmesi olacaktır.

Sağlık Bakanlığı Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği (13.01.1983 tarihli ve 17927 mükerrer Resmi Gazete) yataklı tedavi kurumlarında çeşitli hizmetlerin uygulama esaslarını personelin görev ve yetkilerini ve sorumluluğunu belirler. Yönetmeliğin 8. maddesi hekimlere bu konuda bir sorumluluk vermektedir. Özellikle 16. madde ameliyathane hizmetlerini genel olarak tanımlar.

16/I madde ameliyathanelerin yönetimi hizmete hazır bulunması alet ve malzemelerin sağlanması burada çalışan personelin yönetimi ve eğitimlerinin yapılmasıyla genel cerrahi uzmanını görevlendirmiş olup bu cerrah baş tabipliğe karşı doğrudan sorumludur. 16/I-son fıkra sorumlu uzmanın emrinde çalışmak üzere gerekli görülen personelin görevlendirildiğini bildirmektedir.

16/IV ameliyat sonrası aşamayı bildirmektedir. Sorumlu cerrah bu aşamada 24 saat ile sınırlı olarak yine sorumlu tutulmuştur.

Benzer sorumlulukta 1219 sayılı yasa 70. maddede de bildirilmektedir. Tekrar yönetmeliğe dönülecek olursa 114/1-e bendi hem 1219 sayılı yasaya atıfta bulunmakta hem de dinen hekim olan cerrahı ameliyat konusunda sorumlu tutmaktadır. Bu yönetmeliğe göre elimizde olan önemli bir dayanakta ameliyatı yapan uzmanın ameliyat sonrasında tuttuğu yazılı belgedir. Bu belgenin niteliği yönetmeliğin ek 52 maddesinde form 11 olarak yer almaktadır. Ameliyatın tamamlanma aşamasını teyit eden resmi belge ameliyatı yapan doktor tarafından imzalanarak süreç tamamlanmaktadır. Yönetmelik 138. madde ameliyathane teknisyeninin görevini belirlerken aslında bunun sorumluluğunda uzman doktorun sorumluluğunun alt kademesinde yer alacağını belirtir. Tüm yukarıdakilere ek olarak yönetmelik 119. maddenin uzmanlık eğitimi gören asistan doktorların uzmanlık tüzüğüne göre yetiştirileceğini bildirmektedir.

Bu anlamda uygulamada var olan dayanaklardan biri de tüm hastaneler tarafından kendi bünyesine uyarlanarak temel alınan Sağlık Bakanlığı tarafından 36 nolu yönerge şeklinde tanımlanmış "güvenli cerrahi kontrol listesidir". Her hastane bunu baz alarak kendi kontrol talimatnamesini oluşturmaktadır. Bu tür güvenli cerrahi kontrol listeleri operasyon sonunda ilgili cerrahın imzasıyla tamamlanır. (yönetmelik ek 12-13 nolu form) Bu aşamalar irdelendiğinde operasyon aşamasında hem fiili olarak hem mevzuata göre ana idareci olan kontrol mekanizmasını elinde tutan kişi ameliyatı yapan uzman cerrahdır. İçeri alınan malzemenin sayımı ekip tarafından yapılmakta ve ameliyat sonrası sarf edilen malzeme yine ekip tarafından sayılmakta ise de neticede bunun sayılıp sayılmadığını kontrol etme yükümlülüğü ameliyatı tamamlayan belgede imzası bulunan cerraha aittir. Sonuç itibarıyla bu fiili durumun iyi irdelenmesi gerekir. Mevcut davada cerrahi malanın içeride bırakılması şeklindeki işlemde hem malzeme sayımı hem cerrahı asiste eden asistanın eylemine gözetim bakımından cerrah sanık tarafından kusurlu bir davranış vardır. İlk tespitimiz budur.

İkinci olarak bu eylem sürecinde kusurlu olan hekimin bu kusurlunun kast mı yoksa taksir altında mı gerçekleştiği ceza yargılamasının asıl sorunudur. Sanık hakkında yargılama TCK 257/2 maddeden yapılmıştır. TCK 257. maddede korunan hukuki değer kamu idaresinin disiplinli, dürüst ve etkin şekilde hukuken belirlenen sınırlar çerçevesinde işlemlerini sağlamak suretiyle kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakat ilkeleri açısından adaletli şekilde yürütüldüğü hususunda toplum ve kamu idaresi arasındaki güven ve inancın korunmasıdır.

Mevcut davada sanığın ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işlediği iddiası mevcuttur. Burada temel hareket noktası ihmali davranışın görevin gereğini yerine getirmeme şeklinde ortaya çıkmış olmaktadır. Yukarıda açıklanan mevzuat ve ameliyat aşamasındaki fiili uygulama dikkate alındığında sanık yürüttüğü görevle ilgili yasa, yönetmelik, talimatname gibi düzenleyici işlemlere ve kurallara uymamıştır. İşin teknik mecburiyetleri de fail tarafından yerine getirilmemiştir. Burada ihmal kavramını "kamu görevlisinin yerine getirmekle yükümlü olduğu işini yasal düzenlemelere göre ve işin tekniğine göre yapmamak" şeklinde anlamak ve tanımlamak gerekir.

Sayın çoğunluk sanık eyleminin TCK 89 madde çerçevesinde değerlendirilmesi yolunda bir görüş ortaya koymuştur. Burada 2 adet çekince mevcuttur. TCK 89. madde mevcut haliyle "meslek ve sanata acemiliktir" unsurunu taşımamaktadır. O halde bu ve

benzeri davalarda kusur kavramını dar yorumlayarak TCK 89 maddenin zorunlu bir parçası olarak değerlendirmek hatalı olacaktır. Bu ve benzeri davalarda kusur kavramını failin kusurlu davranışının genel bir çerçevesi olarak tanımlamak kast ve taksir kavramını bu şemsiyenin altında görmek gerekir. İkinci çekince ise aslında kusur oluşturduğu söylenen eylemin hukuksal dayanaklarının (yönetmelik ve talimatnameler) bulunduğu ve eğer bu mevzuata doğru bir şekilde uyulsa idi işin teknik noktasında da hata yapılmayacağı hususunundikkate alınması gereğidir. Eğer sanık kendi söylediği gibi cerrahi malayı ameliyatı kapatma işlemini yapan asistanın içeride unuttuğunu söylüyor ise bu noktada iki ayrı alt başlıkta ihmal gösterdiği söylenecektir. Bunlardan birincisi, ameliyatın olma aşamasında asiste eden doktorun müstakilen sorumluluk almadığı ilgili tüzüğüne göre yetiştirilmek üzere orada bulunduğu ve onun davranış kontrolünün sanık tarafından yerine getirileceği noktasıdır. İkinci şey ise içeriye malzemeyi sayarak alan hemşire ya da teknisyenin ameliyat sonrası kullanılan malzeme hariç diğer malzemeyi sayması şeklindeki eylemin kontrolünde sanık tarafından yapılması gereğidir. Bu iki aşamayı da sanık doktor atlamıştır. Burada eylemin taksir kavramıyla açıklanma olanağı mevcut değildir. Tüm yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde gerek sağlık mevzuatı gerek bir ameliyatın gerçekleştirilme süreci gerek TCK'daki kast ve taksir kavramları birlikte ele alındığında sanık eyleminin TCK 257/2 maddede yer alan ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarını oluşturduğunu düşünmekteyim. Bu nedenle sayın çoğunluğun eylemin TCK 89. madde çerçevesinde olduğu yolundaki görüşüne katılmıyorum.”

12. Ceza Dairesi 2020/3969 E. , 2022/5360 K.

• "İçtihat Metni"

Mahkemesi:Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle öldürme

“Taksirle öldürme suçundan sanıkların beraatine ilişkin hüküm, katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Gerekçeli karar başlığında suç tarihinin “11.11.2008” şeklinde gösterilmesi, mahallinde düzeltilebilir yazım yanlışlığı olarak kabul edilmiştir. Olay tarihinde; ... Üniversitesi ... Tıp Fakültesi Genel Cerrahi bölümünde kısmi statüde öğretim üyesi olan sanık doktor ...’un, aynı zamanda Özel Hastanesi’nde de yarı zamanlı görev yaptığı,

sanık doktor ...'un Özel Hastanesi'nde anestezi uzmanı, sanık ...'ın Özel Hastanesi başhekimisi, sanık doktor ...'ın ise Özel... Hastanesi yoğun bakım ünitesi sorumlusu olarak görev yaptıkları;

66 yaşındaki Hatice Bilginer'e başka bir hastanede yapılan kolonoskopi sonucu bağırsakta polip (sigmoid tümör) saptanması üzerine, hastanın Genel Cerrahi profesörü olan sanık doktor ...'a muayene olduğu, laparoskopik yöntemle ameliyat yapılmasına ve ameliyatın Özel Hastanesinde yapılmasına karar verildiği, hastanın anamnezinde KOAH, Hepatit-C, yüksek tansiyon, gastrit ve obezite hastası olduğu, 2005 yılında kardiyak bypass, 2006 yılında da stent uygulaması yapıldığının anlaşıldığı, ameliyat öncesi kardiyooloji ve göğüs hastalıkları konsültasyonları istendiği, genel anestezi olabileceği onamlarının alınması üzerine 11/11/2008 tarihinde... Hastanesinde sanık doktor ... tarafından laparoskopik sol kolon rezeksiyonu ameliyatının yapıldığı, ameliyatın 4. günü solunum sıkıntısı olana hastanın yoğun bakım ünitesine alındığı, sepsis gelişen hastaya 14/11/2008'de ... başlandığı, 15/11/2008'de ...'den ayrılamayıp taşipnesi artan hasta entübe edildiği, 16/11/2008 de tekrar hipotansiyon gelişen hastaya noradrenalininfüzyonu başlandığı, ciddi ARDS (erişkinin sıkıntılı solunum sendromu) ve sebsis (kan zehirlenmesi), pnömöni geliştiği, sol diafram altında loküle hava görülmesi üzerine 24/11/2008 de BT eşliğinde dren takıldığı, drenen enfektehematom görünümünde bir mayi boşaltıldığı ve dren hava atmaya başladığı weaning yapılmayan hastaya 28/11/2008 de Cerrahi trakeostomi açıldığı, oksijenizasyonu düzeltmek amacıyla iki kere prone pozisyon denendiği, vazopressör ihtiyacı devam eden havayolu basınçları artan ve oksijenizasyonu giderek kötüleşen hasta 01/12/2008 tarihinde hasta yakınlarının isteği ile ileri tetkik ve tedavi amacıyla ... Üniversitesi Tıp Fakültesine koma halinde sevk edildiği, Anesteziyoloji ve Reanimasyon ünitesine alındığı, göğüs cerrahisi tarafından ameliyata alındığı, ameliyat öncesi toraks dreninin diafragmaıpenetre ederek batın boşluğuna ilerlediği ve intraparakimialabse oluştuğu, diafragma tamiri yapıldığı, dren yerleşip preropsatürasyonların düşük seyrettiği, 03/12/2008'de septik şok tablosunda olduğu, çoklu organ yetmezliği nedeni ile 13/12/2008 tarihinde öldüğü olayda;

27 Mayıs 2022 tarih, 31848 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesi ile 3359 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir. "EK MADDE 18- Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olanlar hariç olmak üzere, kamu veya özel ... kurum ve kuruluşları ve vakıf

üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer ... meslek mensuplarının ... mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle yapılan soruşturmalar hakkında 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Soruşturma izni, ... Bakanlığı bünyesinde kurulan Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından verilir. Mesleki Sorumluluk Kurulu, özel ... kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer ... meslek mensupları bakımından il ... müdürlüklerinde görevli başkan veya yardımcılarını da ön inceleme yapmak üzere görevlendirebilir. Soruşturma izni verilmesine ilişkin 4483 sayılı Kanunun 7. maddesindeki süreler, iki kat olarak uygulanır. Mesleki Sorumluluk Kurulunun kararlarına karşı ... Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilir.” amir hükmü gereği, ... Üniversitesi ... Tıp Fakültesi Öğretim Üyesi sanık ... hakkındaki soruşturmanın 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesinde düzenlenen “ ceza soruşturması usulü” ne göre; özel ... kuruluşunda görev yapan diğer sanıklar hakkında ise Mesleki Sorumluluk Kurulundan; soruşturma izni istenmesi ve hukuki durumlarının buna göre değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, yargılamaya devamla sanıklar hakkında yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı olup, hükmün bu sebepten dolayı sair yönler incelenmeksizin 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 06.09.2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/3708 E. , 2022/2591 K.

• "İçtihat Metni"

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle öldürme

Hüküm: CMK'nın 223/2-e maddesi uyarınca; beraat

“Taksirle öldürme suçundan sanığın beraatine ilişkin hüküm, katılanlar vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Sanığın İskenderun Özel Gelişim Hastanesinde Kalp Damar Cerrahisi uzmanı olarak görev yaptığı, 67 yaşındaki hasta ...'in, 28.06.2012 tarihinde bacaklarda ağrı, yürüyememe,

abuk yorulma Şikayetleri ile sanığın çalıştığı özel hastaneye başvurduğu, hasta anamnezinde, diyabet hastası ve yaklaşık 2 yıl önce Gaziantep'te koroner by-pass ameliyatı olduğu bilgisinin yer aldığı; yapılan muayene ve tetkikler sonucu periferik (pelvik bölge, bacak) anjio için yatırıldığı, anjiyo sonucu sağ internaliliyak arterde %70 darlık, sol commoniliyak arter proksimalde %80 darlık ve sol superfisalfemoral arter proksimal %100 tıklalı olduğunun tespit edilmesi üzerine “sol aorta iliyak, femoralpoliteal bypass cerrahi” yapılmasına karar verildiği, hastanın 03.07.2012 tarihinde sanık doktor tarafından ameliyatının yapıldığı, 08.07.2012 tarihinde taburcu edilen hastanın ameliyattan 4 ay sonra 06.11.2012 tarihinde, ameliyat olduğu özel hastanenin acil polikliniğine ameliyat edilen sol bacağında ŐiŐilik ve ameliyat yerinde 1 cm lik açık yara ve kanama Şikayeti ile geldiği, hastanın müŐahade odasına yatırıldığı, kalp damar cerrahisi konsültasyonu istendiği, sanık doktor tarafından muayene edilerek USG tetkiki yapıldığı ve medikal tedavi uygulanarak 07.11.2012 tarihinde taburcu edildiği; hastanın yine aynı Őikayetler ile İŐkenderun Devlet Hastanesine 09.11.2012 tarihinde getirildiği, sol kasığında kanama ve hematoma olan hastaya 3 ünite eritrosit süspansiyon kullanıldığı, hasta önerilerle salalı ile 12.11.2012 tarihinde taburcu edildiği;

16.11.2012 tarihinde hastanın, zel İŐkenderun Gelişim Hastanesine kasık kanaması Şikayeti ile getirildiği, kasıkta organize pıhtı olduğunun tespit edilmesi üzerine, pıhtıyı boŐaltmak ve yarayı revize etmek amacı ile sanık doktor tarafından acil ameliyata alındığı, sol femoral bölgede eski insizyon üzerinde 2 cm'lik bir cilt yarısından fazla miktarda kanamanın devam ettiği, hastanın kan basıncının düştüğü ve ardından kardiakarrestin geliştiği, yaklaşık 15 dk'lık kalp masajından sonra resüsitasyona cevap alındığı, başka kanama odağı olmayan yaraya dren konulduğu, yoğun bakıma nakledilen hastanın 28.11.2012 tarihinde öldüğü, Adli Tıp Kurumu Adana Adli Tıp Grup BaŐkanlıđının 21.03.2013 tarihli otopsi raporunda, kişinin ölümünün anastamoz anevrizmasına bağlı kanama ve buna bağlı gelişen komplikasyonlar sonucu meydana geldiğinin tespit edildiği olayda;

Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, İŐstanbul Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu tarafından tanzim edilen 09.04.2014 tarihli raporda özetle “sol bacakta ağrı Şikayeti ile gelen hastada yapılan tetkiklerde saptanan iliak kritik darlık teşhisi ve yapılan aorta-femoral ve femoro-popliteal greft ameliyatının doğru olduğu, hastada sol kasıkta daha sonraki dönemde meydana gelen anastomoz anevrizmasının bir komplikasyon olduğu, kanama Şeklinde verdiği ilk bulguda sadece yzeyssel dikiş konulup hastanın yatırılmaması ve tedavi edici

önlemleri almamış olması nedeniyle Prof. Dr. ...'nın oybirliği ile kusurlu bulunduğu; Adli Tıp Kurumu Genel kurulundan alınan 10.09.2015 tarihli raporda özetle “sol bacadaki ağrı şikayeti ile gelen hastada yapılan tetkiklerde saptanan iliak kritik darlık teşhisi ve yapılan aorta-femoral ve femoro-popliteal greft ameliyatı doğru olduğu, hastada sol kasıkta daha sonraki dönemde meydana gelen anastomoz anevrizmasının bir komplikasyon olduğu, kanama şeklinde verdiği ilk bulguda sadece yüzeysel dikiş konulup hastanın yatırılmaması ve tedavi edici önlemleri almamış olması nedeniyle Prof. Dr. ...'nın kusurlu olduğu, kişinin klinik durumu itibarıyla uygun tedavi uygulanması durumunda dahi kurtulmasının kesin olmadığı cihetle Prof. Dr. ...'nın kusurlu eylemi ile kişinin ölümü arasında kesin bir illiyet bağı kurulamayacağına” oybirliği ile karar verildiği;

Tüm bu belirlemeler karşısında; sanık hakkında taksirle bir kişinin ölümüne neden olmak suçundan açılan kamu davasının yapılan yargılamasında, dosya içeriğine göre sanığın kusurlu eylemi ile ölüm nedeni arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı tereddütsüz ve şüpheden uzak bir şekilde kurulmadığı, bu nedenle, sanığın eyleminin “taksirle öldürme” suçunu oluşturmayacağı, ayrıca kamu görevlisi olmayan sanığın olaya konu tıbbi girişimi özel bir tıp merkezinde gerçekleştirmesi karşısında, somut olayda TCK'nın 257. maddesinde tanımlanan ihmalî davranışla gerçekleştirilen görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğundan da söz edilemeyeceği anlaşılmakla; sanığın eyleminin de başka bir suç oluşturmadığı anlaşıldığından sanık hakkında taksirle öldürme suçundan verilen beraat hükmünde isabetsizlik görülmemiştir.

Yapılan yargılama sonunda, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmadığı, gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılanlar vekilinin Adli Tıp Genel Kurulunda 39 kurul üyesi doktor tarafından alınan kararda sadece bir doktorun kardiyoloji uzmanı olduğu, kalp ve damar cerrahisi doktor üyenin bulunmaması nedeni ile raporun yetersiz ve eksik olduğu, üniversitelerin Kalp ve Damar Cerrahisi Anabilim dalı öğretim üyelerinden oluşan bilirkişilerden kusur raporu alınması gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, beraate ilişkin hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA, 05.04.2022 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/3638 E. , 2022/2443 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle öldürme

Hüküm: TCK'nın 85/1, 62/1, 50/1-a, 52/2-4. maddeleri uyarınca mahkumiyet

"Taksirle öldürme suçundan sanığın mahkumiyetine ilişkin hüküm, sanık müdafii temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Olay tarihinde sanığın Bursa/Çekirge Devlet Hastanesinde göğüs cerrahisi uzmanı doktor olarak görev yaptığı, acil servis bölümüne araç içi trafik kazası sonrası yaralanması nedeni ile ambulansla getirilen ...'ü muayene eden doktor acil servis pratisyen hekimi ...'ın tetkik sonuçlarının çıkmasının ardından ölen hastayı göğüs cerrahisi uzmanı sanığa yönlendirdiği, sanığın yaptığı muayene neticesinde konsültasyon notunda "sol omuzda ağrı ve karın ağrısı şikayetlerinin olduğu, PA akciğer grafisinde pnömotoraks ve kot fraktürünün olmadığı, akciğer parankiminin normal olduğu ve patoloji olmadığı" görüşüne yer vererek hastayı genel cerrahi uzmanı hekime yönlendirdiği devamında genel cerrahi bölümünden ortopediye yönlendirilen hastanın sol humerus başı kırığı tespiti ile bandaj ve takip önerisiyle taburcu edildiği, taburcu edildiği aynı gün eve geldikten kısa süre içerisinde vefat ettiği olayda;

27/03/2013 tarihli İstanbul 1. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporunda "...kişinin ölümünün genel beden travmasına bağlı ekstremiteler, omur ve çok sayıda kosta kemik kırıkları ile birlikte büyük damar yaralanmasından gelişen iç kanama ve gelişen komplikasyonları sonucu meydana gelmiş olduğu" ile "06/09/2012 tarihinde meydana gelen trafik kazasına bağlı yaralanması ile kişinin ölümü arasında illiyet bağının olduğu"nun bildirildiği, Söz konusu aynı raporda "Hastanın konsültasyon muayenesini yapan göğüs cerrahisi uzmanı Dr. ...'in hastanın muayenesini yaptığı, çekilen grafilerin incelendiği, pnömotoraks ve kot fraktürü ve parankimal patoloji olmadığını bildirdiği, genel cerrahisi ve ortopedi uzmanları tarafından konsültasyonlarının önerdiğinin kayıtlı olduğu, dosyada mevcut olay tarihli Pa akciğer grafisinin kötü çekilmiş olması nedeniyle kosta kırıkları tespiti için uygun olmadığının görüldüğü, torakal vertebraları gösteren grafi bulunmadığı ve otopsisinde sağ 3-

10 kostalarda ve sol 5-8 kostalardamidklavikuler hatta kırık olduğu, T9 omurdaki kırığın tanısının yeniden uygun teknikle grafi çektilirerek tanısının konulmamış olması nedeniyle göğüs cerrahisi uzmanı Dr. ...'in kusurlu olduğu,

Trafik kazası sonrası kişide oluşan travmanın ağırlığı, yaygın seri kosta kırıkları ve torakal omur kırığının bulunması ve büyük damarda laserasyon tespit edildiği ve kişinin yaşı da dikkate alındığında zamanında tanı konularak uygun tedaviye başlanması halinde de kişinin kurtulmasının kesin olmadığı"nın bildirildiği ve aynı hususta düzenlenen Adli Tıp Kurumu İstanbul Birinci İhtisas Kurulunun 10/04/2013 tarihli raporunda da, aynı şekildeki ifadelerle yer verilmesi suretiyle sanık tarafından zamanında tanı konularak uygun tedaviye başlanması halinde de ...'ün kurtulmasının kesin olmadığı yönünde mütalaada bulunduğu anlaşılmakla;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafinin eksik incelemeye, oluşa, illiyet bağının bulunmadığına, sanık hakkında lehe hükümlerin uygulanmadığına ve sair nedenlere ilişkin temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Sanığın davranışları ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının kesin olarak belirlenemediği, bu nedenle sanığın meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacağı, bununla birlikte sanığın, kosta kırıkları tespiti için tanı koymaya elverişli bulunmayan kötü çekilmiş Pa akciğer grafisine itibarla otopside tespit edilen sağ 3-10 kostalarda ve sol 5-8 kostalardamidklavikuler hatta kırıkları tespit edemediği ve torakal vertebraları gösteren grafi çekilmesini istemediği, yeniden uygun teknikle grafi çektilirerek T9 omurdaki kırığın tanısını koymamış olması nedenleriyle görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdiği, bu haliyle eyleminin TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu kapsamında kaldığı değerlendirilerek, bu suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın TCK'nın 85/1. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi;

Kabule göre de ;

1- Sanık hakkında hükmedilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine karar verilmesi ile sonuç ceza olan adli para cezasının hesabında dikkate alınan tam gün sayısının

gösterilmesi sırasında uygulama maddeleri olan TCK'nın 50/4 ve 52/3. maddelerinin gösterilmemesi suretiyle CMK'nın 232/6. maddesine aykırı davranılması,

2- Sanığa verilen taksitli adli para cezasının taksitlerinden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsiline karar verileceğinin ve ödenmeyen para cezasının hapis cezasına çevrileceğinin ihtaratı yerine "ödenmeyen taksitlerin aynı madde uyarınca tamamının tahsiline" karar verilerek TCK'nın 52/4. maddesine muhalefet edilmesi ve infazın kısıtlanması,

Kanuna aykırı olup, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme uygun olarak BOZULMASINA; 29/03/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/3366 E. , 2022/6010 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi :Asliye Ceza Mahkemesi

“Taksirle öldürme suçundan sanıklar ... ve ...’ın beraatlerine, sanık ...’ın mahkumiyetine ilişkin hükümler katılan vekili ile sanık ... müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

2006 doğumlu ...’ın karın ağrısı kusma şikayetleri nedeni ile 01.09.2011 tarihinde ... i Devlet Hastanesine başvurduğu, acil doktoru ... tarafından yapılan muayenesinde üst solunum enfeksiyonu tanısı ile reçete düzenlendiği, şikayetlerinin devam etmesi halinde tekrar hastaneye gelmesinin söylendiği, ...’ın, 03.09.2011 tarihinde karın ağrısı şikayeti ile anılan hastaneye tekrar başvurduğu ve sanık doktorlar ... ve ... tarafından yapılan muayene ve tedavi sonrası evine gönderildiği, 04.09.2011 tarihinde genel durumunda kötüleşme ile anılan hastaneye tekrar getirilen hastanın akut batın tanısı ile ameliyat edildiği ve 04.09.2011 tarihinde perfore apendisit ve peritonit sonucu öldüğü olayda,

Sanık ...’ın aşamalarda verdiği beyanlarında, sanık doktor İsmail ile birlikte acilde nöbetçi olduklarını, hastayı ilk kendisinin muayene ettiğini, daha sonra kan tahlillerini yaptırdıklarını, sanık doktor İsmail’in, sanık doktor ...’ı telefonla arayarak hastanın durumu

hakkında bilgilendirme yaptığını, sanık doktor ...'ın hastaya ağrı kesici serum verilmesini tavsiye ettiğini, hastanın rahatlaması durumunda evine gönderilmesi önerisinde bulunduğunu, hastanın serum sonrası rahatlaması üzerine evine gönderdiklerini beyan ettiği, sanık doktor ...'ın aşamalarda verdiği beyanlarında, hastayı, hastane kayıtlarında sanık doktor ...'ın muayene ettiğinin görüldüğünü, kendisinin de muayene ettiğini, beraber iştişare ettiklerini, film ve tahlil yaptırdıklarını, bulguları sanık doktor ...'a telefonla kendisinin ilettiğini, sanık doktor ...'ın serum yapılması önerisinde bulunduğunu beyan ettiği ve sanık ...'nın aşamalarda verdiği beyanlarında, sanık ... ve İsmail'in kendisini hasta hakkında bilgilendirmediklerini, 04.09.2011 günü doktor ...'ın kendisine hasta hakkında bilgilendirme yaptığını ve bu bilgilendirme üzerine hastayı ameliyata aldığını beyan ettiği, doktor ...'ın aşamalarda verdiği beyanlarında, kendisinin acilde nöbetçi olduğu sırada, acile başvuran hastaya tetkiklerini yaptırdığını, icapçı çocuk doktoru sanık doktor ...'a bildirimde bulunduğunu, sanık doktor ...'ın acil olarak hastaya yatış verdiğini ve hastanın ameliyat edildiğini beyan ettiği, 12.12.2012- 14.01.2015- 22.04.2015- 29.04.2015 tarihli Adli Tıp 1. İhtisas Kurulu raporlarında, dosyada mevcut grafilerin incelenmesinde barsak segmentlerinde seviyelenmelerin görüldüğü, kusma ve karın ağrısı bulgularının olduğu da dikkate alındığında bu bulgularla akut batın tablosunun mevcut olduğu acil yatış ve ameliyat yapılması gerektiği, acil doktorları sanık ... ve ... tarafından çocuk cerrahi uzmanı sanık doktor ...'ın arandığının kabulü halinde, hastaneye gelerek hastayı muayene edip hastanede değerlendirmesi gerektiği, bunu yapmaması halinde kusurlu olacağı hastayı acilde muayene eden sanık doktor ... ve İsmail'in nöbetçi çocuk cerrahına haber vermediklerinin kabulü halinde böyle bulguları olan bir hastanın ilgili branştan konsültasyon istenmesi, ileri tetkik yapılmasının gerektiğinden bunların yapılmamış olması nedeniyle ilgili hekimlerin kusurlu olacağı ile hastaya zamanında uygun tanı konularak, uygun cerrahi tedavi ile kurtulmasının mümkün olduğunun belirtildiği anlaşılmakla,

03.09.2011 -05.09.2011 tarihlerine ilişkin ‘ GSM Görüşme Sorgu Sonuçları ‘ nda sanık doktor ...'ın, sanık doktor ... adına kayıtlı cep telefonundan 04.09.2011 tarihinde 00.38 - 01.13- 02.01 saatlerinde aradığının kayıtlı olduğu görülmüş ise de ‘ Taburculuk Özet Formu’’nun incelenmesinden ve katılan beyanlarından, hastane evraklarından hastayı muayene eden, tetkik ve tahlillerini yaptıran sanık doktor ... tarafından 03.09.2011 tarih saat 22.34 sıralarında hastanın çıkışının yapıldığı ve sanık doktor ...'ın soruşturmaya izin aşamasında muhakkike verdiği beyanında, 04.09.2011 tarih saat 00.38 – 01.13 - 02.01 ‘de sanık doktor ... ile yaptığı görüşmelerin hasta ... hakkında olmadığını beyan etmesi ile ... Bakanlığının 04/03/2016 tarihli yazısı ile acil servis birimi için birden fazla çok hekimin

görevlendirilmesi halinde sorumluluğun hastanın ilk kabul muayenesini yaparak taburculuğuna karar veren ve epkrizde ismi yazan müdavi hekimde olması gerektiğinin, aksinin kabulünün acil servisin geneli için başvuran her hastanın nöbetçi olan her hekim tarafından ayrı ayrı muayene edilmesi ve değerlendirilmesi gerektiğini doğuracağıının bildirilmesi karşısında,

1-Sanıklar ... ve ...'in beraatlerine ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesinde, Yargılama sonunda, yüklenen suçun sanıklar tarafından işlendiğine dair yeterli delil bulunmadığı gerekçe gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılan vekilinin, bir nedene dayanmayan temyiz itirazlarının reddiyle, beraate ilişkin hükümlerin isteme uygun olarak ONANMASINA,

2-Sanık ...'ın mahkumiyetlerine ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesinde, Yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafinin, kusura, meslekten belirli bir süre yasaklama kararının kanun aykırı olduğuna ilişkin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA, 28.09.2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/2630 E. , 2022/1466 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi:Asliye Ceza Mahkemesi

“Taksirle öldürme suçundan sanıkların beraatine ilişkin hüküm katılanlar vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:29.01.2012 tarihinde kulak ağrısı şikayeti ile ... Dr. ... Eğitim ve Araştırma Hastanesine başvuran ...'ya sanıkların nöbetçi olduğu acil servisin T4 numaralı biriminde sağ gluteal bölgeden diclofenac enjeksiyon yapılarak eve gönderildiği, 01.02.2012 tarihinde enjeksiyon bölgesinde sağ kalçada akıntılı yara ve morluk şikayeti ile tekrar hastaneye başvurduğu, yapılan fizik muayenesinde sağ gluteal bölgeden uyluk iç kısmına doğru yayılım gösteren ekimotik ödemli görünüm mevcut olduğu, hastada yapılan tetkiklerde üre, kreatinin yüksekliği, kan gazında asidoz mevcut olduğu böbrek yetmezliği, nekrotizanfaciit ön tanıları ile tedavi başlandığı, dahiliye, ortopedi, genel cerrahi, kalp damar cerrahisi ile konsülte edildiği, dahiliye tarafından takip edilen hastanın genel durumunun bozulması üzerine konsülte edildiği ve sepsis tanısı ile

02.02.2012 tarihinde yoğun bakıma alındığı, 03.02.2012 tarihinde yapılan dermatoloji konsültasyon muayenesinde stafilokoksik haşlanmış deri sendromu, ektimagangrenosum, toksik şok sendromu, toksik eidermalnekroliz/SJS ön tanılarına yönelik bacadan sürüntü kültürü, hemorajik bülden aspirasyon kültürü sağlam büldepunch biyopsi (H-E boyama) 1 adet frozen, gluteal bölgedeki kesi alanından ve bül tavanını içeren alandan doku kültürü gönderildiği, gönderilen punch biyopsi örneğinin histopatolojik incelenmesinde subepidermalveziküler dermatit ve yaygın interstisyel hemoraji tanısı konulduğu, 04/02/2012 tarihinde hastanın prvc modunda mekanik ventilatör desteği aldığı, hemodiafiltrasyon devam ettiği, ng ile enteral olarak beslenme başlandığı, 05/02/2012 tarihinde hemodiyaliz devam ettiği, beslenmeye rağmen ara ara hipogliemi atakları olduğu, hastanın genel durumunun kötüleştiği, periferik dolaşım bozuk olduğu, yüksek ateş tespit edildiği, ateş düşürücü verildiği, hemodinamisi stabil olan hastaya oligüri ve sepsis nedeniyle tekrar hemodiafiltrasyon başlandığı, mekanik ventilasyon desteğine rağmen hipoksi devam ettiği, 07/02/2012 tarihinde dopamin ve steradin infüzyonuna rağmen devam eden hipotansiyon olduğu dıbutamin infüzyonunun tedaviye eklendiği, saat 15:30'da inotropik destek altında ani kardiyak arrest olan hastaya kalp masajı yapılmaya başlandığı, ritm sinüs taşikardisi ile döndüğü, 18.30'da inotrop destek altmda hipotansiyon ve bradikardi gelişen hastaya cpr başlandığı, cpr'a yanıt alınamadığı, hastanın saat 19.00'da exitus kabul edildiği, Mahkeme tarafından alınan Adli Tıp Kurumu ... Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulunun 18/09/2003 tarih 2013/65798/3078 sayılı raporunun sonuç kısmında, kişinin muayenesinin ve tetkikinin yapılarak tanısının konulmuş olduğu, tanıya uygun olarak ilaçların reçete edilmiş olduğu, diclofene enjeksiyonuna bağlı olarak ortaya çıkan kas yıkımının (rabdomyolizin) öngörülemez ve önlenemez olduğu enjeksiyonun yapılma yeri ve şekli ile ilgisinin bulunmadığı, yapılan ilaç enjeksiyonunun bir komplikasyonu olduğu, klinik bulguların ortaya çıkması üzerine tanı konularak uygun tedavinin yapıldığı cihetle kişinin takip ve tedavisine katılan ilgili hekimlere ve yardımcı ... personeline atfi kabil kusur olmadığı yönünde görüş bildirildiği,

Yüksek ... Şurasının 27/28 Kasım 2014 tarih ve 13590 sayılı raporunun sonuç kısmında ise, dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde; hastanın klinik tablosunun nekrotizanfaciit, sinerjistik gangren, sepsis ve toksik şok tablosu ile uyumlu olduğu, ölümün streptokoksik endotoksinlerle meydana gelmiş nekrotizanfasiit, kas yıkımı, akut tubuler nekroz, sepsisten meydana gelmiş olduğu, ortaya çıkan rabdomyolizin (kas yıkımının) öngörülemez ve önlenemez olduğu, klinik bulguların ortaya çıkması üzerine tanı konularak uygun tedavinin yapıldığı anlaşılmacla Dr. ... (Psikiyatri Asistanı) Dr. ... (Acil Tıp

Asistanı) Dr. ... (Pratisyen Hekim) ve Dr. ...'a (Acil Tıp Asistanı) kusur atfedilemeyeceğinin belirtildiği,

Tüm bu bilgiler doğrultusunda, sanıkların, ...'ya yönelik taksirle öldürme suçu bakımından kusurları olmadığından bahisle beraatlerine karar verilmesine yönelik mahkemenin takdirinde bir isabetsizlik görülmemiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılanlar vekilinin kusura, bilirkişi raporlarının bağımsız kurumlardan aldırılması gerektiğine, yapılan enjeksiyonun hatalı olduğuna ve sair nedenlere ilişkin temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Yüklenen suç açısından sanıkların taksirinin bulunmaması nedeniyle beraat kararı verilirken uygulama maddesinin gösterilmemesi suretiyle CMK'nın 232/6. maddesine aykırı hareket edilmesi;

Kanuna aykırı olup, katılanlar vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak yeniden yargılamayı gerektirmeyen bu konuda, aynı Kanunun 322. maddesi gereğince karar verilmesi mümkün bulunduğundan, aynı maddenin verdiği yetkiye istinaden, hüküm fıkrasının birinci bendinde yer alan "beraatlerine" ibaresinden önce gelmek üzere "CMK'nın 223/2-c. maddesi uyarınca" ibaresinin eklenmesi ve hükümdeki diğer hususların aynen bırakılması suretiyle, sair yönleri usul ve Kanuna uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA; 28/02/2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/2146 E. , 2020/5574 K.

• "İçtihat Metni"

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle öldürme

Hüküm: Sanık ... hakkında; TCK'nın 85/1, 62/1, 50/4, 50/1, 52/1, 2, 4. maddeleri uyarınca mahkumiyet

Sanık ... hakkında; TCK'nın 85/1, 62/1, 50/4, 50/1, 52/1, 2, 4. maddeleri uyarınca mahkumiyet

“Taksirle öldürme suçundan sanıkların mahkumiyetine ilişkin hüküm, sanıklar müdafileri ile katılanlar vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü: Katılanlar vekilinin temyiz talebinin sanıklar ... ve ... hakkındaki mahkumiyet hükümlerine yönelik olduğu değerlendirilerek yapılan incelemede;

Sanık ...'nın idaresindeki araçla öğrenci taşımacılığı yaptığı, öğle arasından sonra okula götürmek üzere yedi yaşında olan öleni de araca aldığı, ölenin birkaç arkadaşıyla birlikte yerine oturmayarak şakalaştıkları sırada kapının açılmasıyla aşağı düştüğü, sanığın aracı durdurarak öleni tekrar araca bindirdiği, diğer öğrencileri okula bıraktıktan sonra evden çocuğun annesini de alarak devlet hastanesine geçtikleri, burada çocuk cerrahisi uzmanı olan sanık ..., ortopedi uzmanı olan temyiz dışı sanık ... ve beyin cerrahi uzmanı olan bir başka doktor tarafından muayene edildiği, röntgen çekilerek pelvis kırığı tespit edildi, yatışının yapıldığı, mesaiden sonra sabaha kadar hemşire tarafından nabız ve kan tahlili sonuçlarının sanık ...'e bildirildiği, sabah saat 07:00 sıralarında çocuğun fenalaştığı, yapılan müdahaleye rağmen kurtarılamayarak hayatını kaybettiği olayda,

A-Sanık ... hakkındaki mahkumiyet hükmüne yönelik temyiz isteminin incelenmesinde;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre sanık ... müdafinin olayda doktorların eylemi ile ölüm neticesi arasında illiyet bağı olduğu, ölümün eksik tedaviden kaynaklandığı, katılan annenin beyanından da bu durumun açıkça anlaşıldığı, ölenin de çocuk olmasına karşın kusurunun olduğunun bilirkşi raporunda da belirtildiğine ilişkin ve sair, katılanlar vekilinin ise sanık ...'in mevzuata aykırı araçla öğrenci taşımacılığı yaptığı, bu nedenle bilinçli taksirle hareket ettiği, bu halde de TCK'nın 50/4. maddesi uyarınca hapis cezasının adli para cezasına çevrilemeyeceğine ilişkin ve sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Sanık hakkında hükmedilen uzun süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine karar verilirken adli para cezasının belirlenmesine esas alınan tam gün sayısının gösterilmemesi suretiyle TCK'nın 52/3. maddesine aykırı hareket edilmesi, Kanuna aykırı olup, hükmün bu nedenle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak yeniden yargılamayı gerektirmeyen bu konuda, aynı Kanunun 322. maddesi gereğince karar verilmesi mümkün bulunduğundan, aynı maddenin verdiği yetkiye istinaden hükmün B fıkrasının 3 nolu bendi çıkarılarak yerine "Sanığa verilen 3 yıl 4 ay hapis cezasının sanığın kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu ve suçun işlenmesindeki özellikler nazara alınarak TCK'nın 50/4. maddesi yollamasıyla 50/1-a.maddesi gereğince adli para cezasına çevrilmesine; TCK'nın 52/3. maddesi gereğince adli para cezasının belirlenmesine esas tam gün sayısının 1.215 tam gün olarak belirlenmesine, TCK'nın 52/2. maddesi gereğince sanığın ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak bir gün karşılığı adli para cezasının takdiren 20 TL hesabıyla 24.300 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına" ibarelerinin eklenmesi suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA,

B-Sanık ... hakkındaki mahkumiyet hükmüne yönelik temyiz isteminin incelenmesine gelince;

Adli Tıp Kurumu Antalya Grup Başkanlığı Morg İhtisas Dairesinin 03/08/2007 tarihli raporunda "küçüğün ölümünün trafik kazası sonucu oluşabilir nitelikte iç organ yaralanması, iç kanama ve akut peritonitten ileri geldiğinin" bildirildiği, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 10/06/2009 tarihli raporunda "olay sonrası yapılan muayenesinde iskion pubis kırığı, batında hassasiyet saptandığı, annenin ifadesinden sık sık kustuğu, tedavi tabelasında da kustuğu belirtilerek Metpamidamp 1/2 uygulandığı, aynı gün yapılan nöroşirurji muayenesinde hastanın ağrı şokunda olduğu belirtildiği, tansiyon takibi yapılmamış ise de hemotokrit değerlerinde fazla düşüş olmamakla birlikte nabız taşikardik olduğu, olay ile ölüme kadar geçen süre ve otopsi bulguları da dikkate alındığında; Küçüğün ölümünün trafik kazası ile husulü mümkün bilateral sakroiliak kemik kırıklı çıkığı ile yaygın doku içi kanama, batın içi kanama, ince barsak kopması ve akut peritonitten ileri geldiğinin" bildirildiği,

Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 19/02/2010 tarihli raporunda "tıbbi belgelerden genel vücut travması bulguları ile izleme alınan çocuk hastaya, nazogastriksonda

takılmadığı, folay sonda takılmadığı, tansiyon takibi kaydı bulunmadığı, idrar çıkış takibinin yapılmadığı, izleminde ayakta direkt batın grafisi kontrolü ve ultrason ve tomografi tetkiki yapılmadığı, geçirilen travmanın (pelvik kırık, barok rüptürü) başlı başına ciddi bir yaralanma olduğu, her türlü tıbbi tedaviye rağmen ölüm riski yüksek olan bir durum olmakla birlikte, Çocuk Cerrahisi Uzman Dr. ...'ın ve Konsultan Hekim Ortopedi Uzmanı Dr. ...'ın hasta takibinde yetersiz izlemde bulunduğu eylemlerinin tıp kurallarına uygun olmadığı" bildirildiği,

Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 17/07/2014 tarihli raporunda ise "ortopedi açısından acil cerrahi endikasyonu bulunmadığının tespitinin doğru olduğu, batın hassasiyeti bulunması nedeni ile çocuk cerrahisi konsültasyonu önerisinin doğru olduğu ve çocuk cerrahisi uzmanı tarafından muayenesinin yapılarak akut batın ön tanısıyla çocuk cerrahisi kliniğinde takip ve tedavisinin devam ettiğinden Ortopedi ve Travmatoloji Uzmanı Dr. ...'a kusur atfedilemeyeceği, Beyin Cerrahisi Uzmanı Dr. ...'ın çocuğun muayenesini yaptığı, acil beyin cerrahisi açısından patoloji tespit edilmediği, muayene bulgularına göte akut batın ön tanısı konularak hastanede çocuk cerrahisi kliniğinde takip kararının uygun olduğu, ancak genel beden travması bulguları bulunan ve akut batın ön tanısı olan çocuğa nazogastrik sonda takılmadığı, foley sonda takılmadığı, tansiyon takibi kaydı bulunmadığı, idrar çıkış takibinin yapılmadığı, ayakta direkt batın grafisi, ultrason ve tomografi tetkiki yapılmadığından Çocuk Cerrahisi Uzmanı Dr. ...'ın kusurlu olduğu, Dr. ...'ın kusurlu eylemi ile çocuğun ölümü arasında illiyet bağı bulunduğu ancak trafik kazası sonrası çocukta oluşan travmatik değişimlerin lokalizasyonları, özellikleri ve ağırlıkları itibarıyla zamanında gerekli tetkiklerinin yapılarak doğru tanı, takip ve tedavisinin yapılması durumunda da çocuğun kurtulmasının kesin olmadığından trafik kazasına bağlı yaralanma ile ölüm arasındaki illiyet bağına kesmeyeceğinin bildirildiği,

Yerel mahkemece illiyet bağının net bir şekilde tespiti amacıyla rapor talebine cevaben gönderilen Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 08/07/2015 tarihli yazında "Genel Kurul mütalaasında çocuğun ölüm nedeninin genel beden travmasına bağlı değişimler ve komplikasyonlar olarak değerlendirildiği, olay ve ölüm sürecinde esas etkenin travma olduğu sonucunun belirtilmiş olduğu, doktorun kusurlu eyleminin esas olayla ölüm arasında illiyet bağını kesmeyeceği ifadesinin bu illiyet bağını ortaya koymak için belirtilmiş olduğu, Genel Kurul mütalaasında oy çokluğu ile alınmış kararın mahiyet itibarı ile "Yaralanmanın ağırlığı nedeniyle ilk müdahaledeki eksikliğin doğrudan ölüm ile illiyetinin kurulamayacağı, dolayısıyla yaralanma ile ölüm arasındaki illiyetin hekimlerin göstermiş olduğu eksiklik

nedeniyle kesilmediği, bu eksikliğin bu ağır tablo içerisindeki çocuğun ölümüne doğrudan katkısı olacak bir eksiklik olmadığı" anlamına geldiği ve bu şekilde ilgi yazıda sorulan hususlara Genel Kurulca düzenlenmiş olan 17/07/2014 tarihli mütalaada cevap verilmiş olduğunun bildirildiği dikkate alındığında, tedavideki eksiklik ile ölüm neticesi arasında illiyet bağının olmadığı, bilirkişi raporlarında belirtildiği şekilde tedavide ihmal gösteren sanığın eyleminin, TCK'nın 257/2. maddesindeki ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu, bu suçun ise TCK'nın 66/1-e.maddesi uyarınca 8 yıllık zamanaşımına tabi olduğu, dava zamanaşımını kesen nedenlerin varlığı halinde süre yeniden işlemekte ise de, bu sürenin 67/4. maddesi uyarınca en fazla yarı oranında uzayacağı, soruşturma izninin talep edildiği 03/09/2010 tarihi ile izin kararının itiraz incelemesinden geçerek kesinleştiği 27/04/2011 tarihi arasındaki sürede zamanaşımı durmuş ise de; suç tarihi olan 22/01/2007 tarihinden itibaren TCK'nın 66/1-e ve 67/4.maddelerinde öngörülen 12 yıllık zamanaşımı, durma süresi de hesaplandığında inceleme tarihinden önce 16/09/2019 tarihinde gerçekleşmiş olmakla, hükmün gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, aynı Kanunun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, TCK'nın 66/1-e, 67/4, CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince kamu davasının DÜŞMESİNE, 03/11/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/1708 E. , 2020/5411 K.

• "İçtihat Metni"

Mahkemesi:Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle yaralama

Uygulama: TCK'nın 73, CMK'nın 223/8. maddesi gereğince düşme

“Taksirle yaralama suçundan sanıklar hakkında açılan kamu davanın düşürülmesine ilişkin hüküm katılan vekili temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü: Sanık ...'ün... Devlet Hastanesinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekimi olarak, sanık ...'in doğumhanede görevli ameliyat hemşiresi, sanık ...'nın da ameliyat ebesi olarak görev yaptıkları, katılan ...'ın 13/04/2010 tarihinde... Devlet Hastanesinde miadında gebe ve ağırlı myom endikasyonu ile sezaryen ameliyata alındığı, ... 10 olan canlı bir bebek doğurtulduğu, aynı zamanda kişinin myomlarına yönelik operasyon uygulandığı, 16/04/2010 tarihinde

kişide ani kusma ve mide ağrısı nedeniyle cerrahi konsültasyon istendiği, akut sigmoid torsiyonu düşünülerek ... Hastanesine sevk edildiği, sevk edildiği merkezde akut batin ön tanısı ile 18.04.2010 tarihinde ameliyata alındığı, ameliyat gözleminde sol üst kadranda yabancı cisim (pet) tespit edildiğinin anlaşıldığı, ilk ameliyat sebebiyle katılanın basit tıbbi müdahale ile giderilemez, hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı, katılanın ameliyat sonrası 21.04.2010 tarihine kadar tedavisinin ... hastanesinde devam ettiği, 22.04.2010 tarihinde tedavisinin sona ermesi nedeniyle...‘ye döndüğü, 18.04.2010 tarihinde yabancı cisim unutulduğunu öğrendiğinin anlaşılması karşısında;

Taksirle yaralama suçunun TCK'nın 89/5. maddesi uyarınca takibinin şikayete tabi olduğu ve dosya içeriğine göre şikayetin TCK'nın 73/1. madde ve fıkrasında öngörülen 6 aylık süre geçtikten sonra 31.03.2011 tarihinde şikayet ettiği anlaşılmakla;

Bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin bilinçli taksir koşullarının oluştuğuna yönelik temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA, 21/10/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/1335 E. , 2021/1418 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle öldürme

Hüküm: Sanıklar ... ve hakkında ayrı ayrı; TCK'nın 85/1, 62, 51/1-7. maddeleri gereğince mahkûmiyet

“Taksirle öldürme suçundan sanıklar ... ve ...'ün mahkumiyetine ilişkin hükümler, sanıklar müdafii tarafından temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü: 1926 doğumlu ölen ...'nın göğüs ağrısı şikayeti ile 8 kasım 2005 tarihinde saat 17-18 civarında Özel Memorial Hastanesinden çağrılarak, yönlendirilen ambulansla adı geçen hastaneye transfer edildiği, hastanın acil poliklinikte acil doktoru sanık Dr.....tarafından karşılanarak, kısa bir süre içerisinde kardiyoloji uzmanı sanık Dr. ...'na devredildiği; göğüs

ağrısı ve EKG bulgularına göre “akut koroner sendrom” tanısı ile yatırıldığı, şikayetleri devam eden hastaya sanık kardiyolog Prof.Dr....'ün başkanlığında içlerinde tanıklar kalp damar cerrahisi bölüm başkanı Prof. Dr.... ve kalp ve damar cerrahı Doç.Dr.... ve kardiyoloji uzmanı tanık Dr....'in de yer aldığı 7-8 kişilik kardiyologlarca koroner anjiyografi endikasyonları konulduğu ve bu endikasyon hasta yakınları tarafından kabul edilerek koroner anjiyografi uygulandığı, işlemi müteakiben koroner yoğun bakım ünitesine tekrar transfer edildiği, hastanın buradaki tedavisinin sanık Prof.Dr. ...'ün verdiği order doğrultusunda, hemşirelerce uygulandığı, gece boyunca hastanın durumunda değişiklik olduğunun gözlemlendiği ancak nöbetçi kardiyoloji asistanı temyiz dışı sanık ... tarafından siyatalji ve hastanın diyabetik olması nedeni ile Nabetinnietabolik komplikasyonları üzerinde durulduğu; temyiz dışı sanık nöbetçi dahiliye uzmanı Dr. ... ile telefonla konsulte edildiği, buna karşın 9.11.2005 tarihinde saat 07-08 civarında hastada preşok ve şok tablosu geliştiği, resusitasyon yapıldığı ve bunu müteakiben entübe edilerek, koroner yoğun bakımdan genel yoğun bakıma transfer edildiği, genel yoğun bakıma derin anemi, hipovolemik şok tanısı ile alındığı ve buna yönelik tetkikler sonucunda genel yoğun bakım ünitesi sorumlu uzman hekimi temyiz dışı sanık ... tarafından retroperitoneal ve intraperitoneal kanama tanısı konularak kalp damar cerrahisince opere edildiği, ayrıca hastanın genel yoğun bakımda nöroloji uzmanı sanık ile gastroenteroloji birimlerince de konsulte edildiği, fakat tüm müdahalelere rağmen hastanın 9.11.2005 de solunum ve dolaşım yetersizliğinden hayatını kaybettiği olayda; Dairemizin 09.11.2017 tarih ve 2017/2042-201778741 sayılı bozma ilamı ile Adli Tıp Kurumu 1.Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun 25/06/2014 tarih ve Karar No: 2913 olan raporunu tanzim eden heyette kardiyoloji uzmanı bulunmadığından sanıkların taksirle öldürme suçu yönünden olayda kusurlu olup olmadıklarının kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenebilmesi bakımından aralarında kardiyoloji uzmanlarının da yer aldığı Adli Tıp Kurumu veya konularında uzman üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi kurulundan rapor alınarak, kusur durumunun şüpheye yer bırakmayacak biçimde belirlenmesi gerektiğine karar verilmesi üzerine, İstanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 8.Adli Tıp İhtisas Kurulundan alınan 20/03/2019 tarih ve 2019/546 sayılı raporuna göre; "...11.11.2005 tarihinde öldüğü bildirilen 1924 doğumlu hakkında düzenlenmiş adli ve tıbbi belgelerde bulunan veriler birlikte değerlendirildiğinde;

1-Zamanında otopsi yapılarak dokularda makroskopik, toksikolojik ve histopatolojik inceleme yapılmamış olmakla birlikte daha önce AMI geçiren kişinin 08.11.2005 tarihinde saat 17:45'te 1 saattir devam eden göğüs ağrısı nedeniyle Memorial Hastanesi'ne başvurduğunda Acil hekimi tarafından karşılandığı, göğüs ağrısı olan hasta için

kardiyoloji uzmanı doktor'nu çağırdığı, kardiyoloji uzmanı Dr.... tarafından yapılan muayenesinde endişeli, soluk, taşikardik, kronik anemisinin zaman zaman demir replasmanı ile düzeldiği, nabız palpabl, akut koroner sendrom tanısı ile koroner yoğun bakıma yatırıldığı, ağrısının devam halinde acil koroner anjiosunun planlandığı, 7-8 kişilik kardiyoloji ve kalp damar cerrahisi ekibi tarafından anjio endikasyonu konulduğu, EKG'sinde akut koroner sendrom, hızlı ventrikül cevaplı atriyal fibrilasyon, EKG'sinde ST depresyonu olduğu, Kronik anemisi olan hastanın Saat: 17:41'de bakılan CK-MB:4.67 olduğu, Troponin:0.021 olduğu, Prof Dr. ... tarafından saat 18:30'da yapılan anjiosunda sağ koroner RPL dalında %95 darlık olduğu, dilatasyon sonucu optimal açıklık sağlandığı, bradikardi geliştiğinden sağ femoral venden PACE katater yerleştirildiği, pace kataterin femoral artere takılı olduğu, işlem sırasında arterde kanama ve hafif hematoma olduğu, gece nöbetçisi Dr. ...'a bilgi verildiği, hızlı ventrikül cevaplı atriyal fibrilasyonu bulunduğu, Ca Antagonisti başlandığı ve sağ koronere balon dilatasyon yapıldığından Heparin'e devam edildiği, saat 19:30'da takiplerinde tansiyon 124/85 mmHg, nabız:110/dk, solunum:20/dk, 19:45te 200/99 mmHg, nabız:105, solunum 24/dk, kalçada ağrısının olduğu, kardiyoloji uzmanı Dr.....u'nun AMI nedeniyle koroner yoğun bakıma yatırdığı, Hipertansiyon ve şeker hastalığının da olduğu, Nabız:167/dk, cilt soluk, havayolu açık, kullandığı ilaçlarını Beloc, Dolantin ve Heparin ile değiştirdiği, tetkiklerinde hemoglobin:11.0,Htc:33.4, Lökosit:20.00, Nötrofil:%81,(n:40-72), Lenfosit:%10.3, Monosit:%7.7., Glikoz:191, Potasyum:3.02, Kan şekeri:230mg/dl, saat 20:00 de ateş:36 derece, tansiyon: 201/92 mmHg, nabız:102/dk, solunum 20/dk, ağrı yok nabızlar palpabl, saat 21:00 160/80 mmHG, nabız:100/dk, solunum 18/dk, ağrı olmadığı, nabızlar ++ olduğu, Saat 22:00 Tansiyon 125/62 MMhG, Nabız:109/dk, solunum 19/dk, ağrı yok, nabızlar ++, 23:00 127/61 MMhG, Nabız:94/dk, solunum 24/dk, ağrı yok, Nabızlar ++Saat 23:00'te Prof. Dr. ...'ün muayenesinde nabız taşikardik, giriş yerinde kanama olmadığı, nabızlar açık olduğu, gece boyunca koopere, nabız:90-110, heparin infüzyonu yapıldığı, hafif sırt ağrısının devam ettiği, Dr. ... tarafından siyatalji olarak değerlendirildiği, 24:00 Ateş:36.3, tansiyon: 138/65 mmhg, nabız:86/dk, solunum:19/dk, ağrı yok, nabızlar ++, 02:00 135/64 mmHG, Nabız:96/dk, solunum:24, ağrı kalçada yok, nabızlar ++ Gece notunda oryante, koopere, nb:90-110, AF'si olduğundan Heparin aldığı, saat 03:30'da tansiyon düştüğü için nitro infüzyonu kesildiği, femoral arter ve ven sheatı nedeniyle hafif sırt ağrısı olduğu, Saat 04:00'te normotansif olduğu, sedatize edildiği, APTT kan şekeri, elektrolit, keton bakıldığı, APTT yüksek bulunduğu için heparin kesildiği, kan şekeri 800 üzerinde bulunmuş, sodyum, potasyum, klor düşük bulunduğu, idrarda keton bulunduğu, insülin perfüzyonu başlandığı, saat 05:00 gibi huzursuzluk ve hafif terlemesinin olduğu, şuur açık, koopere, tansiyon:140/70 mmhg, nb:95-10 mmhg, 04:55'te

kan şekeri glikometri ile ölçüldüğünde ölçüm sınırının üstünde değer verdiği, sabaha kadar kan şekeri yüksek olduğundan saat 06:00'da Dahiliye Uz. Dr. ile telefon ile görüşülerek kardiyoloji asistanı Dr. ... tarafından insülin başlandığı, Saat 06:09'da venöz kandan alınan APTT'sinin 257 sn.(26-36 sn) olduğu, 07:00'de kan şekerinin cihaz sınırının üstünde olduğu,07:05'te asistan Dr. ... tarafından dahiliye konsültasyonu istendiği, 07:15'te kan şekeri kan şekeri 89 olduğu, Dahiliye Uzmanı Dr.'a bildirildiği, 08:00'de solunum sıkıntısının hafif şiddette ortaya çıktığı, kan şekeri çok yüksek gelmesi nedeniyle dahiliye konsültasyonu istendiği, Dahiliye Uzmanı Dr. ...'ın konsültasyon muayenesinde genel durum iyi, tansiyon stabil, solukluk ve taşikardisinin olduğu, tansiyon:100/75 mmhg, nb:106/dk, dudakları siyanoze, cildinin hafif soluk olduğu, insülin perfüzyonunun devam etmesi, İsolet 1000cc içine KCl konması, saatlik kan şekeri ve potasyum takibi yapılması, APTT yüksek geldiği için Heparin stoplandığı, hemorajik odak olmadığı, Digoksin ampül yapıldığı, Anestezi Uzmanı Dr. ...Tarafından yapılan muayenesinde pupillalarizokorik, tansiyon alınamadığı, nabız:110/dk, olan hastanın periferik nabızlarının alınamadığı, prekordiyal masaj yapıldığı, derin hipotansiyon nedeniyle acilen inotropik destek sağlandığı, medikal resüsitasyon sağlandığı, orotrakeal entübe edildiği, Saat 09:00da saat 09:15'te (başka bir hastanın sheatı çekilirken?) hemşire tarafından aniden başlayan sızıntısının arttığının ifade edildiği, genel durum orta-iyi, soluk, taşikardik, hipotansif, göğüs ağrısı devam ettiği, 90-95 arası seyrettiği, sabah 08:00'de sıkıntısının başladığı, nefes alamadığını belirttiği, solunum sesleri kaba, soluk, taşikardik, kan şekeri yüksek çıktığı için dahiliye konsültasyonu istendiği, APTT yüksek olduğu için heparinstoplandığı, hemorajik odak olmadığı, Dahiliye Uzmanı Dr.'ın konsültasyonunda tansiyon:100/75 mmHg, NB:106/dk, dudaklar siyanoze, cildi soluk, Digoksin ampül yapıldığı, insülin perfüzyonunu devamı, İsolet 1000cc içine KCl konarak damardan verilmesi, saatlik kan şekeri ve potasyum takibi yapılması, Saat 09:15te kardiyoloji Uz. dr. görüldüğü, bunun üzerine muayenede genel durum orta-iyi soluk taşikardik, nefes alamadığını belirttiği, solunum sesleri kaba, taşikardik olduğu, sorgulamada saat 08:00 gibi sızıntısının ortaya çıktığı, gece saatlerinde kan şekeri yükseldiği için doktorun gelerek hastayı muayene ettiği, APTT yüksek geldiği için heparinstoplanması, hemorajik odak bulunmadığı, Digoksin ampül yapıldığı, stabilleşmesi için genel yoğun bakıma yatırılacak iken solunum kötüleşmesi üzerine entübe edilerek genel yoğun bakıma gönderildiği, 08:57'de laboratuara teslim edilen tetkiklerde; hb:7.2, hemotokrit: 23.2 olduğu, Saat 09:00'da genel yoğun bakıma alındığı, 09:28de kan gazının Hemotokrit:18.1, PH:6.8, Glukoz:366, ctHB: 4.9 olduğu, Saat 10:00 nabız:83, tansiyon 123/40 mmHg olduğu, Saat 10:30'da genel cerrahi uzmanı Dr..... tarafından yapılan konsültasyonda yeterli perfüzyon basıncına ulaştığında inguinal hematoma geliştiği, MI sonrası takılan stent sonrası genel

durumu kötüleştiği, hemorajik şok geliştiği, batin distandü, hb:4 olduğu, 2 ünite transfüzyon yapıldığı, acilen abdominal BT çekildiği, ışık refleksi ara ara kaybolduğu tekrar geldiği, DİC, Anüri ve sepsis geliştiği, 10:48'de çekilen BT'de sağ femoral arterden aktif ektravazasyon ve hematoma, batin içinde bir miktar kan pelviste olduğu, Sağ böbrek orta kesiminde yaklaşık L2 vertebra korpusu düzeyinde sağ yarıda paraaortakaval lokalizasyonda düzensiz sınırlı heterojen dansitede koleksiyon alanı olduğu, hematoma sahası sağ iliak kanadın içerisine tümü ile doldurmakta olup, iliopsoas kası ile arasındaki sınırlar net olarak ayırt edilemediği, hematoma sahası sağ inguinal bölgede eksternaliliak arter, derin ve yüzeyfemoral arterler çevresinde yoğunluk kazandığı, Bu lokalizasyonda femoral ven net olarak vizualize edilemediği, hematoma basısına sekonder kalibrasyonunda incelme olduğu, bu bölgeden cilt altına uzanım gösteren muhtemel drenaj kateterine ait görünüm, Mesane ön duvarı ile batin ön duvarı arasında yaygın yüksek dansiteli hemorajik koleksiyon alanı olduğu, Yaklaşık T-12 vertebra korpus inferior düzeyinde psoas kası çevresinden inferiorda kesit alanına giren düzeylerde yüzey el ve derin femoral arter orta kesimine kadar uzanım gösteren yer yer loküle formda en geniş yerinde transvers çapı 6x10 cm'ye ulaşan yüksek dansiteli koleksiyon alanı(retroperitoneal hematoma?), olduğu, ambuyla ventile edildiği, pace takıldığı, hb:4.8, USG normal, sıvı ve kan ürünleri ile canlandırma yapıldığı,Anestezi Uzmanı Dr. tarafından yapılan konsültasyonda hemoglobin değerlerinde düşme, şuur konfüze, spontan solunum yüzeyeltaşipneik, orotrakeal olarak entübe edildiği, genel yoğun bakıma alındığı, ambu ile ventile edildiği, hb:4.8, batin BT sağ inguinal ve sağ pelvik hematoma olduğu, opere edilerek sağ femoral ven eksplore edildiği,9.11.2005 tarih saat 11:14'te yapılan tetkiklerinde ph:7.026, hemoglobin:6.9, Na:132, k:3.07, Cl:98.5, , glukoz:378, lactat:19.9,11:48'de CK-MB:4.67, troponin:0.021 olduğu, APTT:257., Glukoz:891mg/dl, sodyum 131(132-146sn) mg/dl, potasyum 3.12(n:3.5-5), Klor:94 (n:101-110), HBA1C:8.6, hemoglobin:7.2, hematokrit:23.2, lökosit:26000, nötrofil:%87, lenfosit:%9.0, kan gazı:ph:6.8 olduğu, 09.11.2005 tarihinde saat 12:00'de Kalp ve Damar Cerrahisi Uzmanı Prof.Dr. ... tarafından operasyona alındığı, operasyonda sağ femoral bölgeye longitudinal insizyonla girildiği, eksplorasyondalojdafemoral kanaldan retroperitona ulaşan hematoma olduğu, hematomaun temizlendiği, femoral artere ulaşıldığı, femoral arter etrafındaki angiodelin çıkarıldığı, arter yan yüzden sütüre edildiği, tekrar yoğun bakıma alındığında ağırlı uyarana yanıt alınamadığı, Saat 12:29'da yapılan tetkiklerinde ph:7.199, pco2:34.7(n:35-45), Na:137, K:2.78, Cl:98.7, glukoz:356,saat.14:33'te yapılan tetkiklerde ph:7.202, pco2:45.1(n:35-45), po2:97.5, Na:140(135-148) Saat: 14:37de hemotokrit:32.8, hb:11.0 olduğu, Saat:15:26 yapılan tetkiklerde hemoglobin:11.0, hematokrit:32.8, lökosit:19.94, trombosit:118.000 olduğu, saat 21:04 te yapılan tetkikilerde ph:7.33,

pco2:42.5, Na:142.2, k:3.01, cl:98.1, glukoz:480, 10.11.2011 Saat:06:00,APTT:33, Protrombin zamanı:24, INR:2.09 olduğu, HCT: 32.6, trombosit:83.000, lök:7.600, nötrofil:%89.7, üre:103, kreatinin:2.37, Saat 10:00 şuur kapalı, dinlemekle solunum sesleri eşit olduğu, batın distandü, tansiyon:110/40 mmhg, nabız: 98/dk, ateş:37.5, Saat10:50 APTT :45.5, pıhtılaşma zamanı:32.9, aktivite:27, fibrinojen 275(n:200-400),D-Dimer.5(n:<0.05),ph:7.287(n:7.35-7.45)pco2 :30.9(n:32-45), po2 :109, k:3.08(n:3.5-5.1), glukoz: 344(n74-106), trombosit: 33000 olduğu, Saat 14:03'te yapılan Tromboelastogram CT:109, alfa açısı:62, Tromboelastogramintem: CT:265, CFT:146, Alfa açısı:65 olduğu, APTT:45.5, Pıhtılaşma süresi:32.9, Aktivite:27, D-Dimer: 1.5(<0.5), kan gazı: ph:7.28, PCO2:30.9, Hematokrit:22.8, K:3.06, Ca:0.94910.11.2011 Saat 14:20'de yapılan genel cerrahi konsültasyonunda yoğun bakımda görüldüğü, retroperitoneal hematoma ve batın içi sızıntıya bağlı olabileceği, üst GİS kanamasının akut eroziv gastrit kaynaklı olabileceği, yaygın H2 reseptör bloker tedavisi uygulandığı, lök:7.600, barsak sesleri hipoaktif, Melena olursa lavman ile rahatlatılması ve kontrastsız batın BT yapılması, uygun zamanda gastroskopi yapılması, 10.11.2011 tarihli saat 16:20'de GİS kanaması nedeniyle istenen gastroenteroloji konsültasyonunda nazogastrikten kanamasının olduğu, hg:7, trombosit: 83.000'e düştüğü, PT ve INR uzun olduğu,nöroloji Uz. Dr. tarafından yapılan konsültasyonunda beyin refleksleri olmadığı, DTR'ler alınmadığı, Babinsky bilateral lakayt, hipovolemik şok sonrası oluştuğu, Mannitol, Onadron, Nootropilampül uygulandığı, durum stabilize edildiğinde kontrol BT uygun olduğu, genel cerrahi muayenesinde NG aktif kanaması yok, kan basıncı:130/80 mmHg, kan gazı: hemoglobin:7.8, hastaya kan ve plasma transfüzyonu devam ettiği, acil cerrahi gerektirecek durum olmadığı, kan transfüzyonu devamı, SF ile lavman yapılması, hemogram:25.6 g/dl, trombosit: 33.000, tedaviye K vitamin ampül uygulanmasının uygun olduğu, Saat18:55 hemoglobin:9.0, hematokrit:25.6, lökosit:3.35, Trombosit: 33.000, Nötrofil:%86.9 olduğu , Saat 23:59 Alyuvar:3.2, Hct:28, Nöt:%86, lök:3.28, Trom:31000, APTT: 47.4, pıhtılaşma süresi:16.3, INR aktivite 72, Ph:7.199, K:3.37, Cl:104, glukoz.338, PO2:110, Kan gazı: ph:7.199, hemotokrit:28.4, K:3.37, Ca:0.858 olduğu,

11.11.2005 saat 08:00 genel cerrahi konsültasyonunda genel durum kötü, Dopamin ile desteklendiği, TA:110/75 mmhg, CVP:5, hemofiltrasyon uygulandığı, melena olmadığı, NG aktif kanama olmadığı, hb:9.5, 2 kez dün kan ve 20 ünite TDP verildiği, BT çekimine götürülemeyeceği, yatağında USG kontrolü, batın distandü, defans olmadığı, ta:150/40 mmhg, metabolik asidoz derin hipotansiyon, batın distandü, defans olmadığı, TPN uygulandığı, genel cerrahi laparotomi önerdiği, yakınlarının cerrahiye kabul etmediği, Saat

13:14'te pupillalar fiks dilate izlendiği, ışık ve kornea refleksi döndüğü, spontan solunum eforu başlayan ve hemodinamisi stabil seyreden hastaya sedatif başlandığı, tromboestografi ve PT-APTT değerlerinde tüketim koagülopatisini destekleyen bulgularla karşılaşıldığı, anüri, sepsis ve DIC geliştiği, hemodinamik olarak giderek kötüleşen hastaya yoğun inotropik destek sağlandığı, metabolik ve solunumsal asidozu olan hastanın batın distansiyonu ileri derecede arttığı, genel cerrahi konsültasyonunda olası mezenter embolisi nedeniyle laparotomi planlandığı, nöroloji konsültasyonunda beyin ölümü olmadığı, çoklu organ yetersizliği geliştiği, medikal resüsitasyona yanıt alınamadığı ve saat 20:29'da eks kabul edildiği dikkate alındığında;

Kronik kalp damar hastalığı bulunan kişinin ölümünün anjio işlemi sırasında meydana gelen vasküler yaralanma ve gelişen komplikasyonlar nedeniyle meydana gelmiş olduğu,

2-Adli dosyada mevcut belgelere göre, 08.11.2005 tarihinde saat 17:45'te 1 saattir devam eden göğüs ağrısı nedeniyle Memorial Hastanesi 'ne başvurduğunda Acil hekimi... tarafından karşılandığı, göğüs ağrısı olan hasta için kardiyoloji uzmanı doktor'nu çağırdığı, kardiyoloji uzmanı Dr. tarafından yapılan muayenesinde endişeli, soluk, taşikardik, kronik anemisinin zaman zaman demir replasmanı ile düzeldiği, nabız palpabl, akut koroner sendrom tanısı ile koroner yoğun bakıma yatırıldığı, ağrısının devam halinde acil koroner anjiosunun planlandığı, 7-8 kişilik kardiyoloji ve kalp damar cerrahisi ekibi tarafından anjio endikasyonu konulduğu, EKG'sinde akut koroner sendrom, hızlı ventrikül cevaplı atriyal fibrilasyon, EKG'sinde ST depresyonu olduğu, Kronik anemisi olan hastanın Saat: 17:41'de bakılan CK-MB:4.67 olduğu, Troponin:0.021 olduğu, Prof Dr. ... tarafından saat 18:30'da yapılan anjiosunda sağ koroner RPL dalında %95 darlık olduğu, dilatasyon sonucu optimal açıklık sağlandığı, bradikardi geliştiğinden sağ femoral venden PACE katater yerleştirildiği, pace kataterin femoral artere takılı olduğu, işlem sırasında arterde kanama ve hafif hematoma olduğu, gece nöbetçisi Dr. ...'a bilgi verildiği, hızlı ventrikül cevaplı atriyal fibrilasyonu bulunduğundan Ca Antagonisti başlandığı ve sağ koronere balon dilatasyon yapıldığından Heparin'e devam edildiği, Dr....'ın göğüs ağrısı şikayeti ile gelen hastayı kardiyoloji uzmanı doktor...na haber vererek yönlendirdiği, Dr....'ın uygulamalarının tıp kurallarına uygun olduğu,

Nöroloji Uzmanı Dr....in 10.11.2011 tarihinde saat 16:20'de hastanın Nörolojik muayenesini yaptığı, beyin refleksleri olmayan ve DTR'lerinin alınamayan hastanın

tedavisini düzenlediği, stabilleştiğinde tomografisinin çekilmesini istediği, Nöroloji Uzmanı Dr....'in hastanın muayenesini yaparak, tanıya uygun tedavi ve tetkiki istediği, Nöroloji Uzmanı Dr....' ın uygulamalarının tıp kurallarına uygun olduğu,Kardiyoloji uzmanı Dr. ...'nın 8.11.2011 tarihinde göğüs ağrısı şikayeti ile gelen hastanın muayenesini yaptığı Anjio endikasyonu için Prof. Dr. ...'le görüştüğü, göğüs ağrısı, yaygın ST yükselmesi, troponin yüksek olması nedeniyle koroner anjiyografi endikasyonu olduğu, anjio kararının doğru olduğu, 08.11.2005 tarihinde saat 20:00'de yapılan koroner anjiosunda sağ koroner RPL dalında %95 darlık bulunduğu, kılavuz dilatasyon sonucu optimal açıklık sağlandığı, gece boyu takiplerinde taşikardik, sırt ağrısı olan hastanın huzursuzluk ve terlemesinin olduğu, 06:09 venöz kan APTT:257 sn, 08:57'deki tetkiklerinde hb:7.2, 09:15 te muayenesinde genel durum orta-iyi, soluk taşikardik, nefes alamadığı, solunum sesleri kaba, taşikardik olduğu, solunum kötüleşmesi üzerine entübe edilerek genel yoğun bakıma yatırıldığı, 09:28'de yapılan kan gazı ph:6.8, hb:4.9 olduğu, 10:30'da hb:4 olduğu, çekilen BT'de retroperitona kanama saptandığı, hematoma müdahalenin ancak saat 12:00' de yapıldığı, sonrasında DİC, anüri ve sepsis geliştiği, Gece boyunca tutulan hemşire- hekim notları ve sağlık çalışanlarının ifadesi dikkate alındığında, sheet giriş yerinde kanama olduğu, kanamanın devam ettiği, saat 03:30 da tansiyon düşüklüğü, terlem, sırt ağrısı olduğu, bu bulgulara rağmen kanama ihtimali düşünülmediği, hemogram kontrolü yapılmadığı, angiografi sırasında vasküler yaralanmanın bu işlemin bir komplikasyonu olduğu ancak komplikasyon yönetiminin uygun yapılmadığı, giriş yeri kanamasının tespitinin geç yapıldığı cihetle; Dr., Prof. Dr. ... ve Dr. ...'ın uygulamalarının tıp kurallarına uygun olmadığı, oy birliği ile mütalaa olunur." şeklinde görüş bildirildiği, ayrıca raporda ölen ...'nın ölümünün "Kronik kalp damar hastalığı bulunan kişinin, anjio işlemi sırasında meydana gelen vasküler yaralanma ve gelişen komplikasyonlar nedeniyle meydana gelmiş olduğu" belirtildiğinden illiyet rabitasının da çözümlenmiş olduğu, raporun dosya kapsamı ile uyumlu ve yeterli olduğu anlaşılmakla, sanıklar ... ve ...'ün kusurlu olduklarına ilişkin mahkemenin kabul ve takdirinde bir isabetsizlik bulunmadığından, tebliğnamedeki bozma öneren görüşe iştirak edilmemiştir.

Bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanıklar müdafinin eksik incelemeye, sanıkların kusurlarının bulunmadığına, Adli Tıp Kurumu raporunun Yargıtay bozma ilamındaki gereklilikleri taşımamakta olduğuna, Adli Tıp Kurumu raporunda ölüm ile hekimlerin eylemleri ya da eylemsizlikleri arasında nedensellik bağı bulunup bulunmadığı sorusunun

yanıtlanmadığına, uzman görüşlerinin dikkate alınmadığına, kararın sanıklar lehine bozulmasına karar verilmesi talebine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, hükümlerin isteme aykırı olarak ONANMASINA, 11.02.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/1236 E. , 2020/6759 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Görevi kötüye kullanma, Taksirle yaralama

Hüküm: Her iki suçtan tüm sanıkların CMK’nın 223/2-e. maddesi uyarınca ayrı ayrı beraatlerine

“Taksirle yaralama ve görevi kötüye kullanma suçlarından sanıkların beraatlerine ilişkin hüküm, katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Katılanın 14/08/2008 tarihinde...Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesinde sezaryen yoluyla doğum yaptığı, sanık ...'ın operatör doktor olarak ameliyatı gerçekleştirdiği, diğer sanıkların ise hemşire ve ebe olarak operasyona katıldıkları, ameliyat sonrası katılanın sancılarının artarak devam ettiği ve akıntılarının meydana geldiği, bunun üzerine katılanın yeniden Bingöl Kadın Doğum Hastanesine müracaat ederek durumu anlattığı ancak herhangi bir teşhis ve tedavinin yapılmadığı, katılanın ameliyattan sonra yaklaşık 2,5 yıl boyunca bu sancı ve akıntılara katlandığı, defalarca çeşitli sağlık kuruluşlarına başvurduğu ancak hiçbirinde kesin bir teşhis konulamadığı, 2011 yılı mart ayında ailesini ziyaret amacıyla gittiği Adana ilinde sancılarının dayanılmaz hale geldiği ve kendisinden bir şeyler aktığını hissetmesi üzerine tuvalete gittiğinde vajina kanalından bir sargı bezinin düştüğünü gördüğü, söz konusu sargı bezini kavanoza koyarak...Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesine başvurduğu, burada çekilen grafilerde katılana daha önce tespit edilen kitlenin yok olduğunun tespit edildiği, katılanın götürdüğü içinden çıkan maddenin patolojik incelemesi sonucu tanzim olunan 30/03/2011 tarih ve 3602 patoloji numaralı patoloji raporunda cismin "8x7x3 cm boyda kötü kokulu, gri yeşil renkte yabancı cisim" olarak adlandırıldığı, katılanın 14/08/2008 tarihinde yapılan sezaryen ameliyatından başka herhangi bir ameliyat olmadığı, bu tarihten sonra sancı ve akıntılarının başladığı, söz konusu kitle düştükten sonra çekilen

grafilerde daha önceden saptanan kitlenin yok olduğunun saptanmış olması nedenleri ile bu sezaryen ameliyatını yapan yukarıda isimleri yazılı sanıklardan ameliyat sırasında içinde sargı bezi unuttukları iddiası ile şikayetçi olduğu, şikayet üzerine başlatılan soruşturma neticesinde alınan soruşturma iznine bağlı olarak kamu davası açıldığı; Dr. İrfan Sezen tarafından düzenlenen raporda: "... ili Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesinde görevli iken hasta Fatma Saydan'ı ameliyat eden Op. Dr. ... ve söz konusu tarihte beraber aneliyata katılan Hemşire ... ile Ebe ...'nın alınan ifadelerinde ameliyattan sonra batında herhangi bir yabancı cismin unutulma imkanının olamayacağı, nedeni olarak da ameliyattan önce hazır gelen bohçanın üzerinde yazılı bulunan spanç ve kompres sayılarının belli olduğu, ayrıca tekrar kendileri tarafında sayılarak tespit edildiğini, bu tür durumlarda batın dikilse dahi en küçük bir şüphede batının tekrar açılarak kontrol edildiğini, bununla beraber uterusu yabancı cismin unutulması halinde yüksek ateş, enfeksiyon ve şok geçirme gibi durumların oluşacağını, bilirkişi raporlarında da bu durumun desteklendiğini; ancak radyoloji uzmanlarının yaptıkları MR incelemesinde böyle bir ihtimalin olabileceğini belirtmekte ise de; il makamından tekrar araştırılma istenmesi üzerine konu ili ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Dekanlığına yazılmış olup, yapılan tetkik ve incelemeler neticesinde bilirkişiler tarafından böyle bir konuda sadece hekimin suçlu olamayacağı açık bir şekilde belirtildiği, yaptığı incelemede gerek ifadelerde belirtilen hususlar ve gerekse bilirkişi raporlarında belirtilen hususlarda net bir kanı hasıl olmadığı, konunun Fırat Üniversitesi Tıp Fakültesine sorulması üzerine bu konudan sadece hekimin suçlu olamayacağı belirtilmesi üzerine Opr. Dr. ... ile Hemşire ... ve Ebe ...'nın yargılanmaları gerekmediği kanaatinde olduğu"nu belirttiği,

Doç. Dr. ...tarafından düzenlenen raporda: "Unutulan yabancı cisimler cerrahi uygulamaların nadir bir komplikasyonu olduğu, tahmini insidansı 1/1,500 operasyon, rahim içerisinde unutulan tampon endometrit tablosu oluşturabileceği, böylece enfeksiyon belirtilerinden olan ateş, kasık ağrısı ve kokulu vaginal akıntı meydana gelebileceği, ayrıca rahim içerisinde unutulan tampon, rahim kasılmaları ile uterus dışına atılabileceği, ancak genellikle uterus içerisinde unutulan tampon, USG/MRI gibi tetkiklerle bile şüpheli durum oluşturarak histeroskopi denilen endoskopik operasyon ile nihai tanı alabileceği, tanısı gecikmiş olgularda ise endoskopik işlem esnasında enfeksiyon-apse, yabancı cisim net olarak tanımlanamayabileceği, bu olguya 24.06.2010 tarihinde Bingöl Devlet Hastanesi'nde transvajinal USG ve 07.07.2010 tarihinde Dicle Üniversitesinde endometrial polip ön tanısı ile histeroskopi önerildiği, fakat işlemin yapıp yapılmadığına dair herhangi bir rapor, belgeler içerisinde yer almadığı, eğer histeroskopi yapılmış ise, bu durumun netliği Temmuz

2010'da ortaya konmuş olacağı, unutulmuş yabancı cisimlerin radyolojik görünümünü değişken olduğu, eğer radyopak tampon-spanç kullanılırsa, düz radyografide saptanabileceği, ancak tanı yine de mümkün olmayabileceği, Radyopak tampon-spanç yanlışlıkla kalsifikasyon veya cerrahi sütür olarak da değerlendirilebileceği, Ultrasonografide (USG), özellikle yoğun posterior gölgelenmesi ile dalgalı hiperekojen odaklar içeren hipoeoik kitle görünümü unutulmuş yabancı cisimlerin tanısı için yararlı olabileceği, unutulmuş yabancı cisimler T1 ağırlıklı MR görüntülerde homojen hipointens ve T2 görüntülerde heterojen hiperintens görüldüğü, T1A'da hiperintens T2A'da hipointens izlenen kapsülü olduğu, kapsül kalınlığı değişken olabileceği, kontrastlı görüntülerde çevresel kontrastlanma göstereceği, ayırıcı tanıda unutulmuş yabancı cisimler hematoma düşünüleceği, bu olgunun dosya ile gönderilen değişik zamanlı USG görüntülerinin kalitesinin yetersiz olduğu, bu nedenle USG raporlarına herhangi bir yorumda bulunamayacağı, 09.11.2010 tarihli MRG görüntülerinde uterus alt bölüm anteriorunda T1A ve T2A'da hipointens izlenen, endometrial kaviteye bası oluşturan, düzgün konturlu 4X4 cm boyutlarında lezyon izlendiği, kontrastlı görüntülerde lezyon kontrast tutmadığı, bu özellikler unutulmuş yabancı cisim radyolojik bulgularını desteklemediği, bu olguya ait olduğu belirtilen formol içerisinde gönderilmiş 1 adet sargı bezi üzerindeki kirli beyaz gri renkli artıkların tümü örneklenerek parafin kesitler elde edildiği, histopatolojik incelemesinde bunların kalsifikasyon ve sargı bezinden geldiği düşünülen yabancı cisimler olduğu görüldüğü, ayrıca gönderilen 1 adet bloktan kesitler alındığı, kesitlerde yoğun kalsifikasyon alanları içerisinde polarize ışıktaki refle veren yabancı cisimlere rastlandığı, arada feçes kontaminasyonuna ait olduğu düşünülen bitkisel artıklar görüldüğü, ayrıca bir adet endoserviksine ait olabilecek bütünlüğü bozulmuş bez yapısı dikkat çektiği, ancak materyalin endometrium ile ilişkisine ve çevresinde oluşturabileceği yabancı cisim reaksiyonuna ait doku örneğine rastlanmadığı, olgunun sargı bezine ait ilk patoloji raporunun tarihi 30.03.2011 olduğu, ancak olguya endometrit riski nedeniyle yapılan herhangi bir tanı ve tedavi raporuna dosya içerisinde rastlanılmadığı, ayrıca hasta operasyon sonrası İstanbul, Adana gibi büyük şehirlere gittiği, değerlendirildiği, fakat tanısı konulamadığı, dolayısıyla operasyonu gerçekleştiren hekimin bu noktada tek sorumlu sayılması haksızlık olacağı, dahası hasta İstanbul'da 50 gün kalabildiği, ailesini ziyarete Adana'ya gidebildiği, fakat Fırat Üniversitesi Hastanesine maddi sebeplerle gidemediğini ileri sürdüğü, bir diğer nokta hasta pek çok hastanede değişik hekimler tarafından değerlendirildiği ve hiçbirisi yabancı cisim ön tanısı ile herhangi bir işlem yapmadığı, dolayısıyla bu durumda sadece operasyonu yapan hekimin değil tüm adı geçen hastane ve hekimlerin de suçlanması, suçu paylaşmaları gerektiği, operasyon alanının kapatılmasından önce tampon-spanç tam sayısının bilinmesi, unutulmuş yabancı cismin

önlenmesi için önemli olduğu, unutilan yabancı cisimlerin oluşumunu azaltmak için radyopak tampon-spanç kullanımı tavsiye edildiği, Jinekolojik operasyonlar sonrası batin içerisinde veya uterus içerisinde tampon unutulması operasyonu gerçekleştiren hekimi olduğu kadar operasyona iştirak eden ameliyat hemşiresini de sorumlu hale getirdiği, operasyon sırasında tampon sayımı hemşirenin ve personelin de sorumluluğu olduğu, tampon sayımı konusunda hekime yanlış bilgi verilmiş olması söz konusu olabileceği, sorumluluk sadece operasyonu gerçekleştiren hekimin olmadığı, hasta sezaryen operasyonu sonrası senelerce pek çok hastaneye başvurduğu ve yine de tanısı konulamadığı, bu durumda sadece operasyonu gerçekleştiren hekimin sorumlu tutularak suçlanmasının haksızlık olacağı kanaatinde olduğunu" belirttiği,

Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı Op. Dr. ... tarafından düzenlenen raporda: Operasyonlardan sonra batin içerisinde herhangi bir bölümde unutilan yabancı cismin reaksiyonlara neden olmasının beklendiği, oluşan reaksiyonlar nedeniyle hastanın kliniğinde düzelme olmayacağı ve sıklıkla böyle bir durum hasta taburcu olmadan fark edileceği, konusu belgeler incelendiğinde Ağustos 2008’de sezaryen olan hastaya Haziran 2010’a kadar herhangi bir hastaneye başvuruda bulunduğuna dair belge olmadığı, Haziran 2010’da yapılan pelvik MR’de uterus içinde yaklaşık 3 cm’lik kalsifiye lezyon saptandığı, ancak sonrasındaki MR ve USG’de endometrium düzenli olarak gözlendiği, Uterus içinde cisim unutulduğu zaman görüntüleme yöntemlerinde endometrium da kalınlaşma ve heterojenleşme olması gerektiği, Mart 2011’de vajinadan düşürüldüğü iddia edilen materyal incelendiğinde yabancı cisim olarak değerlendirildiği, hastanın belgeleri ve iddia ettiği durum karşılaştırıldığında uyumsuzluk görüldüğü, Mart 2011’de vajinadan düştüğü iddia edilen yabancı cismin sezaryenden sonra unutulduğunu destekleyecek klinik bulgu veya radyolojik belge bulunmadığını" belirttiği,

Patoloji Uzmanı Dr. ... tarafından düzenlenen raporda: Olguya ait materyalin tanı: yabancı cisim, vagenden düştüğü ifade edilen materyal” olarak raporlandığı, tarafından değerlendirilen materyale ait makroskopik bulgular bu belirtilen makroskopik bulgular ile benzer görünümde olduğu, gözlemlendiği bu makroskopik görünümün raporda belirtilen tam kısmıyla uyumlu olabileceği kanaatinde olduğu, ancak yabancı cisim olarak değerlendirilen bu materyalin vücudun hangi bölgesinden düştüğü ya da düşmediği konusunda tespit imkanının mevcut olmadığı, bahse konu materyalin vücudun herhangi bir bölgesinde unutulup, uzun bir süre kalıp kalmadığı, vaginal yoldan spontan olarak düşebileceği veya düşmeyebileceği ve olguya ait radyolojik tetkiklerin değerlendirilmesi, uzmanlık alanının

dışında olup, bu konuda yeterli bilgiye sahip olmadığından bu konular hakkında kesin yorum yapılamadığı, bu tetkiklerin ilgili branşlar tarafından değerlendirilmesinin yararlı olabileceğini" belirttiği,

Radyoloji Uzmanı Dr. ... tarafından düzenlenen raporda: Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesine 14.08.2008 tarihinde başvurduğu ve sezaryen ile doğum yapmak zorunda kalan ...'ın mevcut dosyada bulunan evraklara göre ameliyattan sonra ilk olarak 17/06/2010 tarihinde Bingöl Devlet Hastanesi Radyoloji ünitesinde alt abdomen MR tetkiki yaptırdığı anlaşıldığı, ancak 17.06.2010 tarihli MR tetkikine ait görüntüler dosyada olmadığından tarafınca değerlendirilemediği, olgunun 17.06.2010 tarihli alt batin MR raporu incelendiğinde; sol overde 4x3'cm boyutlarında T1 sekanslarda hipointens, T2 sekanslarda hiperintens, kontrast enjeksiyonu sonrası alınan görüntülerde kontrast tutmayan kistik yapı tanımlandığı, uterusu endometrial kavite içerisinde 3x3 cm boyutlarında T1 ve T2 sekanslarda hipointens ve kontrast tutmayan nodüler lezyon" izlendiği rapor edildiği ve olguya transvaginal USG tetkiki önerildiği, mevcut rapor dahilinde uterus endometrial kavitede tanımlanan morfolojideki nodüler lezyonların radyolojik olarak ayırıcı tanı yelpazesi geniş bir aralığı kapsadığı ve intrauterin yabancı cisimlerde ancak klinik şüphe ve geçirilmiş operasyon anamnezinin belirtilmesi dahilinde düşük olasılık da olsa ayırıcı tanımlar arasında yer aldığı, olgunun dosyasında 09.11.2010 tarihinde Haseki Eğitim ve Araştırma hastanesine ait kontrastlı alt batin MR filmleri ve raporu mevcut olup 09/11/2010 tarihli MR tetkiki raporunda 'uterus boyun kesiminde endometriyal kaviteye ekstremsel bası yapan T1-T2 4 cm boyutunda ön planda subserözmyom ile uyumlu kitle lezyonu izlendiği' rapor edildiği, mevcut rapor dahilinde uterus endometrial kavitede tanımlanan morfolojideki nodüler lezyonların radyolojik olarak ayırıcı tanı yelpazesi geniş bir aralığı kapsadığı ve intrauterin yabancı cisimlerde ancak klinik şüphe ve geçirilmiş oprasyon anamnezinin belirtilmesi dahilinde düşük olasılıkla olsa ayırıcı tanımlar arasında yer aldığı, mevcut dosya içerisinde olguya 10/05/2011 tarihinde ...Devlet Hastanesinde alt batin MR incelemesinin yapıldığı anlaşıldığı, 10/05/2011 tarihli MR görüntüleri dosyada tarafınca değerlendirilemediği, olgunun 10/05/2011 tarihli MR raporunda iki overde büyüğü sağda 1,5 cm boyutla birkaç adet follikül kisti izlendiği, Uterus orta hatta sola devive olup antevertantefleks görünümde olduğu, Miyometriumintensiteleri ve 'kalınlıkları normal, endometrium 6mm kalınlıkta olduğu, olarak rapor edildiği, radyolojik söz konusu raporda uterus ile myometrial alanlara ait patoloji saptanmadığı belirtildiği, olgunun dosyasında mevcut olan USG görüntüleri tanısal değer atedecek düzeyde çözünürlüğe ve kaliteye sahip olmadığından tarafınca değerlendirilmediği, olgunun 09/11/2010 tarihli Haseki Eğitim ve

Araştırma Hastanesine ait alt batin MR görüntüleri tarafınca incelendiği ve uterus serviks lokalizasyonda endometrial kaviteyi dolduran, mesaneye süperorda bası etkisi oluşturan, aksiyel kesitlerde yaklaşık 4x3 cm, sagittal kesitlerde ise 5x3 cm boyutlarında, T1 ve T2 ağırlıklı sekanslarda hipointens, kontrast sonrası kontrast tutulumu göstermeyen düzgün sınırlı kitle lezyonu izlendiği, tanımlanan lezyonun morfolojik görünümü hastanın yaşı göz önünde bulundurulduğunda, klinik bilgi ve ön tanı olmaksızın radyolojik olarak ilk planda myom lehine yorumlanabildiği, klinik şüphe ve ön tanı bilgilerine göre, geçirilmiş operasyonu anamnezinin de belirtilmesi dahilinde tanımlanan lezyonun ayırıcı tanısında yabancı cisimlerinde düşük olasılık da olsa göz önünde bulundurulması gerektiği, ancak söz konusu MR görüntülerinde mevcut olan ve yaklaşık 5x3 cm butlarında izlenen lezyon ilk planda myom lehine yorumlanabilecek hipointens kitle lezyonunun hasta 09/11/2010 ve 10/05/2011 tarihleri arasında herhangi bir Jinekolojik operasyon geçirmemiş ise 10/05/2011 tarihli MK tetkikinde de sebat etmesi gerektiği, 10/05/2011 tarihli MR filmleri dosyada mevcut olmadığından tarafınca karşılaştırma yapılmadığı, 10/05/2011 tarihli MR raporunda uterus ve myometrial alanlara ait patoloji izlenmediği belirtildiği, 10/05/2011 tarihli MR rapora ile 09.11.2010 tarihli MR filmleri karşılaştırıldığında mevcut olan kitle lezyonunun sebat etmediği anlaşıldığı, bu durumda tanımlanan lezyonun yabancı cisim olma ihtimali yüksek risk dahilinde olduğunu" belirttiği,

Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun 05.02.2014 tarihli raporunda; Kişinin 2009 yılın 8.ayında sezeryan olduğunu, çocuğunun sağlıklı olduğunu, doğumdan sonra sürekli vajinal akıntı, kanama şikayetleri olduğunu, 2.5 yıl sürdüğü, 1.5 yıl sonra kist, kitle, myom gibi teşhisler konulduğu, vajinal bölgesinde bir gün çok şiddetli ağrıya sargı bezini düşürdüğü, sargı bezini düşürdükten sonra düşük yaptığını, sargı bezini düşürdükten 1 yıl sonra da hamile kaldığını, sağlıklı bir bebek dünyaya getirdiğini, şu an ilişkiye girdiğinde kanaması olduğunu ifade ettiği, yapılan kadın doğum muayenesinde; korunduğu, P4, A1 olduğu, 1. doğumu Bingöl'de, 2. doğumu sectio ile, en son Haseki'de 2013 Mart ayında olduğu, muayenede pfhanntiel insizyon hattı mevcut olduğu, sonuç olarak; 14.08.2008 tarihinde sezeryan ile doğum gerçekleştirdiği, doğum sonrası uterusu spanç unutulduğu iddia edildiği bildirilen 1982 doğumlu ...'a ait adli ve tıbbi belgelerin değerlendirilmesinde;

14.08.2008 tarihinde fetal distres nedeniyle sezeryan ile doğum olduğu, yaklaşık 2 yıl sonra yapılan alt abdomen MR tetkikinde uterusu 3x3 cmlik lezyon tespit edildiği, bir ay sonra üniversite hastanesinde serviks uteripolibi ön tanısıyla kişinin yatışının yapıldığı,

kişinin izinsiz olarak hastaneyi terk ettiği, 4 ay sonra idrarda yanma, kaşıntı, adet düzensizliği nedeniyle eğitim ve araştırma hastanesinde tekrar tetkik edildiği, tümör markerlarına bakıldığı, çekilen alt abdomen MR tetkikinde uterusu 4 cm boyutunda ön planda myom düşünülen lezyonunun saptandığı, kişinin 4 ay sonra vajenden gazlı bez düşürmesi nedeniyle materyalin patolojik incelemesinin yapıldığı, kötü kokulu yabancı cisim materyali olarak değerlendirildiği, kontrol pelvik ultrason ve alt abdomen incelemelerinde söz konusu lezyonun uterusu gözlenmediği, kişinin gazlı bez düşürdükten 6 ay sonra düşük tehdidi tanısıyla hastanede yatışının olduğu, takiplerde sorunu olmaması üzerine taburcu edildiği, ifadelerden kişinin bu gebeliği düşükle sonuçlandırıldığının anlaşıldığı, kişinin uterusunda saptanan spancın, 14.08.2008 tarihli sezeryan operasyonundan sonra başka bir cerrahi girişim uygulanmadığı da dikkate alındığında, 14.08.2008 tarihli sezeryan operasyonu esnasında unutulduğunun kabulü gerektiği, ancak kişinin gazlı bez düşürdükten 6 ay sonra gerçekleştiği bildirilen düşük olayı ile illiyet bağının kurulamayacağı, genel tıp uygulamalarda yapılan tüm operasyonlarda batın kapatılmadan önce kullanılan malzemelerin sayımının öncelikle ameliyat hemşiresi tarafından yapıp kayda alınması, ameliyat bitiminde ameliyatı yapan hekim ve ameliyat hemşiresi tarafından tutanağın imzalanması gerektiği, kişinin operasyon bölgesinde gazlı bez unutulması olayında gazlı bez sayımını düzgün yapmayan ameliyat hemşiresinin uygulamalarının tıp kurallarına uygun olmadığı, Kadın Doğum Uzmanı Op. Dr. ...'ın ise ameliyat sahasını kapatmadan önce yeterli kontrolü yapmamasının eksik eylem olarak nitelendirildiği cihetle, rahimde unutilan spancın ek bir sorun yaratmadığı, vücuttan kendiliğinde atıldığı, 2. operasyon gerektirmediğinin anlaşıldığı, sezeryan ameliyatı sonrası ameliyat bölgesinde unutulduğu belirlenen yabancı cisime (spanç) bağlı oluşan uterus lezyonundan kaynaklanan klinik tablonun;

a) Kişinin yaşamını tehlikeye sokan bir durum OLDUĞU,

b) Kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte OLMADIĞI,

c) Cinsel fonksiyon bozukluğuna neden olduğunu teyit etmeye yeterli tıbbi bulgu tanımlanmadığı,

d) Organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması yada yitilmesi niteliğinde anatomik eksiklik, fonksiyonel bozukluk tarif edilmediği oy birliği ile mütalaa olunduğu, Yüksek Sağlık Şurasının 18-19.09.2014 tarih 13565 sayılı kararının sonuç kısmında;

28.03.2011 tarihinde Adana Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi Kadın Doğum Polikliniğine vajenden gazlı bez düşürme şikayeti ile başvuran hastanın 14.08.2008 tarihinde Dr. ... ile ekibi ebe ... ve hemşire ... tarafından gerçekleştirilen doğum eylemi hikayesinin olduğu, doğum eylemi sonrası kasık ağrısı ve akıntı şikayetleri ile başvurduğu hastanelerde yapılan muayenelerde hastanın kliniği ile beraber USG ve MRI'daki özelliklerin unutulmuş yabancı cisim radyolojik bulgularını net olarak desteklemediği, vajenden düştüğü iddia edilen yabancı cismin patolojik incelemesinde polarize ışık altında birefrejans göstermesi, yani insan vücudunda olmaması gereken lifsel yapılar bulunduğunun tespit edildiği, dolayısıyla yabancı cisim natüründe olduğunu gösteren histopatolojik bulgular saptandığı, ancak ayrıntılı ve tekrar bakılan patolojik incelemede endometrial kavite içinden düşmüş olduğunu gösteren endometrial doku örnekleri ve böyle bir lokalizasyonda yabancı cisime karşı oluşturulması gereken doku değişikliklerinin görülmediği, sonuçta endometrial kaviteden düştüğünü gösteren bir delil olmadığı cihetle sanıklara atf-ı kabil kusur bulunmadığı oybirliği ile mütalaa olunduğu anlaşılmakla,

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, incelenen dosya kapsamına göre; katılan vekilinin sanıkların cezalandırılması gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddine, ancak; yüklenen suç açısından sanıkların taksirinin bulunmaması nedeniyle 5271 sayılı CMK'nın 223/2-c maddesi gereğince ayrı ayrı beraatlerine karar verilmesi gerekirken, sanıkların üzerine atılı suçu işlediğine dair her türlü şüpheden uzak, yasal ve yeterli delil elde edilemediğinden bahisle sanıklar hakkında beraat hükmü kurulması,

Kanuna aykırı 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 BOZULMASINA, ancak, yeniden yargılama gerektirmeyen bu hususun aynı Kanunun 322. maddesine göre düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükmün 1. paragrafında yer alan, “ 1-Sanıklar ..., ... ve ... hakkında taksirle bir kişinin yaralanmasına sebebiyet verme ve görevi kötüye kullanma suçlarından eylemlerine uyan TCK'nın 89/1, 257/2 ve 53/6 maddeleri uyarınca cezalandırılması talebiyle mahkememizde kamu davası açılmış ise de, sanıkların atılı suçu işlediğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı yeterli delil elde edilememesi ve bu şekilde atılı suçun sanıklar tarafından işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle sanıkların müsnet suçtan CMK'nın 223/2-e maddesi gereğince ayrı ayrı BERAATİNE,” cümlesinin hükmünden çıkartılarak, yerine “Sanıkların, yüklenen suçlar açısından taksirlerinin

bulunmaması nedeniyle, 5271 sayılı CMK'nın 223/2-c maddesi uyarınca ayrı ayrı BERAATİNE,” yazılması suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 07.12.2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.”

12. Ceza Dairesi 2020/1167 E. , 2020/5755 K.

• **"İçtihat Metni"**

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle yaralama

Hüküm: Her bir sanık hakkında CMK'nın 223/2-c maddesi uyarınca ayrı ayrı beraat

“Taksirle yaralama suçundan sanıkların beraatine ilişkin hüküm, katılanlar vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü;...’in 2011 yılı Temmuz ayında babası katılan ... ile birlikte ellerinde aşırı terleme olması nedeniyle Yedikule Göğüs Hastalıkları Hastanesine başvurdıkları, Yedikule Hastanesinde Göğüs Cerrahi uzmanı Doktor ... ile görüştükleri görüşme sonrası ... tarafından göğüs boşluğundaki terleme sinirlerinin kapalı ameliyatla alınmasına karar verildiği, 07/07/2011 tarihinde ... ve anestezi uzmanı Doktor ... tarafından ...’in ameliyata alındığı ameliyat sırasında akciğerlerinin söndürülmesi gerektiğinden nefes borusuna entübasyon tüpü yerleştirildiği entübasyon tüpünün mükerrer kez hareket ettirilmesi sonucu mağdurun solunum (nefes) borusunun yırtıldığı hastanın şikayetlerinin artması üzerine ve de Uzman Doktor ...’nun istemi doğrultusunda haklarında ek takipsizlik kararı verilen Yedikule Hastanesinde görev yapan doktorlar tarafından ...’in 14/07/2011 ve 25/07/2011 tarihlerinde 2. ve 3. kez ameliyata alındığı 18/07/2011 tarihinde Doktor ... tarafından hastaya bronskopski (solunum sisteminin görüntülenmesi) yapıldığı, hastanın 1. ameliyatta oluşan mağduriyetini giderme amaçlı yapılan 2. ve 3. ameliyatlarda da şifa bulmadığı olay sebebi ile 03.07.2015 tarihli Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2. İhtisas Kurulu ve 21.04.2016 tarihli Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu raporlarında; Ellerde, koltuk altında ve ayaklarda terleme şikayeti nedeniyle kişiye sempatektomi uygulandığı, yapılan operasyonda çift lümenli entübasyon ile sağ hemitoraks5. ve 3. interkostal aralıktan 2 adet 5 mm torakoport ile girilerek T3 ve T4 sempatik ganglionların koterize edildiği, aynı işlem sol hemitoraks için de uygulandığı, postoperatif 1. gün erken akciğer grafisinde sağda pnömotoraks olduğunun saptandığı, anjot ile aspire

edildiği, ekspansiyon sağlanmaması üzerine sağ hemitoraksa dren konduğu, dren sonrası kaçağının ve akciğer grafisinde ekspansiyon kusurunun olduğunun tespit edildiği, 11.07.2011 tarihinde kaçağın devam etmesi üzerine operasyon kararının alındığı, VATS kamerası ile yapılan eksplorasyonda akciğer yüzeyinin yoğun fibrin debrislerle kaplı olduğu, mevcut kaçağın parankimal olmadığı ve bronş düzeyinden yoğun kaçak olduğunun tespit edildiği, sağ plevral torakotomi 5. interkostal aralıktan toraksa girilerek, trakea plevral duvarında rüptür (trakea orta posterolateral duvarda 7-8 mm lik) olduğunun saptandığı, mevcut rüptürün tek tek onarıldığı, hazırlanan interkostal fleb üzerine örtülerek tespit edildiği, 3. gün kontrol filmi çekildikten sonra kişinin taburcu edildiği, 19.07.2011 tarihinde kişinin öksürük yakınması olması üzerine tetkik edildiği, trakea rüptür alanında nüks düşünülerek rijit bronkoskopi ile Y stent yerleştirildiği, 25.07.2011 tarihinde yapılan operasyonda daha önceden yerleştirilmiş olan Y trakeal stentin sağ kolunun ana bronştan toraks dışına çıkmış olduğunun ve trekeadaki sağ lateral duvardaki lasere alandaki defektin biraz daha anterior posterior ve inferiora doğru büyüdüğünün saptandığı, Y stentin sağ distal kolu bronş içine poze edilemediği, kas flebi planlanan hastaya sağ posterolateral torakotomi ile eski insizyondan tekrar torakotomi yapılarak toraksa girildiği, yapılan eksplorasyonda sağ akciğerin ileri derecede yapışık olduğu ve visseral plevra üzerinde peel formasyonu oluştuğunun görüldüğü, plastik cerrahi ekibi tarafından sağ tropez kastan cildi ile birlikte pediküllüflep hazırlandığı, daha sonra pnömolize devam edildiği, yapılan eksplorasyondabrakiosefalik venden başlayıp sağ üst lob broşuna kadar uzanan 7-8 cm uzunluğunda ön arka çapı 3- 3,5 cm olan sağ trakeal lateral duvarın izlenemediğinin tespit edildiği, stent sağ intermedier bronşa tespit edildiği, flebin üzerine dikildiği, flebin kenarları trekea defektin kenarlarına dikilerek sağ trakeal duvar oluşturduğu, yapılan kaçak kontrolünün fazla olması üzerinde flep tekrar tespit edildiği, kaçakların biraz daha azaldığı, fakat devam ettiğinin saptandığı, ileri bir işlem yapılmadığı, sağ üst lobda % 30-40, sağ orta ve alt lobda % 50-60 ekspansiyon sağlanabildiği, 3' lü antibiyotik tedavinin başlandığı, flebin beslenmesi amaçlı reomakrodex eklendiği, postoperatif dönemde her iki dreninden kaçakları mevcut olduğunun tespit edildiği, kişiye yoğun nutrisyon sağlanmaya çalışıldığı, postoperatif 7. günde daha önceden %40-50 ekspansiyon sağlanan sağ akciğerde ekspansiyon kusurunun arttığı ve kaçakların devam ettiğinin tespit edildiği, yapılan bronoskopide sağ üst lob bronşunun drene olduğu ve havanlandığının tespit edildiği, kişiye yopun solunum fizyoterapisi, öksürük egzersizleri, mobilizasyon yapılarak akciğerin ekspanse edilmesinin sağlanmaya çalışıldığı, kaçaklarda artma saptandığı, kişinin kaçağının devam etmesi, akciğer grafisinde sağ akciğerde total atelektazi ve ekspansiyon kusuru görülmesi üzerine visseralpeel formasyonuna bağlı restriksiyon geliştiğinin düşünüldüğü,

kaçağın sebaat etmesi ve buna bağlı yamanın inferior kısmında sağ ana bronş sırtında bronşial fistül olduğu kanaatine varılarak kişinin İstanbul Tıp Fakültesi Göğüs cerrahisine sevk edildiği, yapılan bronoskopide trake ve her iki ana bronşa yerleştirilen Y stentte yoğun mukus saptandığı, mukusun temizlendiği, 23.07.2012 tarihinden sonra trekea nakli ve ileri trekeal cerrahi için kişinin İsveç- Stockholm Karolinska Üniversitesi Hastanesine gönderildiği, sağ ampiyem tedavisi için torakotomi, stentin çıkması üzerine acil sağ pnömonektomi ve ECMO, sentetik (laboratuar üretimi) iskelet ile trakeal transplantasyon, yeni bir sentetik iskelet ile trakeal re-transplant ve latissimusdorsiflebi ile destek özefagus rezeksiyonu, trekea distal anastomozunun primer kapatılması ve torakoplasti işlemlerinin yapıldığı anlaşıldığı, söz konusu işlemin ameliyat sahası dikkate alındığında kişide tespit edilen trakeal hasarın cerrahi girişime bağlı değil, kullanılan entubasyon tüpüne bağlı meydana geldiğinin düşünüldüğü, söz konusu hasarın her türlü özene rağmen oluşabilen, herhangi bir tıbbi ihmal ve kusura izafe edilemeyen komplikasyon olarak değerlendirildiği komplikasyon yönetiminin tıp kurallarına uygun gerçekleştirildiği cihetle, ilgili sağlık personellerine atfı kabil bir kusur tespit edilmediği;” mütalaa edilmiş olmakla mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığından tebliğnamede eksik inceleme nedeniyle bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir.

Yapılan yargılama sonunda, yüklenen suç açısından sanıkların taksirlerinin bulunmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılanlar vekilinin eksik incelemeye ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, beraate ilişkin hükmün isteme aykırı olarak ONANMASINA, 09.11.2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.”

4. TARTIŞMA

1. HGK 2018/849 E. , 2021/1385 K.: Bu kararda dikkat çeken ilk konu ilk derece mahkemesinin davalıda kusur bulunmadığının tespitine rağmen davacının tedavi sonucu yaşadığı kayıpların tazmin edilmemesinin hak ve nesafet ilkesine aykırı olduğu yorumudur.Nitekim bu yoruma gerekçe olarak da zarar gören davacının kendisine yüklenebilecek bir kusurunun olmadığı ifade edilmiştir.Ancak bu yorum maalesef hukuki dayanaktan yoksundur.Çünkü gerek sözleşmesel sorumlulukta vekilin kusur sorumluluğuna gerekse adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğuna başvurulabilmesi için vekil ve çalışan konumundaki hekimin kendisine yüklenebilecek bir kusurunun olması gerekmektedir.Burada öyle anlaşılmaktadır ki hakim, olayın vehameti karşısında ve vereceği karar ile davacıyı güvencesiz bırakacak olması nedeniyle vicdanını rahatlatacak bir şerh düşmek istemiştir.Ancak ne yazık ki yukarıda da bahsettiğimiz gibi davacının kusurunun bulunmamasının hak ve nefaset ilkesiyle ilişkilendirilmesinin hukuki bir dayanağı yoktur.

İkinci husus ise, ilk derece mahkemesi Yargıtay ilgili dairesinin bilirkişi raporunun eksik olması nedeniyle bozma kararına karşı direnme kararı vermiş ve bu karar da HGK önüne gelmiştir. HGK' nun incelemesinde yapılan enjeksiyon ile siyatik sinirinin zedelenmesi arasında ilişki tespit edildiği halde bunun komplikasyon olarak görülmesi ve davalının kusurlu görülmemesinin anlaşılamadığı görülmektedir. Nitekim kararda illiyet bağı kurulan bu iki olay sonucunda davalıya kusur izafe edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi istenilmektedir. Fakat herkesçe bilinmektedir ki bilirkişi raporunda zarar sonucunu doğuran eylem komplikasyon olarak değerlendirilmiş ise ve hekim komplikasyon yönetimini doğru bir şekilde yapmışsa davalıya yükletebilecek bir kusur da yoktur. Veleve ki olsun, bu noktada değerlendirmeyi yapacak olan artık mahkeme olacaktır.

2. HGK 2013/1204 E. , 2014/965 K.: Bu kararda dikkat çeken husus aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin hekimler için ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.İlk derece mahkemesinin bilirkişi raporuna dayanarak verdiği red kararına Yargıtay ilgili dairesi yeniden bilirkişi incelemesi gerektiği yönünde bozma kararı vermiş, HGK da direnme kararını aynı gerekçeyle bozmuştur.Gerekçede her ne kadar kişiye ilk müdahale doğru yapılmış olsa da sinir kesilmesi ihtimaline karşılık gerekli tavsiyelerin verilip verilmediği noktasında uyuşmazlık bulunduğu ifade edilmiştir.Burada ispat hususu karşımıza çıkacaktır.Tedaviye yönelik aydınlatılmış onam formu imzalanmış olsa dahi

formda böyle spesifik bir konunun bulunması kanaatimizce olanaklı değildir. Bu noktada hekimin böyle bir aydınlatmayı yapıp yapmadığı ise tanık beyanlarına kalacaktır. Nitekim aydınlatmanın yazılı olması bir zorunluluk değildir. Burada anlaşılamayan husus bu deliller sağlandıktan sonra bilirkişiye ne gibi yeni bir sorumluluk düşeceğidir. Çünkü zaten ilk bilirkişi raporunda gerekli değerlendirmeler yapılmıştır. Burada gerekli deliller toplandıktan sonra aydınlatılmanın yapıp yapılmadığı ve kusurun davalıya yüklenebilirliği hususları kanaatimizce mahkemenin takdir alanındadır.

3. 3. HD 2022/5523 E. – 2022/7359 K.: Bu kararda davalıda sezeryanla doğum esnasında gazlı bez unutulması vakası vardır. Bu durumda sayımı hatalı yapan hemşire kadar denetim ve gözetim yükümlülüğü olan hekim de sorumludur. Davacı yalnızca manevi tazminat talebinde bulunmuşsa da davanın açıldığı dönem itibarıyla yüksek bir tazminat talep etmiştir. Ancak ilginçtir ki, yıllar içinde ülkenin içinde bulunduğu ekonomik gidişat ve hayat pahalılığı sebebiyle davacının kısmen kabul edilen tazminat miktarı üç kat artmıştır ancak yüksek mahkeme de haklı olarak bu miktarı da yeterli bulmamıştır. Bu hususta bizlere davaların hızlı bir şekilde çözüme ulaştırılmasının ve usul ekonomisi ilkesinin önemini göstermektedir.

4. 3. HD 2021/6182 E. , 2021/8902 K.: Bu kararda hekim bacakta matkap ucu unutmak gibi bariz bir hata yapsa da bilirkişi raporlarında hekim kusurlu bulunmamıştır. Çünkü kusurlu eylem olan bacakta matkap ucu unutmak ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı bilirkişilerce kurulamamıştır. Bu durumda bacakta matkap ucu unutmak fiili karşılıksız mı kalacaktır? Kuşkusuz ki burada vekil kendisinden beklenen dikkat ve özeni yerine getirmemiştir ancak bu fiil neticesinde bir zarar ortaya çıkmamıştır. Ortaya çıkan zararın sebebi ise bilirkişilere göre ameliyatların doğal bir sonucudur. Nitekim mahkeme de kendi vicdanına yukarıda sorduğumuz soruyu sormuş ve bilirkişi raporunda gerekli cevap bulunmasına rağmen rapora uymak yerine yeni bir heyet tarafından daha detaylı bir cevap içeren yeni bir rapor yazılmasına karar vermiştir. Yeni rapor tatmin edici bir cevap verebilecek midir, bunu da uzun yıllar gösterecektir.

5. 3. HD 2021/5210 E. , 2022/211 K.: Bu kararda ölüm olayı sonrası açılan maddi manevi tazminat davası örneği görülmektedir. Ölüm olayı sonrası destekten yoksun kalanlar maddi tazminat, ölene olan yakınlığı sebebiyle derin bir eleme gark olanlar ise manevi tazminat davası açabilirler. Burada anlaşılamayan husus tomografi cihazının olmamasının müteveffanın ölümü ile ilişkisinin olup olmadığı gibi konular ilk derece mahkemesince

yapılan yargılama ve bilirkişi raporlarında öne sürülmüş müdür, sürülmüş ise neden dikkate alınmamıştır. Her iki durumda da usul ekonomisi ilkesine aykırı davranılarak tatmin edici bir bilirkişi raporu alınamamış ve yargılama yine uzun yıllar sürdürülmüştür.

6. 6. HD 2021/4727 E. , 2022/3546 K. : Bu kararda estetik müdahaleden kaynaklı bir uyuşmazlık söz konusudur. Estetik müdahaleler eser sözleşmesi kapsamında olup yüklenici kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermekle sorumluluktan kurtulamayacaktır, eseri vaat edilen şekliyle meydana getirmesi onu ancak sorumluluktan kurtarabilecektir. Somut olayda her ne kadar taraflar arasında ihtilaflı olsa da başta anlaşıldığı gibi 300 cc lik silikon yerine 260 cc lik silikon kullanılması ayıplı ifaya neden olmuştur. Yeniden yapılan ameliyatta ise bu sefer 300 cc lik silikon kullanılması davacının koltuk altının dolması sebebiyle geceleri rahat uyuyamamasına sebebiyet vermiştir. Burada hekim açısından başta kararlaştırılan büyüklüğün davacıya tıbbi ve estetik açıdan uygun olmayacağı uygun bir dille anlatılması sonrası yapılan müdahalenin hukuka uygun bir hale gelip gelmeyeceği ise tartışma konusudur. Çünkü burada esas mesele sağlığa doğrudan bir zararı olmayan müdahalenin sonuçlarını kabul etmiş hastanın yaşam kalitesinin düşmesi kararını kimin vereceğidir. Bu noktada hasta estetik açıdan uygun bir görünüme kavuşmak adına rahatsız bir ortopedik durumda olmayı göze almış olacaktır. Bu açıdan hekimin başta anlaşılan eseri ifa ederken tıbbi endikasyon sebebiyle ameliyatı yapmaktan kaçınmasına kanaatimizce gerek yoktur. Fakat somut olayda esas uyuşmazlık birinci bilirkişi raporunda hekim kusursuz bulunmuş olsa da estetik cerrahın da bulunduğu ikinci bilirkişi heyetinin raporunun da tasdikiyle hekimin müdahaleyi yaparken kusurlu olduğu noktasındadır. Bu sebeple davacı eser sözleşmesinin ayıplı ifası sebebiyle sözleşmeden dönme ve tazminat talebi seçimlik hakkını kullanmıştır. Bir diğer husus ise yüksek mahkemenin kararında belirttiği üzere iş iadesi bedeli ile tazminatın aynı kalemde talep edilemeyeceğidir. Bu sebeple davalı lehine de bozma kararı verilmiştir.

7. 3. HD 2021/2771 E. , 2022/221 K.: Bu kararda dikkat çeken husus zamanaşımıdır. Davacı, hekimin hatalı tedavisi sonucu %80 iş göremez duruma gelmiştir. Davalı hekimin kusurlu olduğu da bilirkişi raporlarınca sabittir. Ancak ilk derece mahkemesi olayın gerçekleştiği tarihten itibaren dava zamanaşımı işletmiş, vekalet ilişkisinde zamanaşımı süresi beş yıl olduğu için zararın bir kısmına ilişkin tazminata hükmetmemiştir. Yargıtay ise zararın henüz kesinleşmemiş ve değişen bir durumda olması sebebiyle zamanaşımının olay tarihinden değil zararın kesinleşmiş olduğu zamandan itibaren başlaması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir. Bir diğer husus faizin ne zaman

işletileceğidir.Vekalet ilişkisinde vekil borcunu gereğİ gibi ifa etmediğinde yani zarar doğduğunda temerrüde düşmüş sayılacağı için faiz dava tarihinden değil olay tarihinden başlatılmalıdır.

8. 3. HD 2021/1863 E. , 2022/89 K. : Bu kararda dikkat çeken husus gerekçesiz ve bireyselleştirilmemiş bilirkişi raporu sebebiyle verilen hükmün bozulması ve yeniden uzman bir bilirkişi heyetinden rapor istenmesidir. Yargıtay ilgili dairesi “kanıt piramidi” kavramını öne sürmüş ve bu şekilde daha objektifleştirilmiş ve kişinin biricik durumunun göz önüne alındığı bir rapor oluşturulması gerektiğine karar vermiştir. Buna gerekçe olarak AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında “komplikasyon” nitelendirmesiyle yetinilen kararların sıkça eleştirildiğinden bahsedilmiştir.

9. 3. HD 2020/8301 E. , 2021/9106 K. : Bu kararda tazminat hesaplamasında davacı tarafın kendisine yüklenen kusur sebebiyle tazminatın indirilmesi örneğini görmekteyiz. Somut olayda Yargıtay ilgili dairesi davacılara ½ oranında verilen kusuru yüksek bulmuş, ve tazminatın artırılması gerektiğine hükmetmiştir.

10. 3. HD 2020/6334 E. , 2021/8515 K. : Bu kararda dikkat çeken husus ispat meselesidir. Davacı aynı bölgeden farklı yıllarda üç ameliyat olmuş, ve son ameliyattan üç sene sonra batında gazlı bez bulunmuştur. İlk derece mahkemesi davalının kusurlu olduğunun ispat edilememesi nedeniyle davayı reddetmiştir. Vekalet ilişkisinde ispat yükü taraflara pay edilmiştir. Buna göre kusuru ispat yükü vekilde; zarar, illiyet bağı vb. diğİer hususları ispat yükü ise alacaklıdadır. Vekil kendisinden beklenen dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etmedikçe kusur sorumluluğundan kurtulamayacaktır. Tıbbi müdahale ile ilgili kayıt ve belgeleri tutmak ve saklamak da hekimin yükümlölükleri arasındadır. Somut olayda yüksek mahkeme, hekimin ilgili kayıtları tutmaması sebebiyle özen yükümlölüğünü ihlal ettiğini belirlemiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

11. 3. HD 2020/6148 E. , 2021/8490 K. : Bu kararda her ne kadar çocuğa sünnet öncesi uyuşturma için yapılan enjeksiyon doğru bir tıbbi müdahale olsa da çocuğun zayıflığının yani subjektif durumunun incelenerek raporun bireyselleştirilmesi gerektiğinden bahisle ilk derece kararı bozulmuştur. Yeniden alınan raporda çocuğun kişisel durumunun enjeksiyon sebebiyle oluşan zararda etkili olmadığı belirtilmiştir. Ancak yeni raporda ailenin aydınlatıldığına dair bir onam formuna ve tıbbi müdahaleye ilişkin yeterli bir kayda

rastlanılmadığı da eklenmiş, bu sebeple ilk derece mahkemesinin verdiği kısmen kabul kararı da bozulmuştur.

12. 3. HD 2020/5711 E. , 2021/5536 K. : Bu kararda dikkat çeken husus aydınlatılmış onam formunun ayrıntısız ve matbu düzenlenmesinin hekimin aydınlatma yükümlülüğüne olumsuz etkisini göstermesi bakımından önemlidir. Somut olayda gebeliği önleyici işlem yapılmış ancak üç yıl sonra bir çocuk dünyaya gelmiştir. Aydınlatılmış onam formunda gebeliği sonlandırıcı işlemin kesin bir çözüm yolu olmadığı, küçük de olsa bir ihtimal bulunduğu ifade edilmediği için davacının tam olarak aydınlatılmış bir rızası alınmamış olduğu kabul edilerek hekime bu yönden bir kusur yüklenmiştir. Buradaki bir diğer husus ise tazmine konu zararın ne olduğudur. Gebeliği sonlandırma işleminin başarısız olmasının olumsuz sonucu gebe kalınması zarar olarak görüldüğünde gebeliği sonlandırıcı tıbbi müdahalenin maddi ve manevi külfeti tazmine konu olmalıdır. Kanaatimizce çocuğun olası masrafları, bakım külfeti tazminat değerlendirmesinde dikkate alınmamalıdır.

13. 3. HD 2020/4949 E. , 2021/1146 K. : Bu kararda adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğunun bir örneği görülmektedir. Somut olayda davacı hastanın biyopsi örneği alınmış, ancak alınan örnek kaybedilmiştir. Bu sebeple hastaneye açılan davada hastane çalışanının kusuru nedeniyle hastanenin manevi tazminat ödemesine hükmedilmiştir. Manevi tazminatın sebebi olarak hastanın kişilik haklarının ihlal edilmesi gerekçesiyle karar veren yüksek mahkeme ise hükmedilen tazminatın hakkaniyete uygun olmadığını takdir etmiş ve kararı bozmuştur.

14. 3. HD 2020/4689 E. , 2020/6211 K.: Bu kararda olası bir teşhis hatası örneği görülmektedir. Teşhisin yanlış olması doğal olarak yanlış bir tedavi uygulanmasına da örnekte olduğu gibi yol açabilmektedir. Somut olayda davacının başvurduğu ikinci hastane kanser olmadığını söylemiş olsa da bilirkişi raporlarında henüz atfı kabil bir kusur tespit edilememiştir. Mahkemede üçüncü kez kadın hastalıkları uzmanının da bulunduğu bir heyet toplanmasına hükmederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

15. 3. HD 2020/4577 E. , 2020/6301 K.: Bu karar acil tıbbi müdahale standartları ile ilgilidir. Somut olayda bilirkişi raporunda acil hekiminin standart müdahaleyi yaptığı fakat tendon kesilerine üç hafta içinde müdahale yapılabileceğinden bahisle hekime atfı kabil kusur tespit edilememiştir. Burada hekime yüklenilebilecek kusur olası tendon kesisi durumuna karşılık bir plastik cerrah tarafından kontrol edilmesini hastaya tavsiye edip

etmediği noktasındadır.Fakat bu hususu ispat meselesinin irdelenmesi gerekirken tüm hususları aydınlatıcı bir şekilde yazılmış rapora rağmen yeniden rapor istenmesi kanaatimizce süre bakımından Adil Yargılanma Hakkı'na aykırı düşmektedir.

16. 15. HD 2020/1808 E. , 2020/2925 K.: Bu kararda dikkat çeken husus bilirkişi raporlarından vekalet sözleşmesinden farklı olarak estetik müdahalede eser sözleşmesine göre bir değerlendirme yapılmasının istenmesidir.Nitekim eser sözleşmesinde hekim vaat ettiği sonucun gerçekleşmemesinden de sorumlu tutulacaktır.

17. 15. HD 2018/4621 E. , 2018/4686 K.: Bu kararda dikkat çeken husus hakim bilirkişi raporuyla bağlı kalmaması örneği olmasıdır.Hakim bilirkişi raporuyla bağlı olmasa da kararında bunu gerekçeleriyle açıklamalıdır.Somut olayda bilirkişi raporu hekimin kusurlu olmadığı ve ortaya çıkan kötü görüntünün komplikasyonların doğal bir sonucu olduğu şeklindeyken hakim bu durumun hangi ameliyatlara düzeltilebileceği yönünde yeniden bilirkişi raporu düzenlenmesi istemiyle ilk kararı bozmuştur.Bu hükmün gerekçesi olarak eser sözleşmesi kapsamındaki estetik cerrahi müdahalelerde sonucun önemli olması, hekimin ilk ameliyat öncesi yeterli aydınlatmayı yapmadığı ve kayıtları düzgün tutmadığı gibi hususlara yer verilmiştir. Bir de komplikasyon yönetiminin yeterince iyi yapılmadığının anlaşıldığından bahsedilmişse de mahkemenin buna nereden kani olduğu da tarafımızca anlaşılamamıştır.

18. 15. HD 2018/2524 E. , 2018/2644 K.: Bu kararda dikkat çeken husus yapılan meme küçültme ameliyatı estetik cerrahi bir işlem olmasına rağmen mahkemece hasta hekim ilişkisinin vekalet ilişkisi olarak nitelendirilmesidir. Bunun yanı sıra bilirkişi raporunda zararın meydana gelmesini ana sebebi tam olarak belirlenememiş, ihtimallere dayalı çeşitli sebeplere muğlak ifadelerle yer verilmiştir. Bunun üzerine yüksek mahkeme yapılan müdahalenin komplikasyon mu malpraktis mi olduğu, komplikasyon yönetimi, aydınlatılmış onamın yeterliliği gibi hususları açıklayıcı yeni bir rapor alınması istemiyle kararı bozmuştur. Ancak estetik cerrahi müdahalenin eser sözleşmesi ilişkisi barındırması nedeniyle bu müdahaleden sonra uyarılmasına rağmen farklı bir sütyen giyen ve sigara içen hastanın kendisine kusur yüklenilebilirliğinin incelenmesi istenmemiştir. Nitekim “TBK m. 476”ya göre kendi kusurlu eylemleriyle ifayı engelleyen kişi eserin ayıplı olduğunu öne sürerek seçimlik haklarını kullanamaz.

19. CGK 2017/707 E. , 2020/265 K.: Bu kararda dikkat çeken husus kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi ile ilgilidir. İlk derece mahkemesi kararında “TCK m.50”ye göre cezanın adli para cezasına çevrilmemesine hükmederken “TCK m.62”ye göre de takdiri indirim uygulamıştır.”TCK” m.50 sanığın sosyal çevresi, kişisel, ekonomik ve psişik durumu, pişmanlığı, suçun işlenmesindeki özelliklere göre kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesini öngörmektedir. Bunlardan biri de hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesidir.”TCK” m. 62 ise yine aynı gerekçelerle takdiri indirim uygulanmasını öngörmektedir. Somut olayda Yargıtay’ın ilk bozma kararında bu çelişkiye dikkat çekilmişse de ilk derece mahkemesi “TCK” m.62’de “TCK” m.50’den farklı olarak düzenlenen “sanığa verilen cezanın geleceği üzerindeki olumsuz etkisi” ne dayanarak bu kararı verdiğini ve çelişkinin bulunmadığını öne sürerek direnme kararı vermiştir. Nihayetinde Yargıtay CGK önüne gelen dosyada kurul bu konuyu tartışma gereği duymaksızın doğrudan somut olay değerlendirmesi yaparak “TCK” m. 50 hükmünün uygulanmamasının isabetsiz olduğuna hükmetmiştir.

20. CGK 2011/578 E. , 2012/43 K.: Bu kararda dikkat çeken husus her ne kadar teknik uzmanlık ve bilgi gerektiren konularda bilirkişiyeye başvurulsa da bu durumun hakimnin delilleri serbestçe takdir etmesine engel teşkil etmemesi örneği olmasıdır. Somut olayda iki hastanede iki ayrı ameliyat yapılmıştır, sanık ise birinci ameliyatı yapan hekimdir. İlk derece mahkemesi ATK ve Yüksek Sağlık Şurası’ndan alınan çelişkili raporları değerlendirerek hekimin kusurlu olmadığına ve beraatine hükmetmiş, Özel Daire ise bu kararı onamıştır. Ancak çelişkiyi fark eden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı kararın dayanaksız olduğunu öne sürerek konuyu CGK’yataşmıştır. CGK, tüm delilleri ki bunlar dört farklı yerden alınan bilirkişi raporları ile tanık beyanlarıdır, detaylı bir şekilde inceleyerek ilk ameliyatı yapan hekimin kusurlu olduğu gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Bu kararın verilmesinde Yüksek Sağlık Şurası’nın raporlarının dava tarihi itibarıyla hükme esas olmaması ve daha sonra buradan rapor alınmaması, cerrah olan tanık beyanlarının hekim aleyhine olması ve safra kesesinde yanlış bölgenin alınmasının komplikasyon olarak değerlendirilmemesi etkili olmuştur. Ancak kararda ilk ameliyat esnasında görüntüleme cihazının kullanılmamasının da etkili olması anlaşılamamıştır. Çünkü bilirkişi raporunda görüntüleme cihazı kullanılmasının her ne kadar iyi olacağı söylene de zorunlu bir uygulama olmadığı ve maliyetli olduğundan bahsedilmiştir. Bu sebeple kanaatimizce hekimin takdir alanına giren bu husus sebebiyle kendisine kusur yüklenmesi yerinde olmamıştır.

21. 12. CD 2022/1555 E. , 2022/5588 K.: Bu kararda dikkat çeken husus davalı hekimin doğum esnasında yaptığı müdahalenin genel cerrah tarafından yapılması gerekirken kendisinin yapması sebebiyle kusurlu bulunabilecekken zararın komplikasyon sonucu gerçekleşmiş olduğu ve bu müdahaleyi genel cerrah da yapmış olsa bu komplikasyonun gerçekleşebileceğinden bahisle sanığın eylemi ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulamadığından kanun yararına bozmanın reddi kararı verilmiştir.Literatürde uzmanlık alanı olmayan alanda müdahalede bulunan hekimin olası zararlı sonucun doğabileceğini öngörebilecek durumda olması sebebiyle bilinçli taksirli olduğu ve komplikasyonların izin verilen risk kapsamında olmadığı belirtilmiştir.

22. 12. CD 2022/1904 E. , 2022/5969 K.:Bu kararda dikkat çeken 223/2-e hükmüne göre beraat kararı verilmişken bunun kaldırılarak 223/2-c maddesine göre beraat kararı verilmiş olmasıdır.223/2-e maddesi “Şüpheden sanık yararlanır.” ilkesinin bir gereği olup sanığın suçu işlediğine dair yeterli delil olmaması durumunda suçun sabit olmaması nedeniyle beraat kararı verilmesini düzenler.223/2-c maddesi ise sanığın kast veya taksirinin bulunmaması nedeniyle beraatinin gerekmesidir.Her ne kadar katılan vekilinin neden bu konuda temyize gittiği anlaşılamamışsa da mahkemece yapılan değerlendirme neticesinde tıbbi müdahale sonucu oluşan komplikasyon sebebiyle zararın meydana gelmesinde suçun işlediğine dair yeterli delil bulunmadığı değil hekimin taksirinin bulunmadığına karar verilmiştir.

23. 12. CD 2021/9436 E. , 2022/6064 K.:Bu kararda görevi kötüye kullanma suçunun örneği görülmektedir.Her ne kadar sonuç, hekimin yaptığı ameliyatın bir komplikasyonu neticesinde gerçekleşmişse de hekimin hastaneye sevki geç yapması görevi kötüye kullanma suçunu netice vermiştir.Görevi kötüye kullanma suçu 8+4=12 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu için yüksek mahkeme davanın düşmesi kararını onamıştır.

24. 12. CD 2021/5697 E. , 2022/2156 K.: Bu kararda dikkat çeken husus hekimin günümüz tıbbında kullanılmayan eski bir uygulamayı kullanması nedeniyle tıbbi uygulama hatasında bulunmasıdır.Bu noktada hekimlerin kendilerini sürekli güncellemeleri gerektiği gerçeğinin yanı sıra standart uygulamadan sapmadan tedavi konusunda takdir haklarını kullanmaları gerekliliği açıktır.

25. 12. CD 2021/1579 E. , 2021/6613 K.: Bu kararda kordon dolanmasının öngörülemez ve önlenemez olması nedeniyle sanığa atfı kabil kusur tespit edilememiş, bu sebeple beraat hükmü onanmıştır.

26. 12. CD 2021/2021 E. , 2021/7729 K.: Bu kararda mahkeme, acil servis hekiminin ilk akla gelen teşhise ilişkin bulguları bulamamasından sonra olası bir risk ihtimaline karşın hastaya uzman bir beyin cerrahına görünmesini tavsiye etmesi ve bunu kayıt altına almasını sorumluluktan kurtulması için yeterli görmüştür. İlk bilirkişi raporunda nörolojik tablo karşısında hastanın ambulansla beyin cerrahının bulunduğu bir hastaneye sevk edilmemesini özen eksikliği olarak görmüş, ancak ikinci bilirkişi raporunda bu durumun “TCK” m.89 kapsamında değerlendirilemeyeceği yorumu karşısında mahkeme de kanun yararına bozma talebini reddetmiştir. İkinci bilirkişi raporunun gerekçesi ise “hastanın ambulansla sevk edilmemesinin kısmi felç teşhis ve tedavisine etkisinin bilinemeyeceği” olmuştur. Bu noktada şu hususu belirtilmesinde fayda vardır: İlliyet bağının olmadığından söz edilebilmesi için zararlı kusurlu eylem arasındaki nedenselliği kesecek başka bir olayın bulunması yahut zararın kusurlu eylem olmasaydı da meydana gelecek olduğunun ispatlanması gerekmektedir. Somut olayda hastanın kısmi felç geçirmesi zarar, hekimin kusurlu eylemi ise doğru teşhisin konulabilmesi için hastanın ambulansla hastaneye sevk edilmemesidir. Bu iki vakıa arasında illiyet bağını kesen başka bir olay bulunmadığı gibi bu sevk gerçekleşseydi dahi gerekli teşhis ve tedavinin yapılamayacağı, yapılsa da kısmi felç sonucunun doğmayacağı kesin bir şekilde ispatlanamamıştır. Bilirkişi raporundaki bilinmezlik görüşü karşısında kanaatimizce illiyet bağının kesilmediği yorumu daha yerinde olacak, bu yorum da hükmü tersi yönde değiştirecektir.

27. 12. CD 2020/12142 E. , 2021/4766 K. : Bu karar komplikasyon yönetiminin önemine bir örnek teşkil ettiği için önem arz etmektedir. Somut olayda hasta ameliyata alınmış, ameliyat esnasında arter ve ven yaralanması olabileceği konsültasyon istenen Kalp DC tarafından tespit edilmiştir. Bilirkişi raporunda bu durumun yapılan ameliyatın komplikasyonu olduğu tespit edilse dahi, bu yaralanmaya teşhisten sonra hemen müdahale etmek yerine hastanın sevkine karar veren hekimler komplikasyon yönetimini doğru yapmadıkları için kusurlu bulunmuştur. İlk derece mahkemesinin kararı bu sebeple düzeltilerek onanmıştır. Düzeltme sebebi ise “TCK” 53/6 ‘ya göre üç aydan üç yıla kadar belirli bir mesleğin icrasından yoksun bırakılmayı öngören hükmün sanıkların cerrah olması sebebiyle el becerilerini yitireceklerinden bahisle kararın bu kısmının kaldırılması gerektiğidir.

28. 12. CD 2020/10783 E. , 2021/2242 K.: Bu karar tüm hekimlerin doğru konsültasyonlarla doğru bir şekilde hasta takibi yapmalarına rağmen ölüm olayı gerçekleştiğinde kendilerine kusur yüklenmediğinin bir örneğini teşkil eder.

29. 12. CD 2020/10537 E. , 2021/5360 K.: Bu karar taksirle öldürme suçunun vasıf değiştirerek ihmal nedeniyle görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi örneği bakımından önemlidir. Somut olayda bilirkişi raporunda hastaya sedasyon dozunun üstünde anestezi ilacı verilmesi nedeniyle anestezi teknikerinin kusurlu olduğu belirtilmişse de müteveffanın ilgili organlarından otopsi sonucu bulgular elde edilemediğinden ölüm olayı ile kusurlu eylem arasında illiyet bağı kurulamadığı saptanmıştır. Bu sebeple ilk derece mahkemesi sanığın kamu görevlisi olması ve kusurlu eylemi neticesinde görevi kötüye kullanma suçunu işlediğine hükmetmiştir. Ancak yüksek mahkeme bilirkişi raporunu hüküm kurmaya elverişli bulmamış ve kararı bozmuştur. Bilirkişi raporunda somut bir dayanak veya vakıayla gerekçelendirilmeden bir bilinmezliğin neticesinde illiyet bağının tespit edilemediği sonucu kanaatimizce de hüküm kurmaya elverişli bir raporu netice vermemiştir.

30. 12. CD 2020/9224 E. , 2021/3049 K.: Bu karar özellikle teşhis hatası nedeniyle ölüm neticesinin oluşması bakımından önemlidir. Somut olayda sanık hem doğru teşhiste bulunmamış, hem de teşhiste bulunurken kullanması gereken mevcut araçları kullanmamış ve nihayetinde tedavide de hatalı davranmıştır. Tüm bu sebeplerle hekimin kusurlu bulunduğu, eylemi ile zarar arasında illiyet bağı bulunduğundan bahisle yüksek mahkeme ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünü düzelterek onamıştır. Düzeltme sebebi “TCK” m.50/4 e göre taksirli suçlarda uzun süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine-somut olayda bu adli para cezasıdır- karar verilecekken “TCK” m.50/3’ün gerekçe gösterilmesidir.

31. 9. CD 2020/7290 E. , 2020/1260 K.: Bu karar daha çok teknik hukuki bir konuya ilişkindir. Somut olayda batında yabancı cisim bulunan müteveffa için açılan şüphelinin meçhul olduğu soruşturmanın neticesinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Bundan yaklaşık bir ay sonra zarar görenler vekilinin şikayet dilekçesi üzerine yeniden soruşturma başlatılmış fakat durumu fark eden mahkeme daha önce KYOK kararı verildiği için davanın düşmesine karar vermiştir. Yüksek mahkeme ise ilk KYOK kararının zarar görenlere tebliğ edilmemesi nedeniyle ikinci başvurunun öğrenme tarihli cevap dilekçesi olarak görülmesi gerekirken Davanın düşmesine karar verilmesini hatalı bulmuş ve kararı bozmuştur.

32. 12. CD 2020/4877 E. , 2021/3006 K.: Bu kararda anjiyografi esnasında hastada komplikasyon geliştiği için sanığın kusurlu bulunmadığı anlaşılmış, ilk derece mahkemesinin kararı düzeltilerek onanmıştır. Düzeltme sebebi yine “CMK” 223/2-a maddesine göre hüküm kurulmasıdır. Buna göre suçun kanunda tanımlanmamış olması sebebiyle sanığın beraatine karar verilmiştir. Oysaki “CMK” 223/2-c maddesine göre sanığın taksirinin bulunmaması sebebiyle beraat verilmesi gerekirdi.

33. 9. CD 2020/3991 E. , 2020/120 K.: Bu kararda dikkat çeken husus suç vasfının nitelendirilmesidir. Somut olayda ameliyat esnasında batında cerrahi mala unutulmuş, bu sebeple yapılan yargılama sonucunda ilk derece mahkemesi görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyete hükmetmiştir. Özel daire ise suç vasfında hataya düşüldüğü, eylemin taksirle yaralama suçunu netice verdiği için ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bozma kararına karşı oy kullanılmış, karşı oyun gerekçesinde ise taksirin esasına ilişkin açıklamaların yanı sıra asistanın hatalı sayım yapmış olduğunun kabul edilmesi durumunun da hekimin sayımı kontrol etmemesinin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalini oluşturacağı ve sorumluluk gerektireceği belirtilmekle birlikte bu eylemin ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu netice vereceği ifade edilmiştir. Ekip halinde yürütülen faaliyetlerde hiyerarşik olarak üst konumda bulunan hekimin denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda sayımı asistan hekim hatalı yapmış olsa dahi hekimin eyleminin taksir kavramı kapsamında ele alınması gerekliliği nedeniyle çoğunluğun görüşü kanaatimizce yerindedir.

34. 12. CD 2020/3969 E. , 2022/5360 K.: Bu karar sanıkların yükseköğretim kurumu üyesi olmaları durumunda soruşturma usulünün farklı olacağını göstermesi bakımından önemlidir. Yüksek mahkeme sanıklardan kamu kurumunda çalışan yükseköğretim kurumu üyesi olan sanık hakkında 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesinde öngörülen soruşturma usulüne göre, özel hastanede çalışan diğer sanıkların ise 3359 sayılı kanuna eklenen EK madde 18’e göre Mesleki Sorumluluk Kurulu’nun izniyle haklarında soruşturma başlatılabileceği sebebiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

35. 12. CD 2020/3708 E. , 2022/2591 K.: Bu karar hukuk yargılaması ile ceza yargılaması arasındaki farkı göstermesi bakımından önemlidir. Somut olayda ilk bilirkişi raporunda hekimin kusuru bulunduğu fakat ikinci bilirkişi raporunda hekim kusuru olmasa dahi hastanın ölüp ölmeyeceğinin bilinemeyeceği, bu sebeple illiyet bağı kurulamadığı tespitleri karşısında yüksek mahkeme ilk derece mahkemesinin beraat hükmünü

onamıştır.Buradahukuk yargılamasında alanında uzman bilirkişilerden rapor talep edilirken, 39 kişilik heyette bir kardiyoloji uzmanı bulunması ve kalp damar cerrahı bulunmaması nedeniyle raporun hüküm kurmaya elverişli olmadığı itirazları ceza yargılamasında yeniden heyet kurulup rapor alınmasını sağlayamamıştır.

36. 12. CD 2020/3638 E. , 2022/2443 K.: Bu kararda dikkat çeken husus illiyet bağıdır.Somut olayda hekim doğru görüntüleme sağlamayan grafiye dayanarak teşhiste bulunduğu, yeniden grafi çekmediği için kusurlu bulunmuş olsa da hastanın trafik kazası sonucu çok fazla kırığının bulunması ve teşhis doğru olsa dahi kurtarılamayabileceği gerçeği karşısında ölüm olayı ile sanığın eylemi arasında illiyet bağıını kesen başka bir olayın olması nedeniyle taksirle öldürmeden mahkumiyet hükmü bozulmuş ve ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyet verilmek üzere dosya ilk derece mahkemesine tevdi edilmiştir.

37. 12. CD 2020/3366 E. , 2022/6010 K.: Bu kararda dikkat çeken hususlar “masumiyet karinesi” ile acil serviste sorumluluğun kimde olduğudur.Somut olayda acil servise gelen ve geri gönderilen hastanın kısaca ağırlaşp ölmesiyle sonuçlanmış ve ilgili hekimden konsültasyon istendiği noktasında taraflar arasında ihtilaf bulunmaktadır.Eğer konsültasyon istenmişse hastayı görmeye acil servise gelmeyen ilgili hekim sorumlu olacak,eğer konsültasyon istenmemişse de acil servis hekimi sorumlu olacaktır,ihtilaf bu açıdan önemlidir.Her ne kadar acil servis hekiminin ilgili hekimi aradığı tespit edilmiş olsa da acil servis hekiminin kendisini o konuda aramadığı ifadesine itibar edilmiş ve ilgili hekim hakkında suçu işlediğine dair kesin delil bulunmaması nedeniyle beraat etmiştir. Diğer hekim ise Bakanlık görüşüne dayanılarak -ki bu görüş sorumluluğun hastayı taburcu ettiğine dair belgeyi imzalayan hekimde olduğuna dairdir- mahkum edilmiştir.

38. 12. CD 2020/2630 E. , 2022/1466 K: Bu kararda komplikasyon nedeniyle ölüm olayında beraat hükmü onanmıştır.

39. 12. CD 2020/2146 E. , 2020/5574 K.: Bu kararda dikkat çeken husus illiyet bağıdır. Trafik kazası sebebiyle acil müdahale edilen çocuğun ölümü ile sonuçlanan olayda, ilk bilirkişi raporu ölümün trafik kazasına bağlı beden travması ve komplikasyonların sonucu olmasına rağmen gerekli tetkikleri yapmayan hekimin kusurlu olduğu tespit edilmiş,ikinci bilirkişi raporunda doğru tanı ve tedaviler yapılsa dahi hastanın kurtarılamayabileceğinden bahisle hekimin kusurlu eylemi ile sonuç arasında illiyet bağı kurulamayacağı tespit

edilmiş,mahkemenin illiyet bağı ile ilgili değerlendirme talep etmesi üzerine son bilirkişi raporunda hekimin kusurlu eyleminin trafik kazası ile ölüm olayı arasındaki illiyet bağına kesmeyecek düzeyde olduğu tespiti karşısında yüksek mahkeme, ilk derece mahkemesinin taksirle öldürme suçundan mahkumiyet hükmünü bozmuş ve görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyetin zamanaşımına uğraması nedeniyle davanın düşmesine karar vermiştir.

40. 12. CD 2020/1708 E. , 2020/5411 K.: Bu kararda batında yabancı cisim unutma sebebiyle taksirle yaralama suçundan yargılanan sanık hakkında davanın düşmesi kararı onanmıştır.Onama sebebi taksirle yaralama suçunun 6 aylık şikayet süresine tabi olmasıdır.

41. 12. CD 2020/1335 E. , 2021/1418 K.: Bu kararda sanık acil hekimi hastayı kardiyoloji uzmanına yönlendirdiği için, nöroloji uzmanı ise doğru teşhis ve müdahalelerde bulunduğu için kusursuz bulunmuştur.Ancak kardiyoloji uzmanı sanığın her ne kadar hastaya anjiyo yapmasının doğru olduğu ve ölüm neticesinin anjiyo işleminin komplikasyonu sırasında meydana geldiği tespit edilmiş olsa da sanığın komplikasyon yönetimini doğru yapmaması nedeniyle kusurlu olduğu ve illiyet bağının mevcut olduğu açıklamalarına binaen yüksek mahkeme, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünü onamıştır.

42. 12. CD 2020/1236 E. , 2020/6759 K. : Bu kararda hastanın sezeryan ameliyatından iki buçuk yıl sonra tuvalette vajinasında yabancı cisim düştüğü ve bundan sonra tüm kanama ve sancılarının sona erdiği olayda yüksek mahkeme muhtelif görüşler içeren bilirkişi raporlarına ilişkin değerlendirmeleri neticesinde ilk derece mahkemesinin beraat kararını düzelterek onamıştır. Karara konu bilirkişi raporlarından birisinde gazlı bez unutulmasının ameliyatın bir komplikasyonu olarak nitelendirilmesi anlaşılamamıştır. Bir diğer bilirkişi raporunda radyoloji uzmanı birçok gerekçeyle beraber yabancı cismin ameliyat esnasında unutulmuş gazlı bez olduğunun kabulünün gerektiğini belirtmiştir. Yine bir diğer ATK bilirkişi raporunda sanığın eyleminin hastanın hayatını tehlikeye soktuğu ifade edilmiştir. Tüm bu açıklamalara rağmen iki buçuk yıllık sancı ve kanama şikayeti çeken hastada gazlı bez unutulması taksirle yaralama suçundan mahkumiyeti netice vermemiştir. Olayda hasta zarar gördüğü ve kusurlu eylem ile illiyet bağının kurulabileceği ortadayken suçun görevi kötüye kullanma vasfında olmadığı açıktır. Bir diğer husus ise yüksek mahkemenin delil yetersizliğine ilişkin “CMK” hükmüne değil sanıkların taksirli olmadıkları

nedenine dayanarak beraat hükmünü düzeltmesidir. Karar bu yönleriyle kanaatimizce kendi içerisinde gerekçeli ve tutarlı değilken, yüksek mahkemenin diğer kararlarıyla da bütüncüllük ve yine tutarlılık arz etmemektedir.

43. 12. CD 2020/1167 E. , 2020/5755 K.: Bu kararda ameliyat esnasında takılan entübasyon borusunun hareket ettirilmesi ameliyatın komplikasyonu olarak görülmüş ve komplikasyon yönetimini doğru yaptığı kabul edilen hekimlere kusur yüklenmemiştir. Mahkeme de bilirkişi raporuna uyarak beraat hükmünü onamıştır.

Tıbbi uygulama hataları diğer adıyla malpraktis konulu davaların gün geçtikçe artmakta olduğu bilinmektedir. Ancak bizim elde ettiğimiz veriler bunun aksini göstermiştir. Yargıtay kararlarının en çok 2020 yılında artış gösterdiği ve bu yıldan sonra giderek azaldığı görülmüştür. Bunun sebebi olarak 2020 yılında ülkemizi ve dünyamızı etkisi altına alan Covid-19 salgınının etkileri gösterilebilir. Nitekim o yıl içerisinde uzun bir süre boyunca mahkemelerin çalışmadığı bilinmektedir.

Kararlarla ilgili bir diğer veri ise kararların sonuçlarıdır. Kararların en çok davalı lehine onama ile davacı lehine bozma şeklinde sonuçlandığı görülmektedir. Bu husus da ilk derece mahkemelerinin genellikle davalı olan hekimler lehine sonuçlandığını göstermektedir. Bunun sebebi olarak hastaların ve yakınlarının gereksiz yere dava açması gösterilebilecek ise de böyle bir yorum elde edilen veriyi tam olarak açıklamayacaktır. Çünkü onama kararlarının sayısına yakın sayıda davacı lehine bozma kararları da mevcuttur. Bu durumda yukarıdaki açıklamanın yanı sıra ilk derece mahkemelerinin kararlarına dayanak teşkil eden bilirkişi raporlarının da payının olduğu kanaatindeyiz.

Kararlarla ilgili son bir veri de bilirkişi raporlarının eksik inceleme yaptığı ve hatalı olduğundan bahisle verilen bozma kararlarının sayısının çokluğudur. Sağlık mensubunun meydana gelen zararlı sonuca kusurlu davranışıyla neden olup olmadığının belirlenmesi teknik bir konu olduğundan “5271 sayılı CMK”nın 63. maddesi uyarınca mutlaka bir bilirkişi incelemesini gerektirmektedir. Raporlarda, müdahale ile dikkat ve özen yükümlülüğünü oluşturan hangi hukuki norm ya da ortak hayat tecrübelerinin, genel kabul gören uygulamaların ihlal edildiğinin yargısal denetime imkân verecek şekilde gösterilmesi gerekir. Şüphesiz ki, kusuru belirleyecek nihai merci mahkeme ise de, yeterli bir bilirkişi raporu, mahkemelerin doğru ve adil bir sonuca ulaşmasında en büyük yardımcı olacaktır. Kararlarda genellikle gerekli uzmanlıktan yeterli sayıda bilirkişi bulunmaması veya hiç

olmaması, raporun komplikasyon tanımlamasıyla sınırlı kalıp raporu bireyselleştirerek değerlendirme yapılmaması, komplikasyon -malpraktis ayrımının yeterince açık ve anlaşılır ifadelerle belirlenmemesi, aydınlatılmış onamın yeterliliği hususu ile kararların somut verilere dayanılarak ve muğlak ifadelerden kaçınılarak açık ve anlaşılır bir dille yazılmaması gibi hususlar sebebiyle bozma kararı verilmiştir. Bu hususlara dikkat edilmesi ile davaların gereksiz yere uzamasının önüne geçilebilecek ve usul ekonomisi ilkesi ile adil yargılanma hakkı yerine getirilebilecektir.

Elde edilen verilerin dışında literatürdeki bilgiler göz önüne alınacak olursa görevi kötüye kullanma suçunun cerrahi müdahalelerde tıbbi uygulama hatalarında uygulanabilirliği irdelenmelidir. Kararlarda “TCK m.257/2” ye göre ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulmuştur. Dolayısıyla, failin “TCK”nın 257. Maddesinin 2. fıkrası uyarınca cezalandırılabilmesi için, görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek, özel bir cezai düzenlemenin konusunu oluşturmamalıdır. Uygulamada taksirle öldürme ve yaralama suçunun söz konusu olduğu durumlarda bu suça başvurulmadığı görülmektedir. Buradaki eleştiri manevi unsura yönelik olacaktır. “Kamu görevlisinin görevi gereği yapması gereken bir iş olmadığını zannederek ihmali davranışta bulunması veya görevinin gereği yapmak zorunda olduğu bir işi ihmal ettiğini veya geciktirdiğini bilmesine rağmen, bundan bir kamu zararı veya kişiler bakımından bir mağduriyet ya da haksız kazanç doğmasını istememiş olması halinde kastın varlığından söz edilemez.”(ERGÜN, s.25) Bu tespit karşısında uygulamada özellikle illiyet bağının kurulamaması nedeniyle taksirle öldürme veya yaralama suçundan ceza verilemeyecek kişilere rahatlıkla ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilmesinin nedeni anlaşılamamaktadır. Çünkü taksirle işlenen suçlarla ilgili değerlendirme yapılırken sanığın öldürme veya zarar verme kastı olmadığı zımnen kabul edilirken, ihmal suretiyle işlenirken bile zarar verme kastının bulunması gereken görevi kötüye kullanma suçundan nasıl hüküm kurulabilmektedir? Kanaatimizce burada kanunun uygulanması bakımından bir tezatlık bulunmaktadır.

Sorumluluk hukukunda bilindiği üzere uygun illiyet bağı teorisi hakimdir. Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeğe genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağı uygun illiyet bağı denilir.(EREN, s.51) Uygulamada özellikle ölüm olaylarında “sonucun hekimin kusurlu davranışı olmasaydı dahi gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin bilinemeyeceği” gibi ifadelerle hekime kusur izafe edilemeyen

bilirkişi raporlarına dayanılarak hüküm kurulmaktadır. Literatürde belirtildiğı üzere uygun illiyet, sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış olan eylemler için kurulmuş kabul edilecektir. Buna göre sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin bilinemeyeceğı yani bunun bir ihtimal olduğı ve somut eylemin bu ihtimali artırdığının kabul edildiğı durumlarda uygun illiyet bağının var olduğı kabul edilmelidir. Ancak eylemle zarara sebep olay arasında uygun illiyet bağını kesecek başka bir vakanın mevcut olması durumunda illiyet bağının kesildiğine ya da kurulamadığına karar verilmesi gerekmektedir.



Çizelge 4.1. Kararların özelliklerine sınıflandırılması

Mahkeme Karar No	Dava Konusu Cerrahi Alan	Kusur Türü	Karar Türü (Yargıtay)
3. HD 2022/5523 E. – 2022/7359 K.	Kadın Doğum- Sezeryan – G. Bez Unutulması	Y.kişi- Denetim ve Gözetim Kusuru	Davacı Yararına Bozma
3. HD - 2021/8660 E. , 2022/1613 K.	Genel Cerrahi –Böbrek Nakli	Olası Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
3. HD 2021/8644 E. , 2022/4949 K.	Kalp DC – Gazlı Bez Unutulması	Y.kişi- Denetim ve Gözetim Kusuru	Davacı Yararına Bozma
3. HD 2021/7761 E. , 2022/2499 K.	Göğüs	Olası Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
3. HD 2021/6182 E. , 2021/8902 K.	Ortopedi – Bacakta matkap ucu	Olası Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
4. HD 2021/5404 E. , 2022/835 K.	Robotik Cerrahi- Sigorta		Davalı Yararına Bozma
3. HD 2021/5210 E. , 2022/211 K.	Genel Cerrahi- Mide Küçültme	Olası Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
6. HD 2021/4727 E. , 2022/3546 K.	Göğüs Estetiği	Tedavi Kusuru	Davacı Yararına Bozma
6. HD 2021/4602 E. , 2022/3189 K.-	Burun Estetiği	Olası Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
3. HD 2021/2771 E. , 2022/221 K.	Beyin vSC - Bacak	Tedavi Kusuru	Davacı Yararına Bozma
11. HD 2021/2338 E. , 2022/6611 K.	Beyin vSC - Skolyoz	Komplikasyon	Davalı Lehine Onama
3. HD 2021/2236 E. , 2021/13761 K.	Genel Cerrahi -Tiroit	Olası Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
3. HD 2021/1863 E. , 2022/89 K.	Jinekolojik Onkoloji - Yumurtalık	Olası Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
3. HD 2020/8301 E. , 2021/9106 K.	Çocuk - Göz	Tedavi Kusuru	Davacı Yararına Bozma
3. HD 2020/8047 E. , 2020/6663 K.	Kalp DC	Organizasyon Kusuru	B.kişi- Bozma
3. HD 2020/7370 E. , 2021/804 K.	Bademcik	Y.kişi- Den ve Göz.- Ayd. Onam Eksikliği	B.kişi- Bozma
3. HD 2020/6334 E. , 2021/8515 K.	Kadın Doğum- Sezeryan Sargı Bezi Unutulması	Y.kişi-Den. ve Göz. Eksikliği	Davacı Yararına Bozma
3. HD 2020/6148 E. , 2021/8490 K.	Sünnet – Enjeksiyon Sonucu Kalıcı Uyuşma	Komplikasyon - A.Onam Eksikliği	Davacı Yararına Bozma
3. HD 2020/5711 E. , 2021/5536 K.	Kadın Doğum – Gebeliğin Son.	A.Onam Eksikliği	Davacı Yararına Bozma
3. HD 2020/5181 E. , 2021/4974 K.	Gastroentoloji cer.- Safra	Olası Teşhis ve Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
3. HD 2020/5006 E. , 2021/2376 K.	Bağırsak Delinmesi	Olası Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
3. HD 2020/4994 E. , 2021/1053 K.	Kadın Doğum - Yumurtalık	Olası Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
3. HD 2020/4949 E. , 2021/1146 K.	Biyopsi Sonucunun Kaybı - Man. Taz.	Y.Kişi – Dikkat ve Özen Yük. İhlali	Davacı Yararına Bozma
3. HD 2020/4689 E. , 2020/6211 K.	Onkoloji	Olası Teşhis Kusuru	B.kişi- Bozma
3. HD 2020/4577 E. , 2020/6301 K.	Acil- Estetik Plastik Cerrahi- El Tendonu	Olası Teşhis ve Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
3. HD 2020/3308 E. , 2020/6287 K.	Göz	Olası Komplikasyon Yönetimi Kusuru	B.kişi- Bozma

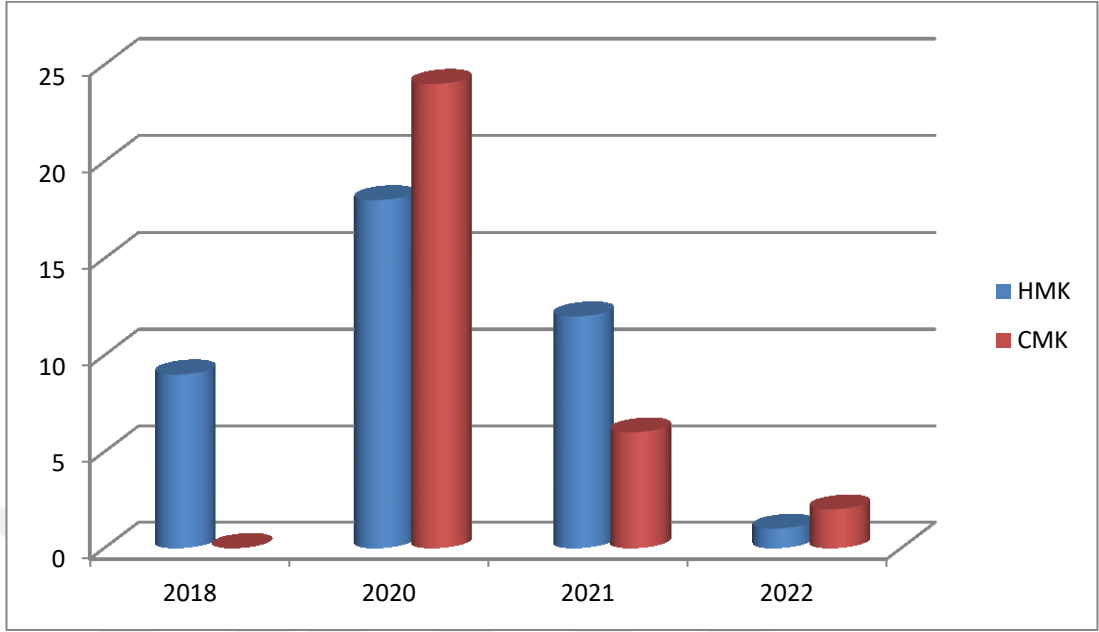
3. HD 2020/3285
E. , 2020/4835 K.
3. HD 2020/3212
E. , 2020/4549 K.
15. HD 2020/1808
E. , 2020/2925 K.
13. HD 2020/1662
E. , 2020/4063 K.
4. HD 2020/240
E. , 2020/1833 K.
13. HD 2019/5409
E. , 2020/5072 K.
13. HD 2019/4707
E. , 2019/11431 K.
13. HD 2019/2295
E. , 2020/1063 K.
15. HD 2018/5219
E. , 2019/46 K.
15. HD 2018/4621
E. , 2018/4686 K.
13. HD 2018/3790
E. , 2019/1744 K.
13. HD 2018/3259
E. , 2019/11729 K.
15. HD 2018/2524
E. , 2018/2644 K.
15. HD 2018/479
E. , 2018/1458 K.
15. HD 2018/472
E. , 2018/1457 K.
15. HD 2018/415
E. , 2018/2123 K.
HGK 2018/849 E. , 2021/1385
K.
HGK 2013/1204 E. , 2014/965
K.

Mahkeme Karar No

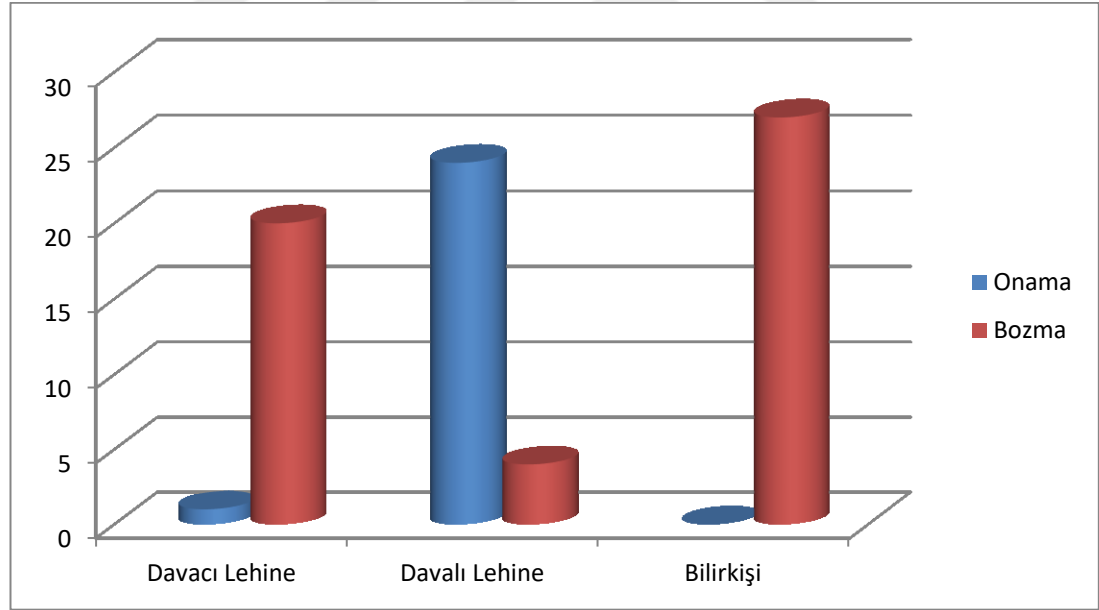
12. CD 2022/1555
E. , 2022/5588 K.
12. CD 2022/1904
E. , 2022/5969 K.
12. CD 2021/9436
E. , 2022/6064 K.
5. CD 2021/9025
E. , 2022/6684 K.
12. CD 2021/5697
E. , 2022/2156 K.
12. CD 2021/2067
E. , 2021/5163 K.
12. CD 2021/1579
E. , 2021/6613 K.
12. CD 2021/2021
E. , 2021/7729 K.
12. CD 2020/12142
E. , 2021/4766 K.

Sağ Diz Menisküs Yırtığı	Olası Tedavi(Yanlış Yöntem) Kusuru	B.kişi- Bozma
Kadın Doğum - Laparoskopi	Komplikasyon	Davacı Aleyhine Onama
Karın ve Göğüs Estetiğı	Olası Komplikasyon Yönetimi Kusuru	B.kişi- Bozma
Genel Cerrahi - Kolonoskopi	Olası Komplikasyon	B.kişi- Bozma
Kalp DC	Olası Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
Genel Cerrahi - Safra k.ameliyatı	Komplikasyon	Davacı Aleyhine Onama
Acil – Göğüs Ağrısı	Olası Teşhis Kusuru	B.kişi- Bozma
KBB ile Göğüs Cerrahisi	Olası Teşhis ve Tedavi Kusuru	Davacı Aleyhine Onama
Burun Estetiğı	Olası Tedavi Kusuru	Davacı Yararına Bozma
Göğüs Estetiğı	A.Onam Eksikliğı	Davacı Yararına Bozma
Fıtık Ameliyatı - Omurilik Vidası	Olası Komplikasyon	B.kişi- Bozma
Tendon Kesigi	Olası Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
Göğüs Estetiğı	Olası Komplikasyon Yönetimi Kusuru	B.kişi- Bozma
Burun Estetiğı	Olası Tedavi Kusuru	Davacı Yararına Bozma
Göz Estetiğı	Olası Tedavi Kusuru	B.kişi- Bozma
Göz - Göğüs Estetiğı	Olası Tedavi Kusuru- A.Onam Eksikliğı	Davacı Yararına Bozma
İğne Enjeksiyonu	Y.kişi – Olası Komplikasyon	B.kişi- Bozma
Kolda Sinir Kesigi	Olası Tedavi ve Aydınlatma Kusuru	B.kişi - Bozma
Dava Konusu Cerrahi Alan	Suç Türü	Karar Türü (Yargıtay)
Kadın Doğum	Taksirle Yaralama	Davalı Leihine Red
Üroloji	Taksirle Yaralama	Katılan Aleyhine D.Onama
Genel Cerrahi	Görevi Kötüye Kullanma	Zamanaşımı Nedeniyle Onama
Genel Cerrahi	Görevi Kötüye Kullanma – A.Onam	Katılan Leihine Bozma
Üroloji	Taksirle Yaralama	Davalı Aleyhine Onama
Genel Cerrahi	Taksirle Öldürme	Davalı Leihine Onama
Kadın Doğum - Kordon Dolanması	Taksirle Öldürme – Görevi İhmal	Davalı Leihine Onama
Acil Servis - Kısmi Felç	Taksirle Yaralama	Davalı Leihine Red
Beyin Cerrahi – Kalp DC	Taksirle Öldürme	Davalılar Leihine D. Onama

12. CD 2020/11419 E. , 2021/3304 K	Göz -Anestezi	Taksirle Öldürme	Davalı Lehine Onama
12. CD 2020/10783 E. , 2021/2242 K.	Ortopedi – Genel Cerrahi	Taksirle Öldürme	Davalılar Lehine Onama
12. CD 2020/10537 E. , 2021/5360 K.	Genel Cerrahi	Görevi Köttiye Kullanma	Davalı Lehine Bozma – B.kişi
12. CD 2020/9224 E. , 2021/3049 K.	Genel Cerrahi	Taksirle Öldürme	Katılan Lehine D.Onama
9. CD 2020/7803 E. , 2021/310 K.	Genel Cerrahi	Görevi Köttiye Kullanma	Katılan Lehine Bozma
9. CD 2020/7290 E. , 2020/1260 K.	Genel Cerrahi	Görevi Köttiye Kullanma	Katılan Lehine Bozma
9. CD 2020/5172 E. , 2021/130 K.	?	Görevi Köttiye Kullanma	Davalı Lehine Bozma
12. CD 2020/4877 E. , 2021/3006 K.	Kalp DC	Taksirle Öldürme	Davalı Lehine D.Onama
9. CD 2020/3991 E. , 2020/120 K.	?	GKK(Suç vasfı hatalı – taksirle yaralama)	Davalı Aleyhine Bozma
12. CD 2020/3969 E. , 2022/5360 K.	Genel Cerrahi	Taksirle Öldürme	Davalı Aleyhine Bozma
12. CD 2020/3708 E. , 2022/2591 K.	Kalp DC	Taksirle Öldürme	Davalı Lehine Onama
12. CD 2020/3640 E. , 2022/1569 K.	Acil Servis (Genel-Beyin Cerrahi)	Taksirle Öldürme	Davalılar Lehine Onama
12. CD 2020/3638 E. , 2022/2443 K.	Göğüs Cerrahi	Taksirle Öldürme (Suç VH- GKK)	Davalı Lehine Bozma
12. CD 2020/3499 E. , 2022/827 K.	Gastroentoroloji	Taksirle Öldürme (GKK tespit edilmiş)	Katılan Lehine Bozma
12. CD 2020/3366 E. , 2022/6010 K.	Acil Servis – Çocuk Cerrahisi	Taksirle Öldürme	1.Davalı Lehine Onama-2.aleyhine
12. CD 2020/2630 E. , 2022/1466 K.	Acil Servis - Enjeksiyon	Taksirle Öldürme	Davalılar Lehine D.Onama
12. CD 2020/2146 E. , 2020/5574 K.	Çocuk Cerrahisi	Taksirle Öldürme	Davalı Lehine Zamanaşımı
12. CD 2020/1708 E. , 2020/5411 K.	Kadın Doğum	Taksirle Yaralama (Şikayet süresi 6 ay)	Davalı Lehine Düşme - Onama
12. CD 2020/1519 E. , 2020/5194 K.	Acil Servis – Genel Cerrahi	Taksirle Öldürme (Suç V.H.- GKK)	Davalı Lehine Zamanaşımı
12. CD 2020/1335 E. , 2021/1418 K.	Kardiyoloji – Kalp DC	Taksirle Öldürme	Davalı Aleyhine Onama
12. CD 2020/1236 E. , 2020/6759 K.	Kadın Doğum	Taksirle Yaralama - GKK	Davalılar Lehine D.Onama
12. CD 2020/1231 E. , 2022/1743 K.	Kadın Doğum	Taksirle Öldürme (Suç V.H. - GKK)	Davalılar Lehine Zamanaşımı
12. CD 2020/1167 E. , 2020/5755 K.	Göğüs Cerrahi	Taksirle Yaralama	Davalı Lehine Onama
CGK 2017/707 E. , 2020/265 K.	Kadın Doğum	Taksirle Öldürme	Davalı Lehine Bozma
CGK 2011/578 E. , 2012/43 K.	Genel Cerrahi	Taksirle Öldürme	Davalı Aleyhine Bozma



Şekil 8.1. Yıllara göre hukuk ve ceza kararlarının dağılımı



Şekil 8.2. Kararların sonuçlarına göre sınıflandırılması

5. SONUÇ VE ÖNERİLER

“Türk Tabipler Birliği Etik İlkeleri”nin 13. Maddesinde malpraktis (hekimliğin kötü uygulaması); bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi olarak tarif edilmiştir. Hekim, icra ettiği mesleğinin gereği olarak, kişilerin vücut dokunulmazlığına/beden bütünlüğüne ve sağlığına yönelik bir takım müdahalelerde bulunmaktadır. Hekimin bu müdahaleleri yaparken hastanın sağlığına kavuşması veya acılarını dindirmesi amacı tıbbi faaliyetleri diğer vücut bütünlüğüne yönelik davranışlardan ayrı olarak meşru kılmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki, bu sorumsuzluk sınırsız değildir. Yapılan hatalı bir tıbbi uygulama sonucu meydana gelecek netice ya da belli istisnalar dışında hastanın aydınlatılmış onamının alınmamış olması hali, hekimin sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır. Sorumluluk medeni hukuk açısından tazminata mahkûm olma şeklinde belirirken, ceza hukuku açısından da işlenmiş bulunan fiile yasal olarak karşılık gelen cezaya mahkûm edilme biçiminde gerçekleşmektedir.

Çalışmamızın ana konusu olan cerrahi müdahalelerde uygulama hataları, Yargıtay kararlarında da kendisine sık sık yer bulmuştur. İlk derece mahkemesince alınan kararlardaki en önemli hususlardan biri olan uzman bilirkişi raporları, gördüğümüz kadarıyla Yargıtay kararlarında da en çok başvuru alan bozma nedenidir. Bilirkişi raporlarının geri gönderilmesinin en büyük nedeni, yine kanaatimizce hukuki değerlendirme yapması yasak olan bilirkişi kurulları ile tıp bilgisi olmaksızın teknik değerlendirme yapamayacak olan mahkemeler arasındaki açmaz olmaktadır. Zira bazı kararlar bilirkişi raporlarının hukuki değerlendirme alanına kayarak yetki aşımı yaptığı yönünde olurken, bazen de Yargıtay, hukuk dilinde sorduğunu tıp dilinde tam bir açıklıkla dinleyebilmek için birkaç kere yeniden rapor talep etmiştir. Kanaatimizce bu sorun bilirkişi heyetlerine bir de uzman hukukçu dahil edilerek henüz raporun yazım aşamasında çözülebilir ve bu sayede yargılamaların gereğinden uzun sürmesinin de önüne geçilebilir.

Kararlarda sıkça karşılaşılan bir diğer husus ise aydınlatılmış onamın alınmaması nedeniyle her iki yargılama türünde de mahkumiyet hükümleridir. Aydınlatılmış onam, hastanın teşhis, tedavi ve olası riskleri, komplikasyonlarla ilgili aydınlatılması yani hastanın anlayabileceği şekilde bu hususların açıklanması ile açıklamalardan sonra anladığından emin olunan hastanın rızasının alınmasından oluşur. Uygulamada aydınlatılmış onamın ispatı, alınmamış olması, matbu bir şekilde alınmış olması gibi hususlar kararlara konu

olmuştur. Teknolojik imkanların gelişmiş olduğu günümüz koşullarında, özellikle geri dönülebilirliği düşük olan cerrahi müdahaleler gibi tıbbi uygulamalarda hasta ve hekimin matbu bir form yerine video kayıt yoluyla aydınlatılmış onamı alması hem ispat açısından hem de aydınlatılmış onam kurumunun amacına uygun bir biçimde yerine getirilmesinin sağlanması bakımından yararlı olacağı kanaatindeyiz.



KAYNAKLAR

- AKBULUT, Berrin, Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, TBB Yayınları, Ankara 2008.
- AKTÜRK, Gökhan, 2021 Yılında Yargıtay Tarafından Karara Bağlanan Hatalı Tıbbi Uygulama İddiası Olgularının Değerlendirilmesi, Turkish Journal of Forensic Medicine. Volume:37, No:1, s19-25.
- ALTUNDERE, Nazan, Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi, "Sağlık Hukuku Makaleleri", İstanbul Barosu Yayınları, 2012 / 03, s. 105-116.
- ASANOĞLU, Ömer Faruk, Hasta Hekim İlişkisinin Hukuki Niteliği ve Hatalı Tıbbi Uygulamada Hekimin Tazminat Sorumluluğu, TJFPMC 2023;17(4):558-563.
- AŞIRDİZER, Mahmut, Tıbbi Malpraktis İddialarında Çözüm Önerileri, Adli Tıp Bülteni 2022;27(3):288-294.
- BİLGE, Yaşar, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları, s.7-12, s.86-104.
- BİRTEK, Fatih, Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir- Bilinçli Taksir Ayrımı, ERÜHFD, C. X, S. 1, (2015).
- BÖRÜ, Şafak PARLAK, Robotik Cerrahi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD 10(2): 758-775 (2019).
- CAN, İsmail Özgür, Yargıtayda Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi, Deü Tıp Fakültesi Dergisi Cilt 25, Sayı 2, (Mayıs) 2011, S: 69 – 76
- CENGİZ, İftar, Tıbbi Malpraktis, Tıbbi Malpraktisin Psikolojik Boyutları Ve Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluğu, TAAD, Yıl: 10, Sayı: 37 (Ocak 2019), s.107-131.
- DEMİRCİ, Bahar, Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, s.81-86, 128-144.
- DEMİRHAN, Nurhan, Malpraktis Ve Hekimin Taksirle Yaralama Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2021, s108-130.
- DIRVAR, Ferdi, Ortopedi Ve Travmatoloji Alanındaki Hatalı Tıbbi Uygulamalar: Yargıtay Dava Kararlarının İncelenmesi, Genel Tıp Derg 2020;30(4):263-270.
- DOĞRAMACI, Yakup Gökhan, Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği Ve Güven İlkesi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, s158-159.

EKİZOĞLU, Oğuzhan, Hekimin Medikolegal Sorumluluğu.

EREN, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no. 361, 1975, s.51-122.

ERGÜN, Güneş Okuyucu, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, Türkiye Barolar Birliği, 2009.

GÖKCAN Hasan Tahsin, Ceza Hukukunda Güven İlkesi Ve Trafik Ve Tıp Hukukunda Uygulanması, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2012 Cilt: 38 Sayı: 1-2, s.5-44.

GÜNGÖR, Pınar, Farklı Ülkelerin Malpraktis Konusunda Yasal Düzenleme Girişimleri, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Zeynep Kamil Tıp Bülteni, CİLT: 43 YIL: 2012 SAYI:4.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

IŞIK , Hasan Serdar, Lomber Disk Hernisi Cerrahisinde Karşılaşılabilecek Medikolegal Sorunlar, Türk NöroşirDerg28(2):257-260, 2018,

IŞIK, Hasan Serdar, Spinal Travma Olgularında Hukuksal Değerlendirme ve Karşılaşılabilecek Sorunlar, Türk NöroşirDerg30(3):542-544, 2020.

KATOĞLU, Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi Ve Ceza Sorumluluğu, TBB Dergisi, Sayı 68, 2007 s.29-41.

KEYMAN, S., Hekimin Cezai Sorumluluğu, s.59-89.

KÖK, Ahmet Nezh, Hatalı Tıbbi Uygulama (Medikal Malpraktis) İddialarında Otopsinin Önemi, s.677-685.

KÜÇÜKER, Hüdaverdi, Cerrahl Müdahale Gören Hastalarda Aydınlatma Ve Onam Formları Yeterli Mi?, NOBEL MEDICUS 24 | "CİLT: 8. SAYI: 3.

ÖZALP, Faruk, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, s.52-96.

ÖZCAN, Zeynep, Malpraktis - Komplikasyon Ayırımının Önemi, Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, s.197-213.

ÖZCAN, Zeynep, Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayırımına Bağlı İspat Sorunları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:8, Sayı:16, s.289-315.

ÖZDEMİR Hayrunnisa, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, 10/17 Eylül 2011, s.295-313.

ÖZGÖNÜL, Mustafa Levent ve ark., Türkiye Klinikleri J MedEthics. 2019;27(1):48-56.

POLAT, Oğuz, Tıpta Uygulama Hataları, s.8-19.

SAVAŞ Nuriye, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, 10/17 Eylül 2011, s. 157- 179.

ŞARKIŞ, Cihat, Disk Pil Yutulması; Pnömoni ile Sonuçlanan Bir Malpraktis Olgusu, Adli Tıp Bülteni, 2016; 21(3): 196-198.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, s.193-208.

TÜRKER, Fevzi Sarper, Kalp ve damar cerrahlarına karşı açılan tazminat davalarında hekimin hukuki sorumluluğunun Yargıtay kararları çerçevesinde tartışılması (Yargıtay içtihatlarında kalp ve damar cerrahisi), Türk Göğüs Kalp Damar Cerrahisi Dergisi 2017;25(4):681-689.

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s.338.

ÜNVER, Yener, Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı, s.166.

ÜNVER, Yener, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, TBBD, Ankara.

YALVAÇ, Gürsel, Hukuksal Açıdan Tıpta Uygulama Hataları, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları, s.16-22

YILDIRIM, Mahmut Şerif, Tıbbi Uygulama Hatası İddialarının Değerlendirilmesinde Örnek Bir Sistem Hatası Olgusu, Adli Tıp Bülteni, 2018; 23(1): 65-68.

YÖRDEM Yılmaz,Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 39 (Temmuz 2019).