



**T.C SAğLIK BİLİMLERİ ÜNİVERSİTESİ,
İSTANBUL PROF.DR.MAZHAR OSMAN RUH SAğLIğI VE SİNİR
HASTALIKLARI SAğLIK UYGULAMA ve ARAğTIRMA MERKEZİ
BEYİN VE SİNİR CERRAHİSİ EğİTİM KLİNİğİ**

**NÖROğİRÜRJİ PRATİğİNDE KARđILAđILAN OLGU ÖRNEKLERİ
PERSPEKTİFİNDE LOMBER DİSK HERNİSİ CERRAHİSİ TIBBİ KÖTÜ
UYGULAMALARININ AZALTILMASINA YÖNELİK MEDİKOLEGAL
İNCELEME**

Dr. Fatih CESUR

(TIPTA UZMANLIK TEZİ)

İSTANBUL/2017



**T.C SAĞLIK BİLİMLERİ ÜNİVERSİTESİ,
İSTANBUL PROF.DR.MAZHAR OSMAN RUH SAĞLIĞI VE SİNİR
HASTALIKLARI SAĞLIK UYGULAMA ve ARAŞTIRMA MERKEZİ
BEYİN VE SİNİR CERRAHİSİ EĞİTİM KLİNİĞİ**

**NÖROŞİRÜRJİ PRATİĞİNDE KARŞILAŞILAN OLGU ÖRNEKLERİ
PERSPEKTİFİNDE LOMBER DİSK HERNİSİ CERRAHİSİ TIBBİ KÖTÜ
UYGULAMALARININ AZALTILMASINA YÖNELİK MEDİKOLEGAL
İNCELEME**

Dr. Fatih CESUR

Tez Danışmanları: Doç. Dr. Erhan EMEL

Op. Dr. Özden Erhan SOFUOĞLU

(TIPTA UZMANLIK TEZİ)

İSTANBUL/2017

I.TEŞEKKÜR

Uzmanlık eğitimim boyunca ilgi ve yardımlarını esirgemeyen, bilgi ve deneyimleriyle yetişmemde büyük emeği geçen başta tez danışmanım, klinik şefim, hocam Doç. Dr.Erhan Emel olmak üzere, kliniğimiz Eğitim Sorumlusu Doç.Dr. Bekir Tuğcu, Başasistan Op.Dr.Mustafa Levent Uysal, Op.Dr.Müslüm Güneş, Op.Dr.Murat Asiltürk, Op.Dr.Hasan Burak Gündüz, Op.Dr.Özden Erhan Sofuoğlu, Op.Dr.Talat Cem Ovalıoğlu, Op.Dr.Ayşegül Özdemir Ovalıoğlu, Op.Dr.Bülent Timur Demirgil, Doç.Dr.Lütfi Şinasi Postalıcı, Doç.Dr.Ali Ender Ofloğlu, Doç.Dr.Ömür Günaldı, Başasistan Op.Dr.Osman Tanrıverdi, Op.Dr.Uzay Erdoğan, Op.Dr.Abuzer Güngör hocalarıma emekleri için çok teşekkür ederim. Beyin ve Sinir Cerrahisi kliniğimizde beraber emek verdiğimiz tüm asistan arkadaşlarıma, Beyin ve Sinir Cerrahisi kliniğimizin tüm hemşire ve personeline ve son olarak aileme sabırla bana kattıkları herşey için sonsuz teşekkür ederim.

Dr. Fatih CESUR

İstanbul, 2017

II. KISALTMALAR

LDH: Lomber Disk Hernisi

SGK: Sosyal Güvenlik Kurumu

TBK: Türk Borçlar Kanunu



III. İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	i
KISALTMALAR	ii
İÇİNDEKİLER	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
1. GİRİŞ VE AMAÇ	1
2. GENEL BİLGİLER	3
2.1 ENDİKASYON.....	4
2.2 AYDINLATILMIŞ ONAM	6
2.3 HASTA-HEKİM İLİŞKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	9
2.4 HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK “KANUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME”	12
2.5 İZİN VERİLEN RİSK.....	13
2.6 KUSUR	13
3. GEREÇ VE YÖNTEM	15
4. BULGULAR	16
5. TARTIŞMA	48
6. SONUÇLAR	51
KAYNAKLAR	57
EKLER	61
ÖZGEÇMİŞ.....	62

IV.ÖZET

NÖROŞİRÜRJİ PRATIĞİNDE KARŞILAŞILAN OLGU ÖRNEKLERİ PERSPEKTİFİNDE LOMBER DİSK HERNİSİ CERRAHİSİ TIBBİ KÖTÜ UYGULAMALARIN AZALTILMASINA YÖNELİK MEDİKOLEGAL İNCELEME

Dr. Fatih CESUR

AMAÇ: Nöroşirürji pratiğinde en sık yapılan ameliyat olan Lomber Disk Hernisi cerrahisi ile ilgili yargıya intikal eden olgular ışığında, hekimlerin tıbbi kötü uygulama iddiası ile karşılaşmamaları veya karşılaştıklarında hukuki sürecin yönetimi konusunda yargının önem verdiği hususlara dikkati çekmek amaçlandı.

YÖNTEM: Lomber Disk Hernisi ameliyatları sonrası süreçte tıbbi kötü uygulama iddiasıyla dava konusu olmuş, Yargıtay ve Danıştay'ın ilgili dairelerine intikal etmiş yerel mahkeme kararlarına karşı Yargıtay ve Danıştay tarafından verilen 22 adet yüksek mahkeme karar ilamı incelendi.

BULGULAR: Lomber Disk Hernisi cerrahisi nöroşirürji hekimlerince sıklıkla yapılan cerrahi müdahaleler olduğundan, Danıştay ve Yargıtay'a intikal eden olgulara ilişkin mahkeme kararlarında sıklıkla dikkati çeken temel noktalar vardır. Bunlar; hasta anamnezinin doğru alınması, hasta muayenesinin doğru yapılması ve tanı metotlarının uygun şekilde kullanılması, doğru endikasyon konulması, ispat açısından tüm sürecin yazılı olarak kayıt altına alınması, hastanın bilgilendirilmesi ve aydınlatılmış onamının alınması, tıbbi standartlar çerçevesinde cerrahi müdahalenin yapılması, hekimin yaptığı cerrahi işlemde özen yükümlülüğü, oluşabilecek komplikasyonların öngörülebilirliği ile yönetimi, cerrahi sonrası hasta bakımı ve takibi noktasındadır.

SONUÇ: Lomber Disk Hernisi ameliyatları sonrası hastanın zarar gördüğü iddiasıyla dava konusu olan olgular hakkında Yargıtay ve Danıştay tarafından verilmiş karar ilamlarında, yüksek mahkemelerin sıklıkla dikkati çektiği hususlar göz önünde tutularak hekimin cezai-hukuki-idari sorumluluğu en aza indirilebilir.

Anahtar Kelimeler: Lomber Disk Hernisi, Medikolegal, Tıbbi Kötü Uygulama

İletişim Adresi: drfatihcesur@gmail.com

V. ABSTRACT

MEDICOLEGAL ASSESSMENT OF MALPRACTISE IN NEUROSURGICAL PERSPECTIVE IN HERNIATED LUMBAR DISK SURGERY CASES

Dr. Fatih CESUR

OBJECTIVE: The aim of this study is to draw attention to the important legal points that neurosurgeons can face or avoid facing in legal cases of previous lumbar disc herniation surgery which is the most common procedure in neurosurgery.

METHOD: 22 decisions made by the high courts out of favor made by the local courts regarding malpractice in medicine in lumbar disc herniation operation cases.

FINDINGS: Since lumbar disc herniation surgery is one of the most common procedures done by neurosurgeons, there are important points in decisions made by the courts regarding the cases. These being; taking correct patient history, correct patient examination and executing correct methods for diagnosis, using correct indications, recording the whole process, thoroughly informing the patient and taking consent, executing surgical operation within medical standards, medical personnel's obligation of correct care, anticipating and managing the complications, post operative care and follow up of the patient.

RESULTS: The legal responsibilities of the neurosurgeons can be minimized in light of the decisions made by the high courts in previous cases of malpractice in lumbar disc herniation surgery.

Keywords: Lumbar Disc Herniation, Medicolegal, Malpractice

Correspondence: drfatihcesur@gmail.com

1. GİRİŞ

Nöroşirürji; beyin, omurilik, sinirler ve bu sisteme destek yapı ve eklerinin cerrahi hastalıkları ile ilgilenen tıbbi bilim dalıdır. Cerrahi bir branş olması nedeniyle nöroşirürji uzmanlığı ve uzmanlık eğitimi süreci yoğun çalışma ve dikkatli hasta takibi gerektirir. Uzmanlık eğitimi döneminde yer alan asistan hekimlere de, tek başına nöroşirürji kliniği ve hastalarını yönetebilme yeteneğinin kazandırılması amaçlanır.

Nöroşirürji pratiğinde en sık yapılan ameliyatlara spinal bölgeye yönelik yapılan ameliyatlardır. Spinal bölge ameliyatlarından da en sıklıkla yapılanı ise Lomber Disk Hernisi (LDH) ameliyatları olarak bilinmektedir. 2009 yılı SGK verilerine göre Türkiye’de 92.843 spinal ameliyat gerçekleştirilmiş, bu sayının 59.619’unu yani tüm spinal ameliyatlara %64.2’sini LDH operasyonları teşkil etmiştir (1). LDH ameliyatlarının nöroşirürji pratiğinde bu kadar sıklıkla yapılması, nöroşirürji uzmanları ve uzmanlık öğrencilerinin LDH ameliyatları sonrasında tıbbi kötü uygulama yapıldığı iddiasıyla bir takım idari, cezai, hukuki bir takım süreçlerle karşı karşıya kalma olasılıklarının diğer spinal ameliyatlara oranla daha yüksek olabileceği şeklinde yorumlanabilir.

2004 yılında Sağlık Bakanlığı tarafından hizmete sokulan SABİM 184 (Sağlık Bakanlığı İletişim Merkezi) aracılığı ile 2004-2009 yılları arasında yaklaşık 37 bin kişi SABİM 184 hattını arayarak Sağlık Bakanlığı ile interaktif iletişime geçmiştir. Yapılan bir nitel analiz çalışmasında, SABİM başvurularının % 44’e yakın kısmının “Hatalı Tıbbi Uygulama” iddiasıyla yapılan şikâyetlerin oluşturduğu tespit edilmiştir (2). Öyle ki, sadece 2016 yılında 4 milyon kişi SABİM 184 telefon hattını arayarak Sağlık Bakanlığı ile interaktif iletişime geçmiş, SABİM hattının devreye girdiği 2004 yılından itibaren SABİM 184 hattına toplam başvurunun yaklaşık 14 milyonu bulunduğu anlaşılmıştır (3).

SABİM 184 telefon hattına yapılan bu başvuru sayıları göz önüne alındığında, başvuru sayısındaki artış ile birlikte LDH cerrahisi sonrası tıbbi kötü uygulama iddiasıyla yapılan şikâyetlerin sayısında da bir artış ihtimali söz konusu olacaktır.

LDH cerrahisi yapılan olgularda tıbbi kötü uygulamaların azaltılmasına yönelik medikolegal inceleme çalışmamızda esas amacımız, daha evvel LDH cerrahisi sonrası tıbbi kötü uygulama iddiasıyla dava konusu olmuş, mahkemeye intikal etmiş, temyiz için Danıştay veya Yargıtay'a gönderilmiş ve Danıştay veya Yargıtay tarafından karara bağlanmış olan klinik olgulara verilen mahkeme karar ilamlarının sonuçlarını inceleyerek, nöroşirürji uzmanlarının pratikte hangi noktalarda sorun ile karşılaştıkları ve bunların nasıl azaltılabileceğidir.

Medikolegal incelemeye tabi tutulacak olan Danıştay veya Yargıtay kararları, Danıştay'ın www.emsal.danistay.gov.tr ve Yargıtay'ın www.emsal.yargitay.gov.tr resmi internet adresinden herkesin erişimine açık olarak yayınlanan yargı kararlarından hareketle gerçekleştirildi. Bu çalışma, Danıştay veya Yargıtay tarafından verilmiş nihai mahkeme kararlarının hukuki açıdan yerindeliğini incelemek amacı taşımayıp, sadece LDH ameliyatları sonrası tıbbi kötü uygulama olduğu iddia edilerek yargıya konu olmuş olgu örnekleri ışığında Danıştay veya Yargıtay'ın benimsediği görüşün ne olduğu araştırıldı. Bu sayede, tıbbi kötü uygulama iddiasıyla nöroşirürji uzman ve asistanları açısından oluşması muhtemel bir hukuki sürecin engellenebilmesi, azaltılabilmesi veya yönetimi hedefine ulaşılmaya çalışılmıştır. İleride yapılacak daha büyük ölçekli dosya çalışmalarında, bu konuda daha detaylı bilgilere ulaşılabilecektir.

2. GENEL BİLGİLER

LDH erişkinde bel ağrısının en sık sebeplerinden birisidir. LDH, başlangıçta artan bel ağrısı sonrasında sıklıkla ani başlangıçlı kalça ve bacak ağrısı şeklinde belirti veren ve herniye olmuş lomber disk yapısındaki nükleus pulpozusun lomber sinir köklerine bası yapması tablosudur (4).

LDH erişkinde omurganın en sık rastlanan hastalıklarından biri olduğundan LDH cerrahisi de nöroşirürji pratiğinde en sık yapılan ameliyattır (5). 2009 yılı SGK verilerine göre yapılan bir analizde, Türkiye’ de yapılan spinal ameliyatların % 64.2’sinin LDH ameliyatı olduğu tespit edilmiştir.

LDH ameliyatlarının nöroşirürji pratiğinde en sık yapılan ameliyatlardan biri olması, beraberinde bazı önemli kavramların da irdelenmesini gerektirir. Konuyu biraz daha açmak gerekirse, LDH ameliyatı cerrahi bir işlem olduğundan bir cerrahi işlemin en başından itibaren tıbbi gerekliliğinin (endikasyonunun) sorgulanması ve ayrıca yapılacak cerrahi işlemin hukuka uygunluğunun belirlenmesi, tıbbi kötü uygulama iddiası ile karşı karşıya kalmamak adına büyük önem arz etmektedir.

Tıbbi bir müdahale; tıp mesleği ile uğraşmaya yetkili bir kişi tarafından “hasta” adı verilen nesneye bir hastalığını veya fiziksel bir özrünü tedavi etme yada hastalıktan koruma yahut acılarını giderme, azaltma maksatlarıyla yapılan her türlü yardım ve faaliyeti içerir. Bu faaliyetler, basit teşhis işleminden ilaçla tedaviye, fiziksel tedavi alanlarına, her türlü psikiyatrik tedavilere, ameliyatlara ve hastanın acısının azaltılmasına, hastalığının önlenmesine kadar tüm tıbbi amaçlı işlemleri kapsar (6).

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4. Maddesinin “g bendinde” yapılan tanıma göre ise tıbbi müdahale; tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve mesleki standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim şeklinde ifade edilmiştir. İşte LDH cerrahisi de tıbbi bir müdahale olduğundan, bu cerrahi işlem yapılırken belirli bir mesleki yükümlülüğün, belirli bir mesleki standardın ve belirli bir hukuki çerçevenin bulunması ve sağlanması gerekir.

Tıbbi müdahale kavramının ve hukukumuzda kişinin vücut bütünlüğüne verilen önemin dayanağı, en temel haliyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. Maddesi 2. fıkrasında kendisine yer bulmuştur. Buna göre; “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” denilmiştir (7). Görüldüğü üzere kişinin vücut bütünlüğü Türk Hukukunda anayasal düzeyde korunmuş ve belirli istisna koşullar dışında hiçbir şekilde kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesine müsaade edilmemiştir.

2.1. ENDİKASYON

Lomber Disk Hernisi nedeniyle ameliyat edilmesi planlanan hastalarda, öncelikle dikkat edilmesi gereken temel unsur, hastaya bu operasyonunun yapılmasının tıbbi gerekliliğinin olup olmadığıdır. O halde ameliyat öncesinde hastaya yapılmak istenen LDH ameliyatının “doğru endikasyon“ dahilinde olduğu belirlenmelidir. Bir hastaya LDH ameliyatı yapmak için doğru endikasyon nedir?

Endikasyon, sözlük anlamıyla “bir hastada belirli bir tedavi veya müdahale uygulanmasına karar verilmesini gerektiren durum veya belirti” olarak tanımlanmıştır (8). Nöroşirürji uygulamasında ise endikasyon kavramı 2'ye ayrılarak ele alınmaktadır. Bunlar;

- 1- Mutlak Endikasyon
- 2- Rölatif Endikasyon şeklindedir.

LDH'nin mutlak cerrahi endikasyonları; hastada cauda equina basısı varlığı ve motor kusur varlığıdır (9). Ancak literatürde LDH'e bağlı kalça ve bacak ağrısı olan bir hastanın lomber diskektomi endikasyonu ve bunun zamanlaması konusunda hala görüş birliği sağlanmış değildir. LDH bağlı bacak ağrısı olan hastada konservatif tedavinin daha ön planda olması gerektiğini bazı uzmanlarca savunmuşsa da, 6 aydan daha uzun süre LDH cerrahisi için bekletilen hastaların, operasyon sonrasında görecekları faydanın azalacağı konusunda karşı yayınlar da mevcuttur (10).

LDH klinik belirtileri ve muayene bulguları olan bir hastada günümüzde LDH tanısını destekleyen ve uygulamada en sıklıkla kullanılan görüntüleme yöntemi lomber MR'dır.

Sadece bel ağrısı şikayeti olan, kalça ve bacak ağrısı tariflemeyen bir hastada Lomber MR'da disk hernisi görüntüsünün bulunması, hastaya LDH cerrahisi uygulanması konusunda yeterli endikasyon teşkil etmemektedir. LDH ameliyatı yapılması planlanan hastalarda klinik bulgular ile birlikte radyolojik değerlendirme sonuçlarının birbirini desteklemesi gerekmektedir.

LDH operasyonu sonrasında yargıya intikal etmiş bir olguda, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 2013/11391 esas ve 2014/11232 karar numarasıyla verdiği ilamda "doğru endikasyon" konusuna vurgu yapılmıştır. Karar şu şekildedir: **"Şiddetli bel ağrısı nedeniyle başvuran bir hastaya davalı nöroşirürji uzmanı tarafından LDH tanısı konulmuş ve lomber diskektomi uygulanmıştır. Ameliyat sonrası hastanın bel ağrılarının geçmediği aksine daha da arttığı, çekilen kontrol filmlerinde ameliyat sırasında diskin bistüri ile kesilirken kırılmış bistüri ucunun L5-S1 disk mesafesinde anteriorda L5 korpusuna saplanmış olarak kaldığı, kırılan bistüri ucunun disk forsepsi ile çıkarılmaya çalışıldığı ancak bulunamadığı, dolayısıyla medulla spinalise daha fazla zarar vermemek için disk mesafesinde bırakıldığı tespit edilmiştir. Ameliyatı yapan nöroşirürji uzmanının "Taksirle adam yaralama" suçundan yargılandığı bu davada, yerel mahkeme tarafından kusur durumunun tespiti amacıyla Yüksek Sağlık Şurası'ndan bu konuda bilgi istenmiş, Yüksek Sağlık Şurası'nın verdiği raporda "Hastada LDH muayene bulgularının olmaması ve radyolojik olarak incelendiğinde hastaya endikasyonu olmayan bir LDH cerrahisi yapıldığı, yapılan ameliyat doğru endikasyon ile yapılmış olsaydı bistüri ucunun kırılmasının ve mesafede kalmasının komplikasyon olarak değerlendirileceği, ancak doğru endikasyon ile yapılmayan lomber disk ameliyatı sonrasında disk mesafesinde bistüri ucunun kırılmış olarak parçasının bırakılması durumunda hastanın bel ağrısında artışa sebebiyet verildiği ve yanlış endikasyon ile ameliyat yapıldığı gerekçesiyle nöroşirürji uzmanı kusurludur".** Hastaya yapılan

lomber diskektominin doğru endikasyon konularak yapılmadığı gerekçesiyle nöroşirürji uzmanı kusurlu bulunmuştur (11).

Yargıya intikal eden LDH cerrahisi uygulanmış bir başka olguya baktığımızda, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2014/43786 esas ve 2015/198 karar numarası ile verdiği ilamda, lomber diskektominin “doğru endikasyon“ ile yapılması gerektiğine dair benzer ifadeler yer almıştır. Mahkeme tarafından verilen karar şöyledir: **"Bel ve sırt ağrısı nedeniyle hastaneye başvuran hastaya “lomber diskektomi” uygulanmıştır. Hasta, taburcu olduğu günün ertesi akşamı başlayan yüksek ateş ve şiddetli bel ve bacak ağrısı şikâyetiyle ameliyatı yapan nöroşirürji uzmanına başvurmuş, çekilen kontrol radyolojik tetkiklerinde operasyon yerinde hematoma varlığı tespit edilmiş ve hasta ikinci kez ameliyat edilmiştir. Maddi manevi tazminat istemli bu davada, yerel mahkeme Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş talep etmiş, verilen görüş yazısında “Muayene bulguları ve MR incelemeleri neticesinde dosya kapsamında yapılan incelemede hastaya yapılan ilk LDH ameliyatının doğru endikasyon ile yapıldığı...”** şeklinde bir ifade kullanmıştır (12). Yukarıda ifade edilen örnek olgular dikkate alındığında, yargıya intikal etmiş LDH ameliyatı yapılan olgularda ilk aranan temel unsurun, yapılan ameliyatın doğru endikasyon konularak yapıp yapılmadığıdır.

2.2. AYDINLATILMIŞ ONAM (RIZANIN ALINMASI):

LDH ameliyatı yapılması planlanan hastalarda dikkat edilmesi gereken diğer bir unsur, hastanın aydınlatılmış onamının (rızasının) alınmış olması gerekliliğidir.

LDH ameliyatı yapılacak hastaların ameliyat öncesinde, yapılacak ameliyat ile ilgili olarak ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi ve rızasının alınması gerektiği, hasta tarafından muvafakiyet verilmeden yapılan bir ameliyatın hukuka uygun olmadığı Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nde yer almaktadır.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi; 9 Aralık 2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazete'de 5013 kanun numarası ile yayımlanarak yürürlüğe giren Avrupa Konseyi'nin 1997 tarihinde imzaya açarak yürürlüğe koyduğu “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine”

Türkiye de taraf olmuştur (13). İlgili sözleşmenin 2. Bölümünün başlığı “**Muvafakat**” şeklinde olup, sözleşmenin 5. Maddesinde şöyle denilmektedir:

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi Md. 5: (Muvafakat)

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 alabilir.

Aynı sözleşmenin 8. Maddesinde ise şöyle denilmektedir:

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi Md. 8: (Acil durum)

Acil bir durum nedeniyle uygun bir muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.

Görüldüğü üzere acil durumlar dışında, kişiye yapılması planlanan lomber diskektomi öncesi hastaya mutlaka mevcut hastalığı ile ilgili bilgi verilmesi ve yapılacak ameliyat ile ilgili rızasının alınması, ayrıca yapılacak ameliyatın sonuçları ve oluşabilecek komplikasyonlar hakkında hastaya bilgi verildikten sonra ameliyatın gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Aydınlatılmış onam ile ilgili olarak yargıya intikal etmiş diğer bir lomber diskektomi olgusu Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 2013/24873 esas ve 2014/18592 karar numarası ile verdiği ilamda yer almaktadır. “Taksir ile öldürme” suçu olduğu iddiasıyla açılan davada, nöroşirürji uzmanı tarafından lomber diskektomi ameliyatı yapılan ve operasyondan sonra batın içi damar yaralanması teşhisi ile 2 defa daha ameliyata alınan ancak hastanın ölümü ile sonuçlanan olayda, ameliyatı yapan nöroşirürji uzmanının hastanın ölümünde bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkin olarak Yargıtay tarafından şu ifadelere yer verilmiştir: “**Tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından tıbben kabul görmüş ilke ve esaslar çerçevesinde yasaların öngördüğü amaçlarla, aydınlatılmış kişiden alınan rıza üzerine yapılan tıbbi**

müdahale hukuka uygun olduğundan, doğan zararlı sonuçtan nöroşirürji uzmanının sorumlu tutulması mümkün değildir. Ancak; hasta tıbbi müdahale konusunda aydınlatılmış ve tıbbi müdahaleye rıza vermiş olsa dahi, aydınlatma ve rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesinin ön şartı konumundadır. Beyin ve Sinir Cerrahisi uzmanının yaptığı lomber diskektomi ameliyatı tıp biliminin gerektirdiği şekilde yapılmış olmalıdır. Bir başka deyişle, yapılan lomber diskektomi ameliyatı kusurlu bir şekilde yapılmış ise, hekim doğan sonuçtan sorumlu olacaktır. Hasta tarafından verilmiş rıza ve aydınlatılmış onam, tıp biliminin gereklerine uygun kusursuz bir lomber diskektomi ameliyatı için verilmiş olup, kusurlu müdahale hallerinde, hasta lomber Diskektomi ameliyatına rıza göstermiş olsa dahi hekim yine de doğan zararlı sonuçtan sorumlu olacaktır. Hekime yüklenebilecek bir kusur olmamasına rağmen LDH ameliyatı başarısızlıkla sonuçlanmışsa “komplikasyon” söz konusu olacağından, bu durumda da hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir” (14).

Görüldüğü üzere hastanın, yapılması planlanan cerrahi işlem hakkında bilgilendirilmiş olması ve mevcut bilgilendirme ışığında hastanın ameliyata rıza göstermiş olması lomber diskektomi ameliyatının ön şartı konumunda olup, kişinin rızası dahilinde yapılan operasyon sonucu hastada meydana gelebilecek zarar durumunda da hekimin hukuki sorumluluğu doğabilecektir. Aydınlatılmış onam vermiş bir hastaya yapılan cerrahi işlemde hekim kusurunun olup olmadığı konusu bilirkişi görüşü ışığında mahkeme tarafından değerlendirilecektir.

LDH cerrahisi öncesi hastadan aydınlatılmış onam alınması gerekliliği ile ilgili bir başka hukuki kaynak ise Hasta Hakları Yönetmeliği’dir. Bu yönetmeliğin 22.Maddesinin 1.fıkrasında: “Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz” denilmiştir.

2.3. HASTA – HEKİM İLİŞKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ:

Nöroşirürji uzmanı ile hasta arasında olan hukuki ilişkinin niteliği konusunda doğru bir yaklaşımda bulunabilmek için hekimin görev yaptığı yerin de önemi vardır. Hekimin görev yaptığı yer;

- Kamu kurumu
- Özel hastane
- Kendi hesabına (bağımsız) çalışan şeklinde olabilir.

2.3.1. Kamu Kurumunda Çalışan Hekim:

Bir kamu kurumunda görev yapan nöroşirürji uzmanı veya asistanı ile hasta arasındaki ilişki, kamu hukukuna dayanan bir ilişkidir. Burada hasta, kamu hizmetinden yararlanan kişi konumundadır. Hasta, bulunduğu hastane dâhilinde kendisine sunulan sağlık hizmetinden dolayı zarar görecektse olursa, devlet veya ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine İdare Hukuku esasları çerçevesinde dava açabilir (15).

Kamu kurumu kavramından ne anlamamız gerektiğini Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1. Maddesinden anlıyoruz. Buna göre; “Devletin resmi hastaneleri, il özel idareleri tarafından açılan hastaneler, belediyeler tarafından açılan hastaneler ve üniversite hastaneleri kamu kurumu niteliğindeki hastanelerdir”. Burada kamu hastaneleri başlığı altında vakıf üniversite hastanelerini de kamu hizmeti veren kurumlar olarak değerlendirmek gerekir. Nitekim bununla ilgili olarak vakıf üniversite hastanesinde yapılan bir LDH ameliyatı sonrasında yargıya intikal etmiş bir olguda, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2014/33156 esas 2015/26881 karar sayılı ilamında yer alan bilgiye göre; “Hasta, bel ağrısı şikayeti ile davalı hastanede çalışan davalı doktorlar tarafından ameliyat edilmiş ancak ameliyat sonrasında çeşitli tedavilere rağmen bacağına geçmeyen şişlik ve ödem oluşmuş, başka bir hastanede yapılan kontrolde, bel fıtığı ameliyatı sırasında doktorların yanlışlıkla 2 damarı kestiğini ve acil olarak 2. ameliyata alınması gerektiği ifade edilmiş, bunun üzerine hasta, ilk ameliyatın yapıldığı vakıf üniversite hastanesindeki nöroşirürji uzmanlarından maddi ve manevi tazminat

talebinde bulunmuştur. Yargıtay görüşüne göre: **“Davaya konu zarar vakıf üniversitesine bağlı bir hastanede yürütülen sağlık hizmeti esnasında meydana gelmiştir. Kamu tüzel kişisi olarak kanunla kuruldukları ve kamu hizmeti sundukları tartışmasız olan vakıf üniversite hastanelerinin, devlet üniversite hastanelerinden farklı tutulması hukuken olanaksız olduğundan, vakıf üniversite hastanesinin sağlık hizmetinin sunulmasından kaynaklanan zararların idari yargı kapsamında ele alınması gerektir”** (16). Dolayısıyla, vakıf üniversite hastanelerinde yapılan LDH ameliyatı sonucunda oluşacak zararlardan dolayı idari yargıda dava açılması gerektiği ifade edilerek, vakıf üniversite hastanelerinde çalışan hekimlerin de kamu kurumunda çalışan hekimler gibi değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Hasta ile kamu kurumunda görev yapan hekim arasında kurulan hukuki ilişki bir “sözleşme ilişkisi” değil, bir kamu hukuku ilişkisidir. Bu ilişkiden doğan hukuki sorunlar da idare hukuku kuralları çerçevesinde idari yargıda çözümlenmelidir.

Anayasamızın 125. Maddesi 7. Fıkrası hükmüne göre, “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür”. Ayrıca yine Anayasa 129. Maddesinin 5. fıkrası hükmüne göre, “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”. Anayasa’da yer alan bu maddelerin yanısıra 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 13. Maddesi hükmüne göre de, “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar” denilmektedir. Böylece kamu kurumunda görev yapan hekimin, görevini yaparken baskı altında kalmaması, ayrıca zarar gören kişinin ekonomik bakımdan gücü sınırlı olan kamu personeline değil, ödeme gücü yüksek olan devlet veya ilgili kamu tüzel kişisine yönelmesi sağlanmıştır.

2.3.2. Özel Hastaneye Bağlı Çalışan Hekim:

Özel hastaneye iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışan nöroşirürji uzmanı ile hasta arasındaki hukuki ilişki dolaylı bir sözleşme ilişkisidir. Burada yer alan sözleşme esasında hasta ile özel hastane arasında gerçekleştirilen vekâlet sözleşmesi niteliğinde bir “hastaneye kabul sözleşmesi”dir. Vekâlet sözleşmesi; Türk Borçlar Kanunu (TBK)’nın 502 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup, vekâlet veren ile vekil arasında akdedilen, vekilin vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelik iş görmeyi üstlendiği bir sözleşmedir. Vekâlet sözleşmesinde vekilin üstlendiği “iş görme borcu” belli bir süre kısıtlaması olmaksızın görülür ve **sonucun gerçekleşmemesi rizikosunu da vekilin üzerinde değildir**. Vekâlet sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla sürekli borç ilişkisi doğuran, rızai bir sözleşme olup; ücretin vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmaması nedeniyle vekâlet sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Tarafların sözleşmede ücret kararlaştırmaları durumunda ise, vekâlet sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme halini alır(17).

Özel hastaneye bağlı çalışan nöroşirürji uzmanı, özel hastanenin üstlenmiş olduğu tıbbi teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirirken hastanenin “ifa yardımcısı” durumundadır. Burada hekimler, hastanenin hasta ile yapmış olduğu vekalet sözleşmesi gereği hastanenin üstlendiği edimi yerine getirenlerdir. Yargıtay, verdiği kararların neredeyse tamamına yakınında özel hastaneye bağlı çalışan hekimlerin hukuki sorumlulukları ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu’nun 66. Maddesi çerçevesinde “Özen Sorumluluğu” başlığı altında “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu” hükmünü uygulamaktadır. TBK Md.66’nın 1.fıkrasında “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür”, aynı maddenin 4. Fıkrasında ise “Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir” denmiştir. Burada yer alan vekalet sözleşmesi hastane ile hasta arasında olup, hasta ile ifa yardımcısı konumunda olan nöroşirürji uzmanı arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, hasta, hekime karşı vekalet sözleşmenin ihlaline dayanan bir tazminat davası açamaz, ancak hekimin, haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat ödemesini talep edebilir (18).

Zarar gördüğünü iddia eden hasta, hem hastaneye “Sözleşmeye Aykırılık” iddiasıyla, hem de doktora “Haksız Fiil” iddiasıyla birlikte dava açılabilir (19).

2.3.3. Kendi Hesabına (Bağımsız) Çalışan Hekim:

Bağımsız çalışan nöroşirürji uzmanı ile hasta arasındaki hukuki ilişki sözleşme, haksız fiil veya vekaletsiz iş görme olmak üzere 3 ayrı şekilde ortaya çıkabilir. Burada yer alan sözleşme doğrudan hekim ile hasta arasında gerçekleşmektedir (15).

2.4. HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK “KANUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME”:

Nöroşirürji uzmanı, belirli bir tıbbi eğitim sürecinden geçtikten sonra kendisine bir insana cerrahi müdahalede bulunabilme yani mesleğini icra edebilme izni verilen kişidir. Bu izin, Nöroşirürji uzmanına kanun tarafından tanınmıştır.

Bir nöroşirürji uzmanının tıbbi bir gereklilik halinde bir insan vücudu üzerinde cerrahi müdahalede bulunabilme yetkisi, hekimin yaptığı “kişinin vücut bütünlüğünün bozulması fiilini” hukuka uygun hale getirir. Nitekim Türk Ceza Kanunu’nun 24. Maddesinde “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez” denilmiş, kişiye kanun tarafından izin verilen veya yapılmasının emredildiği davranış cezalandırılmaz, yani kişi kanuna uygun davranarak suç işleyemez. İşte bu durum, kanunun hükmünü yerine getirme (Görevin İfası) olarak ifade edilen ve kanun tarafından tanımlanmış hukuka uygunluk nedenidir. Bir hekimin bir insana tıbbi müdahalede bulunurken, yapılan tıbbi müdahale fiilinin hukuka aykırı fiil olmamasının temelinde işte bu hukuka uygunluk nedeninin varlığı yatar. Ancak elbette ki bir hekimin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için, hekimin kanundan kaynaklanan yetkilerini kendisine tanınan sınırlar içinde kullanması gerekir (20).

2.5. İZİN VERİLEN RİSK:

Hukuki alandaki gelişmelere bağlı olarak, Türk Ceza Kanunu'nda veya diğer yazılı hukuk kurallarında yer almayan “yeni hukuka uygunluk nedenleri” ortaya çıkarabilir. İşte bunlardan bir tanesi de “İzin verilen risk” olarak tanımlanan ve hukuki öğretide de kabul edilen kavramdır. Tıbbi bir müdahale sonrasında ortaya çıkabilen komplikasyon dediğimiz durumlarda “izin verilen risk” olarak adlandırılan hukuka uygunluk nedeninin varlığı kabul edilmektedir. Çünkü her tıbbi müdahalede kişinin hayatı ve vücut bütünlüğü açısından riskler bulunmaktadır. Hekimin her tıbbi müdahalesi tıp biliminin verilerine uygun yapılsa bile bazen istenmeyen zararlı sonuçlar da ortaya çıkabilir. İşte komplikasyon riskine rağmen hekimin yaptığı tıbbi girişimlere yasa tarafından müsaade edilmesinin diğer bir sebebi de “izin verilen risk” kavramı altında kabul edilen hukuka uygunluk nedenidir.

2.6. KUSUR:

Yargıtay kararları içerisinde en çok üzerinde durulan unsur olan “kusur” hukuki olarak tanımlamamız gereken en önemli kavramdır. Kusurun kanunlarımızda bir tanımlaması yapılmamıştır. Ancak, uygulama ve öğretide kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzeni tarafından kınanabilen davranıştır. Burada kınanmanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmamasıdır. Hukuk düzeninin bir davranış tarzını kınaması, o davranışın belirli şartların varlığı halinde, bireylerden beklenen ortalama hareket tarzına uygun olmaması nedeniyledir.

Kusur hakkında ortaya atılmış 2 teori bulunmaktadır. Bunlar; sübjektif kusur teorisi ve objektif kusur teorisidir.

Sübjektif kusur teorisinde önemli olan bizatihi kusurlu olan kişinin kendisidir. Kusurlu kişinin içinde bulunduğu psikolojik ve fikri şartları, kişisel yetenekleri, eğitim durumu, yetiştirme şartları, mesleki becerisinin durumuna göre kişiye yüklenecek kusurun derecesini belirler.

Objektif kusur teorisinde ise insanlar arasındaki zihni, manevi, ruhi farklılıklar kusurun belirlenmesinde dikkate alınmaz. Objektif kusur teorisinde önemli olan kişinin kendisi değil, kişinin mensubu olduğu toplumdur. Kusurlu kişinin mensubu olduğu toplumda bulunan ortalama zeka seviyesindeki bireyin makul, mantıklı davranışı kusuru tespitinde esas alınır. Buna göre kusurlu kişinin fiili ile orta seviyede zekaya sahip bir insan kıyaslanarak kusurlu kişinin fiili daha kınanabilir nitelikte ise kişi kusurlu kabul edilir. Burada kusurun tespitinin temel amacı, kusur sonucu ortaya çıkan zararın kusurlu kişiye ne oranda yüklenebileceğidir. Böylece ceza hukuku anlamında kişiye ne derecede ceza yüklenebilir, yada tazminat hukuku anlamında kişinin fiili ile ortaya çıkan zararın ne oranda kusurlu kişiden tazmin edileceği ortaya konabilir. İşte yukarıda bahsettiğimiz “İzin verilen risk” kavramının da, kusur anlayışı çerçevesinde ele alındığında, aynı zamanda “kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal” olarak kabul edilmesi uygun olmaktadır (21).

3.GEREÇ VE YÖNTEM

Bu çalışma için Sağlık Bilimleri Üniversitesi Bakırköy Prof. Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi Tıpta Uzmanlık Eğitimi Kurulu (TUEK) tarafından 01.08.2017 tarih ve 60 protokol no ile Etik kurul onayı alınmıştır.

Bu çalışmada LDH Cerrahisi sonrası dava konusu olmuş olgu örnekleri retrospektif olarak incelendi. Medikolegal incelemeye tabi tutulan Danıştay veya Yargıtay kararları Danıştay’ın www.emsal.yargitay.gov.tr ve Yargıtay’ın “www.emsal.yargitay.gov.tr” resmi internet sitesi üzerinden herkesin erişimine açık olarak yayınlanmakta olup, 22 adet yüksek yargı kararından hareketle gerçekleştirildi.

Danıştay veya Yargıtay tarafından verilmiş ve çalışmamıza dahil edilen nihai kararların “hukuki anlamda yerindeliğinin” incelenmesi amacı güdülmemiştir. Yargıya intikal etmiş LDH ameliyatları sonrası tıbbi kötü uygulama iddialarına karşı Danıştay veya Yargıtay’ın sıklıkla benimsediği görüşün ne olduğu araştırıldı. Özellikle hekim kusuru ve komplikasyon kavramlarının araştırılmasından hareket edilerek, hekimlerin medikolegal anlamda dikkat edeceği hususların ortaya konulmasına çalışıldı.

Çalışmamızın içerisinde yerel mahkemeler tarafından verilen kararlar incelenmeyerek nihai karar makamı olan Danıştay ve Yargıtay tarafından verilen kesin karar ilamları değerlendirmeye alındı. LDH cerrahisi sonrası dava konusu olan bütün olguların yüksek mahkemeye götürülmemiş olabileceği ve yüksek mahkemeler tarafından verilen bütün karar ilamlarının yüksek mahkemelerin resmi internet sitelerinde yayınlanmadığı gerçeği göz önüne alındığında, burada yer verilen olgu örnekleri LDH cerrahisi sonrasında mahkemeye intikal etmiş bütün olgular olmayıp, sadece internet üzerinden ulaşılabilen olgulara ilişkin bir incelemedir.

4. BULGULAR

Tıbbi müdahalelerin sebep olduğu sorumluluğun temeli tıbbi kusurlardır. Tıbbi hata/kusur; tıp mesleğini icra eden hekimin tıp mesleğinin ve biliminin kural ve gereklerine uymaması sebebiyle hastasının vücut bütünlüğüne zarar vermesi olarak tanımlanabilir (22). Tıbbi kusur kavramı hukuk doktrinde “tıbbi malpraktis” olarak adlandırılmaktadır. Tıbbi malpraktis; tıbbın kötü uygulanması, kötü hekimlik uygulamaları veya tıpta yanlış uygulamalar biçiminde de açıklanmaktadır.

“Tıbbi kötü uygulama” kavramı esasen Bakanlar Kurulunca Haziran 2002’de kabul edilerek Temmuz 2002’de 4095 sayı ile TBMM Başkanlığına sunulan ancak yasalaşmayan “Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu” tasarısının 3. Maddesinde yer almış ve şu şekilde tanımlanmıştır: Sağlık personelinin kast, kusur veya ihmali ile standart tıbbi uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhişte bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumu ifade eder.

Tıbbi kötü uygulama sebebiyle bir zarar ortaya çıktığında, eğer hastanın vücut bütünlüğüne zarar veren kişi kamu kurumunda görev yapıyor ise, Anayasa’nın 129. Maddesinin 5. Fıkrası ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 13. Maddesinde belirtilen usul çerçevesinde zararın tazmini için yargı yoluna gidilebilmekte ve tazminat talepli davalar doğrudan hekim aleyhine değil ancak idare aleyhine açılabilir (23).

Kamu kurumunda çalışmakta olan bir Nöroşirürji uzmanı veya asistanının yapmış olduğu tıbbi kötü uygulama nedeniyle, tıbbi kötü uygulama sonrasında hekime karşı bir ceza davası açılması da söz konusu olabilir. Kamuda görev yapan hekimlerin ifa ettikleri görevleri nedeniyle ortaya çıktığı iddia edilen bir suç mevcutsa, bu durumda kamu görevlisi olmalarından dolayı açılacak ceza davaları öncesinde kanunda belirtilen makamdan soruşturma izni alınması gerekmektedir.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun' un 2. Maddesinde bu kanunun uygulanma kapsamı olarak; “Kamuda görev yapan memurların yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurların işledikleri suçlar hakkında uygulanır” demektedir. Bu manada, cumhuriyet savcısına Nöroşirürji uzmanı hakkında **görevi kapsamında** bir suç işlediği iddiasıyla soruşturma açılması için şikayet veya ihbar ulaştığında, hakkında ihbar veya şikayette bulunulan doktorun ifadesine başvurulmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni istemek zorundadır (24). Görevli memur hakkında soruşturma izni verilmesi durumunda görevli memur, soruşturma izni verilmemesi durumunda ise cumhuriyet savcısı tarafından, 4483 sayılı Devlet Memurlarının Yargılanması Hakkında Kanun'un 9. Maddesi uyarınca verilen makam kararının tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde Bölge İdare Mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz incelemesi 3 ay içinde neticelendirilir. Bölge idare mahkemesinin vereceği karar kesindir.

Kamu kurumunda görev yapmakta olan bir nöroşirürji uzmanının yapmış olduğu LDH ameliyatı sonrası, ameliyatı gerçekleştiren doktor aleyhine bir tazminat davası açılması da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda açılacak tazminat davası hekimin bizzat kendisine değil, görev yaptığı idareye karşı açılmak zorundadır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2012/3766 esas ve 2013/3856 karar sayılı ilamında; **“Hastaya üniversite hastanesinde bel fıtığı ameliyatı yapıldığı, ancak nöroşirürji uzmanının mesleğindeki yetersizliği nedeniyle ameliyatın başarısız olduğu, hastanın ağrılarının son bulmadığı gibi tam tersine arttığı ve bacağına kısıklık olduğu iddia edilmiş, uğranılan zarar nedeniyle maddi ve manevi tazminatın ödenmesi istenmiştir. Yargıtay ise, davaya konu edilen olayda nöroşirürji uzmanı olan hekim 657 sayılı yasa hükümlerine tabi olup kamu görevlisidir. Hastaya uyguladığı ameliyatın başarısız olmasından dolayı zarara uğranıldığı iddia edildiğine göre, Anayasa'nın 129. Maddesinin 5. Fıkrası hükmü ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu' nun 13. Maddesi 1. Fıkrası hükmü gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu**

eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak hekimin görev yaptığı idare aleyhine açılabileceğine ilişkin yasal düzenleme uyarınca davanın hukuk mahkemesi olan asliye hukuk mahkemesinde değil, idare mahkemesinde açılması gerektiği..” vurgulanmış ve hekim hakkında asliye hukuk mahkemesinde açılan dava reddedilmiştir (25).

Kural olarak idari davalarda husumet idareye yöneltilir (26). Dolayısıyla, kamu kurumunda görev yapan bir hekim hakkında tıbbi kötü uygulama nedeniyle tazminat davası açılacaksa, bu dava doğrudan hekim aleyhine değil, hekimin çalıştığı kamu kurumu aleyhine idare mahkemesinde açılması gerekmektedir.

Tıbbi kötü uygulama nedeniyle kamu kurumunda çalışan nöroşirürji uzmanı hakkında açılacak olan idari davada husumetin idareye karşı yöneltilmesi gerektiğine dair Danıştay 15. Dairesi’nin 2016/1886 esas ve 2016/2092 Karar numaralı ilamında bu konu şöyle ifade edilmiştir: **“Devlet hastanesi’ nde bel fıtığı ameliyatı sonrasında yatalak olmasında idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle 150.000 TL maddi, 700.000 TL manevi tazminat istemiyle açılan davada, hasım mevkiine tıbbi uygulamayı yapan hekimin de alındığı, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel (zarar görmüş, bozulmuş) olanlar tarafından idari yargı yerlerinde açılan tam yargı davalarında, husumetin kamu idarelerine yöneltilmesi gerekmekte olup, idari yargı yerlerinde (istisnai durumlar hariç olmak üzere) gerçek kişiler aleyhine açılan davaların görülmesine olanak bulunmadığı, böyle bir durumda, zarar gören kişilerin, idarenin personeline karşı değil, onları çalıştıran idareye karşı dava açmaları gerektiği, gerçek kişi hasım gösterilerek açılan davalarda, gerçek kişinin hasım mevkiinden çıkarılarak onun yerine, mahkemece tespit edilen idarenin davalı konumuna alınması gerekmektedir”** (27). Ancak, davaya konu zararı oluşturan idarenin personeli, isteği halinde davaya müdahil olabilir.

Kamu kurumunda görev yapan Nöroşirürji uzmanının yapmış olduğu LDH ameliyatı sonrası, yapılan ameliyattan zarar gördüğünü iddia ederek tazminat talebinde bulunan bir hasta, İdari Yargılama Usulü Kanunu' nun 13. Maddesinde ifade edilen süre içinde hekimin görev yaptığı kamu kurumuna başvuruda bulunmak zorundadır. Hastanın, belirtilen süre içerisinde hizmeti veren kamu kurumuna tazminat talebiyle başvurmaması halinde, idare mahkemesinde açacağı dava da zaman aşımı nedeniyle reddedilecektir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 13.Maddesi 1.Fıkrasında şöyle denilmektedir: İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında 60 gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içerisinde dava açılabilir (28).

Danıştay 15. Daire Başkanlığı'nın 2016/4939 esas ve 2017/1308 karar sayılı ilamında tazminat istemiyle açılacak tam yargı davalarında zaman aşımı vurgusu yapılmıştır. Buna göre karar ilamında şöyle denilmektedir: **“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilen ilgililerin, idari eylemleri öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl ve herhalde idari eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği hükme bağlanmıştır. Anılan yasa hükmünde idareye başvuru için öngörülen en geç 5 yıllık sürenin hangi tarihten itibaren başlatılacağı zaman zaman duraksamalara yol açtığından, bu hususun irdelenmesi gerekmektedir. Yasayla öngörülen tam yargı davaları, idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazminini ifade etmektedir. Bu nedenle, tam yargı davasının açılabilmesi için eylemin idariliğinin ve yol açtığı zararın ortaya çıkması zorunludur. İdari eylem, idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları**

ifade etmektedir. Söz konusu eylemlerin idariliği ve doğurduğu zarar bazen eylemin yapılmasıyla birlikte ortaya çıkarken, bazen de çok sonra, değişik araştırma, inceleme ve hatta ceza yargılamaları sonucu ortaya çıkabilmektedir. Özellikle kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen görev kusurları nedeniyle doğan zararların tazmini istemiyle açılacak tam yargı davalarında eylemin idariliği, bazen ceza davalarıyla personelin şahsi kusuru sonucu mu yoksa görev kusuru sonucu mu zararın ortaya çıktığının belirlenmesinden sonra saptanabilmektedir.

Bu itibarla, 2577 sayılı Yasa'nın 13. maddesinde öngörülen 1 ve 5 yıllık sürenin, eylemin idariliğinin ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması zorunludur. Aksi yorumun, zarara yol açan eylemin idariliğinin ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldıracığı, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır. Dava, 04/06/2009 tarihinde X Eğitim ve Araştırma Hastanesi' nde yapılan LDH ameliyatı sonucu davacının tekerlekli sandalyeye bağımlı hale gelmesi nedeniyle, 10.000 TL maddi ve 100.000 TL manevi zararının tazmini istemiyle açılmıştır. İdare Mahkemesince, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13.maddesinin 1. fıkrası hükmü uyarınca olayın meydana geldiği 04/09/2009 tarihinden itibaren her halde 5 yıl içerisinde ön karar alması gerekirken, bu süreler geçirildikten sonra davalı idareye yapılan başvuru üzerine açılan davanın süreaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. Davacı tarafından, anılan mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir. Dosyanın incelenmesinden, davacının X Eğitim ve Araştırma Hastanesinde ameliyat olduğu, 04.06.2009 tarihinden sonra sağlık durumunun giderek kötüye gittiği ve nihai olarak Y Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından tanzim olunan 19.08.2014 tarihli sağlık kurulu raporu ile davacının %91 ağır engelli hale geldiği belgelenmiştir. Bu rapor üzerine davacı vekilince

04.11.2015 tarihinde uğranıldığı iddia olunan zararın tazmini istemiyle davalı idareye başvurulmuş, başvurunun zımnen reddi üzerine de 14.01.2016 tarihinde dava açılmıştır. Olayda eylemin idariliğinin, en geç Y Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından verilen 19.08.2014 tarihli rapor ile öğrenildiği kabul edilse dahi, davacı tarafından 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca eylemin öğrenildiği bu tarihten itibaren 1 yıl içerisinde idareye başvurulması gerekirken, bu süre geçtikten sonra yani 04.11.2015 tarihinde davalı idareye yapılan başvurunun reddi üzerine açılan davada süreaşımı bulunmaktadır. Bu nedenle davanın süreaşımı yönünden reddi yolunda verilen temyize konu idare mahkemesi kararında sonucu itibariyle hukuka aykırılık bulunmamaktadır” (29).

Kamu kurumunda çalışmakta olan hekimin yapmış olduğu LDH ameliyatı sonrası zarar gördüğü iddiasıyla açılacak olan dava, cerrahi işlemin uygulandığı kamu kurumu aleyhine idare mahkemesinde açılması gerekir. Ancak idare mahkemesinde İdari Yargılama Usulü Kanunu 13. Madde hükmü uyarınca tam yargı davası açılmadan evvel öncelikle, ameliyat sonrası zarar gördüğünü iddia eden kişi tarafından hekimin görev yaptığı idareye başvurularak, oluştuğu iddia edilen zararın tazmininin idareden istenmesi şarttır. Nöroşirürji uzmanının çalıştığı kamu kurumuna başvurulmadan idare mahkemesinde açılacak olan tam yargı davasında, idare mahkemesince “**idari merci tecavüzü**” olduğu kabul edileceğinden, uyuşmazlık konusu dosyanın “**merciine tevdi kararı**” ile nöroşirürji uzmanının çalıştığı kamu kurumuna gönderileceği yargı kararlarından da anlaşılmaktadır. Nitekim bu konuda Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2015/10047 esas ve 2016/1700 karar sayılı ilamında, nöroşirürji uzmanının çalıştığı idareye başvurulmadan, doğrudan idare mahkemesinde tam yargı davası açılmayacağı, açılmış olsa ile idare mahkemesince “merciine tevdi kararı” verileceği şu şekilde ifade edilmiştir: “**Devlet hastanesinde yapılan LDH ameliyatının hatalı ve yanlış yapılarak hizmet kusuru işlendiği iddiasıyla 22.370,00 TL maddi, 50.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren yürütülecek yasal faiziyle ödenmesi istemiyle açılan dava sonucunda, idare mahkemesince; idari eylemin öğrenildiği ve zararın doğduğu tarihten itibaren 1 yıl içerisinde idareye başvurulması ve idarenin**

cevap vermesi halinde bu işlemin tebliğinden itibaren 60 günlük dava açma süresi içerisinde, başvuruya kamu kurumu tarafından cevap verilmeyerek zımnen reddedildiği hallerde ise zımnen reddedildiği tarihten itibaren 60 günlük süre içinde dava açılması gerekmekte olup, uyuşmazlıkta, davacının uğramış olduğu maddi ve manevi zararlarının ön karar alınmadan tazmini istemiyle açılan davada verilen merciine tevdi kararının, 02.12.2013 tarihinde davalı idareye tebliğ edildiği, merciine tevdi kararının tebliği üzerine davalı idarece cevap verilmeyerek başvurunun reddedildiği, zımni ret tarihi olan 31.01.2014 tarihinden itibaren dava açma süresi içerisinde en son 01.04.2014 gününe kadar dava açılması gerekirken bu süre geçirildikten çok sonra 02.09.2014 tarihinde açılan davanın süre aşımı nedeniyle esasının incelenmesi imkanı bulunmadığı gerekçesiyle davanın süre aşımı yönünden reddi yolunda verilen kararın, hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir. Dosyadaki belgeler ile temyiz dilekçesindeki iddiaların incelenmesinden, temyiz istemine konu kararın hukuka ve usule uygun olduğu, kararın bozulmasını gerektirecek yasal bir sebebin bulunmadığı sonucuna varılmıştır” (30). Danıştay tarafından verilen bu kararda sonuç olarak, nöroşirürji uzmanının yaptığı LDH ameliyatı sebebiyle oluştuğu iddia edilen zararın tazmini için, mutlaka idare mahkemesinde tam yargı davası açılması gerekir. Ancak dava açılmadan evvel oluşan zararın tazmini için nöroşirürji uzmanının çalıştığı kamu kurumuna tazminat istemli başvuru yapılmadan açılacak olan idari davada, idare mahkemesinin merciine tevdi (kamu kurumuna gönderilmesi) kararı vermesi gerektiği Danıştay tarafından vurgulanmaktadır.

Nöroşirürji uzmanının yapmış olduğu LDH ameliyatı sonrası oluştuğu iddia edilen zararın tazmini için, öncelikle nöroşirürji uzmanının görev yaptığı idareye başvurması şartı, zarar gördüğünü iddia eden kişi tarafından yanlış mahkemede dava açılması durumunda aranmaz. İdari Yargılama Usulü Kanunu 13. Maddesinin 2. Fıkrasındaki hükme göre; idari yargıda değil de görevli olmayan adli yargı yerlerinde açılan tam yargı davasının reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, öncelikle idareye başvuru şartı aranmayacağı, yanlış mahkemede açılan

davanın görev yönünden reddi kararının kesinleşmesinden itibaren 30 gün içerisinde nöroşirürji uzmanının çalıştığı kuruma başvuru şartı aranmaksızın zarar görenin doğrudan idare mahkemesinde dava açılabileceği yazılmıştır.

Kamu kurumunda görev yapan nöroşirürji uzmanının LDH ameliyatı açısından koymuş olduğu endikasyonun doğru olması, dolayısıyla hastaya yapılacak operasyonun doğru endikasyon ile yapılmış olması önemlidir. Gerek Yargıtay ve gerekse Danıştay kararlarında doğru endikasyon olmadan yapılan cerrahi tedavi sonucunda idarenin sorumluluğunun doğacağı hüküm altına alınmaktadır.

Doğru endikasyon varlığında cerrahi tedavinin yapılması gerekliliği ile ilgili olarak Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2016/2846 esas ve 2016/4378 karar numaralı ilamında şöyle denilmiştir: **“27/09/2010 tarihinde gonatroz tanısıyla sağ dize total diz protezi uygulandığı, 24/01/2011 ve 15/02/2011 tarihlerinde sağ dizde kontraktür gelişmesi nedeniyle önce kapalı, sonra açık mobilizasyonun (gevşetme) yapıldığı, 29/03/2011 tarihinde başka bir sağlık kuruluşunda yara yerinde detaşman gelişmesi nedeniyle debridman ve hiperbarik oksijen tedavisinin uygulandığı, 05/09/2011 tarihinde enfekte olan platinin çıkarıldığı, antibiyotikli spacer konulduğu, 16/07/2011 tarihinde diz eklem arasındaki çimento spacer çıkartılarak debridmanı takiben antibiyotikli çimento ile revizyon diz protezinin yapıldığı, kişiye ait 21/07/2010 tarihli sağ diz MR incelemesinin istenilmesine rağmen gönderilmediği, operasyon öncesi yapılan sağ diz MR raporu ve ilgili hekimin ifadesi birlikte değerlendirildiğinde, total diz protezi operasyonu endikasyonunun (ameliyat gerekliliğinin) bulunmadığı dolayısıyla, Ortopedi uzmanının bu yönden kusurlu olduğu, endikasyonu bulunmayan ameliyat sonrası gelişen klinik tablonun a) kişinin yaşamını tehlikeye sokan bir durum olmadığı, b) Kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olmadığı, c) Sağ dizde protez uygulanmasının organlarından birinin işlevinin yitirilmesi niteliğinde olduğu.....”** şeklinde tıbbi mütalaa belirtildiği, X Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Engelli Sağlık Kurulu Raporu ile bu operasyonlar sonucunda davacının %38 oranında engelli kaldığı, olayda davalı idarenin hizmet kusuru

bulunması nedeniyle davacının iş gücü kaybı zararına ilişkin bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, bilirkişi raporu uyarınca 08/12/2015 havale tarihli dilekçe ile davacı tarafından miktar artırım talebinde bulunulması üzerine, davacının iş gücü kaybı tazminatı olarak talep edilen maddi tazminat isteminin kabulü ile 104.303,92-TL maddi tazminatın idareye başvuru tarihi olan 09/06/2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiştir” (31). Bu Danıştay kararında, her ne kadar nöroşirürji uzmanı tarafından yapılmış bir ameliyat üzerinde durulmamış ise de, LDH cerrahisi endikasyonu bile olmayan hastalara, uygulamada hekimler tarafından “lomber vertebra stabilizasyonu” bile yapıldığı görüldüğünden, endikasyonu olmayan bir ameliyatın yapılması durumunda zarar ortaya çıkarsa, hukuki sorumluluk doğacaktır.

Kamu kurumunda görev yapan nöroşirürji uzmanının doğru endikasyon çerçevesinde LDH operasyonu yapmayı planlaması durumunda, yapılacak operasyon hakkında hastanın aydınlatılmasının ve yapılacak operasyon hakkında hasta rızasının alınmasının mutlak gerektiğine yargı kararlarında sıklıkla vurgu yapılmaktadır.

Danıştay 15. Daire Başkanlığı 2016/2124 esas ve 2017/665 karar numaralı ilamında şöyle denilmektedir: “Antibiyotik uygulaması sonrası anafilaksi gelişmesi sonucu ensefalopati gelişen bir olguda Danıştay kararında şöyle denilmektedir: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinin devlete yüklediği pozitif yükümlülükler, devlet tarafından, özel ya da kamu hastanelerine hastaların yaşamını koruyacak nitelikteki tedbirleri alma zorunluluğu getiren yasal ve düzenleyici çerçevenin konulmasını gerektirmektedir. Bu yükümlülük, hastaları, tıbbi müdahalelerin bu bağlamda meydana getirebileceği ağır sonuçlardan mümkün olabildiğince koruma gerekliliğine dayanmaktadır. Böylelikle, taraf devletler, bu yükümlülük uyarınca, hekimlerin, uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin hastaların fiziksel bütünlüğüyle ilgili olarak meydana getirebileceği öngörülebilir sonuçlar hakkında sorgulanmaları ve hastalarını aydınlatarak, rıza göstermelerini sağlayacak şekilde kendilerini bu tıbbi müdahale hakkında önceden bilgilendirmeleri amacıyla gereken düzenleyici yasal tedbirleri almakla

yükümlüdürler. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair 11 Nisan 1928 tarihli ve 1219 sayılı Kanun' un 70. Maddesinde “tabipler, diş tabipleri ve dişçilerin öngörülen tedaviler için hastanın veya vasisinin muvafakatini almaları gerektiği” belirtilmektedir. 1 Ağustos 1998 tarihinde Resmî Gazete’ de yayımlanan, Hasta Hakları Yönetmeliği de hastanın bilgilendirilmesini ve herhangi bir tıbbi tedaviye başlamadan önce hastanın aydınlatılarak rızasının alınmasını öngörmektedir. Bununla birlikte yönetmelikte, söz konusu rızanın alınma şekli konusunda herhangi bir özel şart belirtilmemektedir. Türkiye Tabipler Birliği tarafından 1 Şubat 1999 tarihinde yayımlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’ nın 21. Maddesi’ nde, bir hekimin hastanın sağlığıyla ilgili kararlar alırken, özellikle hastanın bilgilendirilme hakkı ve hastanın bilgilendirildikten sonra bir karar vererek, tedaviyi kabul etme ya da reddetme hakkı olmak üzere, hasta haklarına saygı duyması gerektiği ifade edilmektedir. Hastanın, rahatsızlığı sebebiyle götürüldüğü sağlık kuruluşunda uygulanan tedavi çerçevesinde, toplardamar içine penisilin enjekte edilmesinin ardından meydana gelen anafaktik şok sonucu %90 zihinsel engelli hale geldiği Adli Tıp Kurumu raporunda belirtilmektedir. Alerji yapabileceği bilinen ilaçların verilmesi durumunda, hastaya muhtemel sağlık geçmişinin sorulması, tedavi, fiziksel bütünlükle ilgili tahmin edilemez olası bir risk taşıdığında, hekimin, hastayı aydınlatıp rıza göstermelerine imkân sağlayacak şekilde kendilerini önceden bu tedavi hakkında bilgilendirmeleri gerekmektedir. Bunun bir sonucu olarak, özellikle, hastanın kendi hekimleri tarafından önceden gerektiği gibi bilgilendirilmediği durumlarda bu türden öngörülebilir bir tehlikenin gerçekteşmesi halinde, ilgili taraf devlet, bu bilgilendirme eksikliği nedeniyle doğrudan sorumlu tutulabilmektedir. 1219 sayılı Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliği, sağlık personellerine hastayı bilgilendirme ve öngörülen tedaviye ilişkin hastanın rızasını alma yükümlülüğü getirmektedir. Dosyanın incelenmesinden, İdare Mahkemesince, tedaviyi düzenleyen ve uygulayan sağlık ekibinin, anamnez çerçevesinde kendi sağlık geçmişi hakkında hastaya ya da yakınlarına soru sormadığı, ilgiliyi penisilin tedavisinin muhtemel risklerine dair bilgilendirmediği ve yürürlükte olan mevzuat ve düzenlemeye rağmen

hastanın rızasını almadığı yönünde davacı tarafça ileri sürülen başlıca iddiaların ele alınmadığı görülmektedir. Hemşire gözlem notu ile hasta epikrizi arasındaki çelişkiler ile hastanın penisilin alerjisi geçmişine ilişkin hasta öyküsünün alındığına ilişkin kayıtların ve hastanın penisilin uygulamasının olası risklerine ilişkin bilgilendirildiğine ilişkin kayıtların sunulamamasının, sunulan kamu hizmetinin kötü işlediğini ve ortada bir hizmet kusurunun bulunduğunu gösterdiğinden davacıların bu olay nedeniyle maruz kaldıkları manevi elem ve ızdırabı giderecek şekilde olayın meydana geliş şekli de dikkate alınarak hakkaniyete uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, manevi tazminatın reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Maddi tazminat açısından ise Adli Tıp Kurumu raporunda, hastaya konulan tanı ve uygulanan tedavilerin tıbben doğru olduğu ve penisilin grubu ilaçlara karşı alerji hikayesi olmayan kişilerde alerji için rutin deri testi önerilmemekle birlikte, alerjik reaksiyonların deri testi negatif olanların da, daha önceki kullanımlarında olmayıp sonra gelişebileceğinin tıbben bilindiği, penisilin grubu ilacın intravenöz (damar yoluyla) uygulanmasına bağlı gelişen anafilaktik reaksiyonun, her türlü özene rağmen oluşabilen herhangi bir tıbbi ihmal veya kusura izafe edilemeyen komplikasyon olarak nitelendirildiği, komplikasyon yönetiminin tıp kurallarına uygun olduğu ve ilgili sağlık personeline atfı kabil bir kusur tespit edilmediği belirtildiğinden, maddi tazminat ise reddedilmelidir” (32). Özellikle girişimsel işlemler öncesinde hastanın ayrıntılı olarak aydınlatılmasının ve rızasının alınmasının önemi büyüktür. Danıştay tarafından verilen bu kararda her ne kadar LDH cerrahisi konu edilmemiş ise de, yüksek mahkemelerin girişimsel işlemler öncesinde hastanın aydınlatılması ve onamının alınması hususunda titizlikle durduğu dikkati çekmektedir.

Kamu kurumunda görev yapmakta olan nöroşirürji uzmanının yapmış olduğu LDH ameliyatını kamu idaresi adına yaptığından, ameliyat sonrasında ortaya çıkan istenmeyen durumlar konusunda idarenin kusur sorumluluğu gündeme gelmektedir. İdare hukukunda kusura dayalı sorumluluk, idarenin kamu hizmeti ve faaliyetlerini yürütürken kusurlu bir davranışta bulunarak sebep olduğu zararı tazmin etmesi

yükümlülüğünü ifade etmektedir. “Hizmet kusuru” olarak da ifade edilen bu kavrama göre; hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde yada işleyişindeki bir bozukluğu, aksaklığı ve eksikliği ifade etmektedir. Buna göre İdare Hukuku’nda, hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememiş olması hizmet kusuru halleri olarak sayılmıştır.

İdarenin kusuruna dayalı sorumluluğu durumunda, idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için idarenin kusurlu olduğunun kural olarak zarar gören kişi tarafından ispatı gerekir. Ancak idare hukukunda “re’sen (görevi gereği) araştırma ilkesi” geçerli olduğundan, zarar gören kişi idarenin kusurunun ispatlayamamış olsa bile mahkeme, re’sen elde ettiği bilgi ve belgelere dayanarak idarenin kusurlu olduğuna karar verebilir.

İdare hukukunda kusur kavramı, “basit kusur” ve “ağır kusur” şeklinde derecelendirilebilir. Bunun sebebi idarenin kusuruna hükmedilebilmesi için belli durumlarda hizmet kusurunun ağır olmasının aranmasıdır. Öyle ki, idarenin sağlık hizmetleri gibi verilen hizmetin riskli bir niteliğinin olduğu durumlarda, idarenin kusurundan kaynaklanan zararın tazmini için idarenin hizmet kusurunun “ağır hizmet kusuru” niteliğinde olması gerekir (33).

İdarenin hizmet kusuruna ilişkin Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2013/4515 esas ve 2016/3694 karar numaralı ilamında şöyle denilmektedir: **“Devlet Hastanesi’nde geçirdiği LDH ameliyatı sonrası engelli hale gelmesinde idarenin hizmet kusuru bulunduğu bahisle maddi ve manevi zararının tazminine karar verilmesi istemiyle dava açılmıştır. Yerel idare mahkemesi, Adli Tıp Kurumu raporu uyarınca, olayda davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı tarafından, anılan mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek yerel mahkeme kararının temyizen incelenip bozulması istenilmektedir. Yerel İdare Mahkemesi kararında 2577 sayılı Kanun’un 49. Maddesi’nde belirtilen bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, davacının temyiz istemi yerinde görülmemiştir(34). Görüldüğü üzere Danıştay tarafından verilen bu kararda, yerel mahkemenin devlet hastanesinde çalışan nöroşirürji**

uzmanının yaptığı LDH ameliyatı sonrasında idarenin ağır hizmet kusuru bulunmadığı düşünülmüş ve yerel mahkeme kararı Danıştay tarafından onanmıştır.

İdarenin tüm faaliyetlerinin hukuka uygun olduğu durumlarda bile idarenin yaptığı faaliyette bir hizmet kusurunun oluşabileceği konusunda da Danıştay kararlarının olduğu görülür. Nitekim bununla ilgili olarak Danıştay 15. Daire Başkanlığı 2015/6618 esas ve 2016/1005 karar sayılı ilamında şu ifadelerle yer verilmiştir: **“Devlet hastanesinde geçirdiği LDH ameliyatında disk forsepsi adı verilen metal aletin 3 mm kısmının kırılması ve davacının vücudundan çıkarılamaması nedeniyle sakat kalması olayında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle meydana geldiği ileri sürülen 200.000 TL maddi ve 100.000 TL manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonucunda, yerel idare mahkemesi' nce; Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'nun 07.07.2014 tarih ve 4939 sayılı raporunda özetle; semptomatik bel fıtığının tedavisinde cerrahinin de bir seçenek olduğu, bu cerrahi işlem esnasında metalik cerrahi aletlerin kullanıldığı ve kullanıldıktan sonra sterilizasyona gönderildiği, böylece bir çok kez bu tür ameliyatlarda kullanıldığı, bu nedenle kullanılan cerrahi aletlerde metal yorgunluğu oluşabileceği ve Lomber Disk Hernisinin çıkarılması esnasında uç kısımlarının metal yorgunluğuna bağlı kırılıp disk mesafesine düşebileceği, metalik parçanın çıkarılabileceği gibi sinir dokusunda hasar oluşturmayacak bir yerde ise çıkarılmadan da bırakılabileceği, kişinin bir gün ara ile 22.01.2010 ve 23.01.2010 tarihlerinde Lomber Disk Hernisine yönelik nöroşirürji uzmanı tarafından ameliyata alındığı, 22.01.2010 tarihli ameliyatta disk hernisinin çıkarılması için kullanılan forceps ucunun kırıldığı ve ameliyat yapılan alanda kaldığı, kırılan forceps ucunun ameliyat yapılan alandan çıkarılmaya çalışıldığı ancak hastaya zarar verilme ihtimalinden dolayı bu işleme son verildiği, kırılan küçük parçanın hastada kaldığının tutanakta kayıt altına alındığı ve ameliyat notunda belirtildiği, kişiye konulan tanı ve yapılan ameliyatın tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olduğu, kişide ortaya çıkan tablonun ameliyat esnasında her türlü özene rağmen oluşabilen her hangi bir tıbbi kusur ya da ihmal izafi**

edilemeyen “komplikasyon” olarak nitelendirildiğinden davacının maddi tazminat talebinin karşılanmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle reddi ile söz konusu ameliyat nedeniyle davacının vücudunda metal bir parça kaldığı ve ameliyat sonrasında yaşadığı olaylar nedeniyle davacının acı ve elem duyduğu, üzüntü ve sarsıntı yaşadığı, yaşama zevkinin azaldığından, talep edilen 100.000,00-TL manevi tazminat talebinin takdiren 30.000-TL'lik kısmının kabulüne , fazlaya ilişkin kısmın ise reddi yolunda verilen kararın, taraflarca aleyhlerine ilişkin kısımlarının hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir. Karar veren Danıştay 15. Dairesi'nce, dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden davalı idarenin yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin, tetkik hakiminin açıklamaları dinlenip dosyadaki belgeler incelendi: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Kararın Bozulması" başlıklı 49. maddesinin 1. fıkrasında; temyiz incelemesi sonucu Danıştayın; a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, b) Hukuka aykırı karar verilmesi, c) Usul hükümlerine uyulmamış olunması sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozacağı kuralına yer verilmiştir. Dosyadaki belgeler ile temyiz dilekçesindeki iddiaların incelenmesinden, temyiz istemine konu kararın hukuka ve usule uygun olduğu, kararın bozulmasını gerektirecek yasal bir sebebin bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle; temyiz istemlerinin reddine, yerel idare mahkemesi'nin kararının onanmasına karar verilmiştir” (35).

Danıştay’ ın bu kararında, yerel mahkemenin Adli Tıp Kurumu raporu doğrultusunda cerrahi alet kırılması ve parçasının mesafede kalmasının bir komplikasyon olarak görülmesi gerektiğine dair kararı ile idareye atfedilebilecek belirgin bir kusurun bulunmamasına, yapılan tüm cerrahi işlemin her basamağında hukuka uygunluk olduğu tespit edilmesine rağmen, hastanın çektiği acı ve ızdırap dikkate alınmış ve hastaya 30.000 TL manevi tazminat ödenmesi kararı Danıştay tarafından onanmış olduğu tespit edilmiştir.

Dava konusu edilen bir başka LDH cerrahisi yapılmış olguda ise Danıştay, kararında şu ifadelere yer vermiştir: Danıştay 15. Daire Başkanlığı 2015/4570 esas ve 2015/7437 karar numaralı ilamında; **“Devlet Hastanesi nöroşirürji uzmanı tarafından 15/01/2004 tarihinde hatalı Lomber Disk Hernisi ameliyatı yapılarak sakat kaldığı, ameliyat sonrası yapılan tedavilerin sonuç vermediği, yapılan ameliyatta doktor kusurunun bulunduğu ileri sürülerek maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan dava sonucunda yerel mahkeme tarafından idarenin hizmet kusuru olmadığı yönündeki kararı onanmıştır.”**(36) demek suretiyle yerel idare mahkemesinin hizmet kusuru olmadığı yönündeki kararına uyarak kararı onadığı tespit edilmiştir.

LDH ameliyatları sonrasında yargıya intikal etmiş olgular incelendiğinde, gerek yerel mahkeme kararlarında gerekse yüksek mahkeme kararlarında mutlak bir istikrar olmadığı görülmektedir. Yerel mahkeme ve yüksek mahkemelerin kararlarını verirken olgu bazında bir değerlendirmeye gittiğini, idarenin hizmet kusuru noktasında verdiği kararlarda da olgu bazında olaylara yaklaştığı görülmektedir.

İdarenin hizmet kusuru kavramı, sağlık hizmetinin başlangıcından son bulmasına kadar herhangi bir zaman dilimi gerçekleşebilir. Danıştay 15. Daire Başkanlığı’nın 2015/8595 esas ve 2016/1990 karar numaralı ilamında şöyle denilmiştir: **“Hastanın ilgili tarihte LDH ameliyatı olduğu, ameliyat öncesi ameliyathane hizmetli personeli tarafından idrar sondası takıldığı, sorunsuz takılan sondanın yoğun bakımda ameliyatı yapan doktorun talimatı üzerine hemşire tarafından çıkarılmaya çalışıldığı, idrar sondasının çıkarılamadığı, hizmetli personelin de sondayı çıkartmaya çalıştığı ancak çıkartamadığı, çağrılan üroloji uzmanı tarafından da sonda çıkarılmaya çalışıldığı ancak çıkartılamadığı, hasta servise alındıktan sonra çağrılan üroloji uzmanının sondayı ince telle balonunun patlatılarak çıkartmaya çalıştığı, en sonunda başka bir üroloji uzmanının ultrason eşliğinde sondanın balonunun patlatılarak sondanın çıkarılabildiği, takibinde 04/08/2006 tarihinde üretrada pürülan akıntı nedeniyle 3'lü antibiyotik tedavisi başlandığı, diyabetin de etkisiyle enfeksiyonun kontrol altına alınamadığı, üretra darlığı gelişerek revizyon ameliyatları geçirdiği anlaşılan hasta hakkında**

düzenlenmiş adli ve tıbbi belgelerin incelenmesi sonucunda; sonda takılması ve çıkartılmasının travmatik etkisi, sondaya karşı vücudun verdiği reaksiyonlar ve üretrada gelişen enfeksiyonların her birinin ayrı ayrı veya birlikte üretrada darlığa neden olabileceği, üretrada darlığın gelişmesinde idrar sondasının sağlıklı olmayan personel tarafından takılmış olması ile tam ilişkilendirilemeyeceği, aynı sondayı sağlık personeli veya hekim dahi taksa benzer komplikasyonların oluşabileceği, ancak idrar sondasının sağlık çalışanı olmayan tarafından takılması ve çıkarılmasının uygun olmadığı, bu konuda sorumluluğun ona bu talimatı verenlerde olduğu, hizmetli, sağlık personeli olmadığından kusur yönünde görüş bildirilemeyeceği, sondanın yapısından kaynaklanan sebeplerden dolayı çıkarılması sorunu yaşandığı, hizmetli personelin müdahalesi sonrasında da çok sayıda müdahale yapıldığı ve en son USG altında suprapubik müdahale ile çıkarılabildiği, gelişen enfeksiyonun bu müdahalelerden hangisi veya hangilerine bağlı geliştiğinin ayrımının yapılamayacağı, balonun patlatılması ile sondanın çıkarımının ve sonrasında gelişen enfeksiyonun bir çok nedene bağlı olarak gelişebileceği, üretrada oluşan enfeksiyon ve buna bağlı gelişen üretra darlığının komplikasyon olarak değerlendirilmesi gerektiği, sağlık personeli dışındaki müdahale ile ortaya çıkan zararda idarenin ve talimatı veren sağlık personelinin sorumlu olduğu yönünde görüş belirtildiği, bu nedenle, davacı 'nın Devlet Hastanesi'nde geçirdiği LDH ameliyatı neticesinde cinsel organında meydana gelen zararda hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle maddi tazminat isteminin kabulü, manevi tazminat isteminin kısmen kabulü, kısmen reddi, hükmedilen tazminatın idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacılara ödenmesine..” karar verilmiş ve Danıştay tarafından hizmet kusuru olduğu gerekçesiyle hastaya maddi-manevi tazminat ödenmesine hükmedilmiştir (37). Bu karardan anlaşılacağı üzere, idare adına eylemde bulunan nöroşirürji uzmanının, salt olarak yaptığı LDH ameliyatı sonrasında oluşabilecek zararlar ile bağlı olmadığı, idare adına yaptığı her idari eylemden dolayı verilen hizmet kapsamında sorumlu olduğu görülmüştür.

Buraya kadarki incelemelerimizi daha çok Danıştay tarafından verilen kararlar doğrultusunda kamu kurumunda görev yapan nöroşirürji uzmanları açısından değerlendirdik. Kamu hastanesinde görev yapan nöroşirürji uzmanları dışında özel hastanelerde çalışan uzmanlar da vardır.

Lomber Disk Hernisi ameliyatı sonrasında hastada ölüm dahil bir takım zararların oluşabileceğini, bu zararların bir kısmının tıbbi uygulama hataları kapsamında değerlendirildiği, bir kısmının ise komplikasyon olarak değerlendirildiği bilinmektedir. Dava konusu olmuş LDH ameliyatlarından sonra ortaya çıkan zararlar açısından, mevcut olgu hakkında karar verebilmek için mahkemelerin bilirkişi kurumuna başvurduğu görülmektedir. 2010 yılından evvel, özellikle ceza davaları sözkonusu olduğu zaman Sağlık Bakanlığına bağlı Yüksek Sağlık Şurası'ndan bilirkişi görüşü alınması mecburi iken, 2010 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından bu mecburiyeti içeren hüküm kaldırılmıştır. Öyle ki, Yüksek Sağlık Şurası' nın yılın belli dönemlerinde toplanıyor ve karar alıyor olması, yargılama sürecine katmış olduğu bilirkişi raporlarının mahkemeye geç sunulmasına ve bunun sonucu olarak davaların uzamasına ve kişilerin adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılarak, Yüksek Sağlık Şurası' ndan ceza davası sırasında görüş istenmesi mecburiyeti kaldırılmıştır.

Hekimin, diğer sağlık personelinin yada tedavi kurumlarının kusurlu davranışı sonucu ortaya çıktığı iddia edilen hastalık, sakatlık veya ölüm olaylarında, yasaların ilgili hükümleri gereğince Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu ve Üniversitelerin Tıp Fakültelerinin ilgili birimleri mahkemeler tarafından bilirkişi tayin edilmektedir (38).

Yüksek yargı makamlarının vermiş olduğu kararlarda bazen, resmi bilirkişi tarafından mahkemeye sunulan bilirkişi raporuna göre verilmiş yerel mahkeme kararları, yüksek yargı tarafından hüküm kurmaya elverişli bulunmayabilmektedir. Nitekim bu konu Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 2015/4099 esas ve 2016/8796 karar numaralı ilamında şu şekilde ifade edilmiştir: **“Hasta, Lomber Disk Hernisi nedeniyle davalıya ait hastanede ameliyat olduğunu, ameliyattan önce sadece kendisinde ağrı olmasına**

rağmen ameliyattan sonra sakat kaldığını, idrarını tutamadığını, cinsel gücünü kaybettiğini, ameliyattan sonra ayaklarında hissizlik oluştuğunu söylemesine rağmen kendisine ameliyatın başarısız geçtiğini söylemediklerini, bu hissizliğin narkozdan kaynaklı olduğunu ve geçici olduğunu söylendiğini, davalı hastanenin yanlış teşhis ve tedavisi sonucu sakat kaldığını ileri sürerek kendisi, eşi ve çocukları için 1.000,00 TL maddi, 253.000,00 TL manevi tazminat olmak üzere toplam 256.000,00 TL maddi ve manevi tazminatın davalıdan alınarak davacılara verilmesine karar verilmesini istemiştir. Davalı, davanın reddini istemiştir. Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir. 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. Davanın temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Dava, davalı hastanenin vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır 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. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. 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 tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en

emin yolu tercih etmelidir. Esasen mesleki bir işgören; doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Somut olaya baktığımız da, mahkemece Adli Tıp 3. İhtisas Kurulundan, daha sonra davacının itirazı üzerine Adli Tıp Kurumu Genel Kurul' dan alınan raporlar nazara alınarak hüküm kurulmuştur. Dosyada mevcut Adli Tıp raporlarının hüküm kurmaya yeterli ve elverişli olmadığı anlaşılmıştır. O halde, mahkemece yapılacak iş, Üniversitelerin ana bilim dallarından seçilecek aralarında nöroşirurji ve nöroloji uzmanının da bulunduğu, 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. Mahkemece, değinilen bu yön gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır” (39).

Yargıtay kararında da ifade edildiği gibi, LDH ameliyatları sonrasında yargıya intikal eden olgularda, mahkemenin ihtiyaç duyduğu teknik konuda mahkemeye yardımcı olmak için kanun ile kurulmuş Adli Tıp Kurumu raporu da dava konusu olgu hakkında hüküm kurmaya elverişli yeterlilikte olmayabilir. Bu durumda mahkemelerce genellikle Üniversite Hastanelerinin ilgili birimlerinde çalışmakta olan akademisyen niteliğine haiz öğretim üyelerinin bilirkişi görüşü talep edilmektedir. Bununla beraber taraflar, dava konusu olgu hakkında savunmalarını güçlendirmek için ilgili alanda yetkin, deneyimli, söz sahibi kişilerden “uzman mütalaası” olarak mahkemeye sunabilirler. Ancak gerek bilirkişi görüşü yada gerekse uzman mütalaasının mahkemeyi bağlayıcı etkilerinin olmadığı unutulmamalıdır.

Kamu kurumunda görev yapan nöroşirürji uzmanının, LDH ameliyatı yapmak için hasta veya hasta yakınlarından herhangi bir menfaat talep edemeyeceği hususu Yargıtay 5.Ceza Dairesi 2013/9469 esas ve 2014/982 karar numaralı ilamında şöyle vurgulanmıştır: **“Devlet Hastanesi'nde nöroşirürji uzmanı olarak görev yapan sanığın, Lomber Disk Hernisi ameliyatı yapmak için hastanın yakınlarından 700 TL. istediği, yapılan pazarlık sonucu bu rakamın 400 TL' ye düştüğü, sanığın hastanede hastayı ameliyat ettiği, ameliyattan sonra hasta yakınlarının sanığa hastanedeki odasında 150 Euro para verdiği, hastanın hayati tehlikesinin bulunmadığı, bel fıtığı ameliyatının basit ve acil olmayan ameliyatlardan olduğu, bu itibarla somut olayda sanığın icbar boyutuna varan bir hareketinin olmadığı, eyleminin, suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK'nın 212/1. maddesindeki “yapması gereken bir işi yapmak için rüşvet almak suçunu” oluşturduğu, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde ise, kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının veya kişilerin bu şekildeki iş için kamu görevlisine çıkar temin etmelerinin rüşvet tanımından çıkarılmış olması karşısında, 5237 sayılı TCK'nın 257/3. maddesinde düzenlenen “görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama suçunu” oluşturduğu, hüküm tarihinden sonra 19/12/2010 tarihinde yürürlüğe giren 6086 sayılı Yasa ile TCK'nın 257/3. maddesinde değişiklik yapıldığı, 05/07/2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasanın 105/5-b maddesi ile de 5237 sayılı TCK'nın 257/3. Fıkra hükmünün yürürlükten kaldırılmış olduğu ve bu suretle aynı Kanunun 87. maddesiyle değiştirilen TCK'nın 252/2. maddesinde düzenlenen rüşvet suçuna dönüştüğü” tespiti yapılmıştır (40).**

Yargıtay'ın bu kararında sözü edilen parasal menfaat ise, genellikle halk arasında “bıçak parası” olarak tabir edilen menfaattir. Devlet memuru her durumda tarafsız olmak ve devletin menfaatlerini korumak zorundadır. Devlet memurları görevlerini yerine getirirken kişiler arasında ayırım yapmaması, bir menfaat karşılığında başka kişilerin yararına veya zararına bir idari işlem yada eylemde bulunmaması gerekir.

Devlet Memurları Kanunu' nun 29. ve 30. Maddelerinde “devlet memurlarına kişisel menfaat sağlama yasağı” getirilmiştir (41). Burada verilen olgu örneğine bakıldığında, kamu kurumunda LDH ameliyatı yapmak için kendisine parasal bir menfaat sağlanmasını isteyen nöroşirürji uzmanının Türk Ceza Kanunu' nun 252/2. Maddesi kapsamında “rüşvet suçu” ile yargılanabileceği, bunun yanısıra rüşvet suçu iddiası ile yargılanan bir kamu görevlisinin yargılanması için 4483 sayılı Devlet Memurlarının Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında Cumhuriyet Savcılığınca idari makamdan izin alınması gerekmeksizin soruşturma açılabilceği hüküm altına alınmaktadır.

Nöroşirürji uzmanlarınca yapılan cerrahi işlemler sonrasında sıklıkla yargıya intikal eden olguların başında LDH ameliyatı sonrasında hastanın zarar gördüğü iddiası gelir. Gerek Türkiye’de ve gerekse dünyada, yapılan bir cerrahi girişim sonrasında ortaya çıkan istenmeyen zararların gün geçtikçe daha çok dava konusu edildiği yadsınamaz bir gerçektir. Elbette mahkemeye taşınan hasta-hekim uyuşmazlığında, öne çıkan temel sorun, LDH ameliyatı sonrasında ortaya çıkan ve hastanın zarar görmesi ile sonuçlanan bu eylemlerde, acaba yapılan eylem sonrasında elde edilen bu zararlı sonuç bir komplikasyon mudur yoksa bir tıbbi kötü uygulama mıdır noktasındadır.

Genel bilgiler kısmında ifade edildiği gibi, burada da tekrar üzerinde durulması gereken konu komplikasyon-tıbbi kötü uygulama (Malpraktis) kavramlarının ayrımıdır. Her ne kadar yargıya intikal etmiş böylesi konularda hakimin atayacağı bilirkişilerin hazırlayacağı raporlar önem arzetsede, hakim karar verirken bilirkişiden aldığı teknik bilgi raporu ile bağılı olmadığından, gerek mahkemelerin ve gerekse hakimlerin bu ayrıma ne şekilde anlam yüklediklerini incelememiz gerekmektedir. Daha evvel uyuşmazlık konusu olmuş bir Danıştay kararında komplikasyon ve tıbbi kötü uygulama (Malpraktis) ayrımından şu şekilde bahsedilmektedir:

Hatalı Tıbbi Uygulama (Malpraktis); Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları' nın 13. maddesinde, tıbbi hata şu şekilde tanımlanmaktadır. Tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de

olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi uygulama hatası (malpraktis) olarak anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği, hastaya uygun tedavi uygulanmaması; tıbbi hata olarak tanımlanabilir. Bu noktada hatalı tıbbi uygulama sonucu doğacak sorumluluk " kusura dayalı genel sorumluluk" tur. Hekimin hukuksal sorumluluğu bakımından ölçü; **tecrübeli bir uzman hekim standardıdır**. Hekim, objektif olarak olayların normal gelişimine ve sübjektif olarak da kendi kişisel tecrübesine, kişisel yeteneğine, bireysel mesleki bilgisine, eğitiminin nitelik ve derecesine göre, hastanın sağlığında bir zarar gelmesini önceden görebilecek durumda olmalıdır. Bu halde karşımıza özen yükümlülüğü çıkmaktadır. Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, üç alanda yoğunlaşmaktadır;

Birincisi; hastanın tedavisinde yani teşhis, endikasyon, tıbbi tedbirin seçimi, bu tedbirin uygulanması, tedavi yahut cerrahi girişim sonrası bakım alanındadır.

İkincisi; hastanın aydınlatılması ve anamnez alınmasıdır.

Üçüncüsü; klinik organizasyonu (personelin niteliği, yeterli sayıda personel bulundurulması, hekimlerin birbiriyle işbirliği (Konsültasyon) alanındadır.

Bu üç alandaki kusuru, sırasıyla uygulama kusuru (tedavide hata), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak değerlendirmek mümkündür. Bu üç kusura "Tıbbi Uygulama Hatası" (Malpraktis) adı verilmektedir. Bu noktada tıbbi standart kavramına açıklık getirilmelidir. Tıbbi standart kavramı ile, tıp ilminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş meslek kuralları kastedilmektedir. Tıbbi standart ihlali değişik şekillerde gerçekleşebilir; teşhis, tedavi (endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yönteminin seçimi) ve müdahale sonrası bakım yönetimi bunlardan bazılarıdır.

Komplikasyon ise, tıbbi girişim sırasında öngörülme, öngörülse bile önlenemeyen durum, istenmeyen sonuçtur; ancak bunun bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir. Bu tanıma göre, hekimin tıbben kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan

istenmeyen sonuçlardan yasal olarak sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Hasta tıbbi uygulama sırasında ve sonrasında kusur olmadan da oluşabilecek istenmeyen sonuçları, komplikasyonları bilirse ve uygulamaya onay verirse tıbbi müdahale hukuka uygun olur. Hastada oluşan zararlı sonuç öngörülemiyor veya öngörülebilse bile (hastanın yeterince aydınlatılmış, onayı alınmış olması ve uygulamada kusur olmaması şartı ile) önlenemiyorsa bu durumun komplikasyon olarak kabulü gerekmektedir. Yine bu noktada, tıbbi standartlardan sapılmaması, mesleki tecrübe kurallarına riayet edilmiş olması gereklidir. Yine meydana gelen komplikasyon sonrası süreçte de uygulanan teşhis ve tedavinin de tıp kurallarına uygun olması gerekmektedir (42).

Nöroşirürji uzmanının LDH ameliyatı yapması sonrasında hastanın bu işlemde zarar gördüğü iddiasıyla mahkemeye intikal etmiş bazı olgular üzerinden yüksek yargının komplikasyon malpraktis ayırımına ne şekilde baktığı görülebilir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2015/17179 esas ve 2017/3264 karar numaralı ilamında LDH ameliyatı sonrası yara yerinde meydana gelen enfeksiyon nedeniyle zarar gördüğü iddiasıyla açılan davada; **“Belindeki rahatsızlık nedeniyle davalı hastaneye müracaat ettiğini ve LDH ameliyatı olduğunu, ameliyattan 2 gün sonra taburcu edildiğini, taburcu edildikten 5 gün sonra ayağında güç kaybı oluştuğundan tekrar hastaneye müracaat ettiğini, "bir şey yok" denilerek evine gönderildiğini, rahatsızlıklarının, ağrı ve yanma hislerinin arttığını, 13.02.2012 tarihinde davalı hastaneye tekrar gittiğini ve enfeksiyon tedavisine başlanıldığını, 29 günlük tedavinin ardından taburcu edildiğini ancak rahatsızlığının halen geçmediğini ve ağrılı bir hayat yaşadığını, X Üniversite Tıp Fakültesine gittiğinde kendisine önceki ameliyatı nedeniyle güçlü bir enfeksiyon kapmış olduğunun söylendiğini ve tekrar tedavisine başlandığını ileri sürerek sürekli iş görmezlik bedeli olarak 3.600 TL maddi tazminatın ve 91.500 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini istemiştir. Yerel mahkeme tarafından açılan dava reddedilmiş, davanın reddine dair verilen karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillere özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacının temyiz itirazlarının reddi gerekir”** denilmiştir(43). Görüldüğü üzere,

dosya kapsamında yer alan bilirkişi görüşleri doğrultusunda, hastaya yapılan LDH ameliyatı sonrasında gelişen yara yerinde enfeksiyon tablosu tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilmemiş ve her LDH ameliyatı sonrasında gerçekleşebilecek bir komplikasyon olduğu konusundaki yerel mahkemenin vermiş olduğu karar Yargıtay tarafından onanmıştır.

Bir başka LDH ameliyatı sonrasında yargıya intikal etmiş olguda ise, cumhuriyet savcılığına şikayet sonucu “taksirle adam yaralama” suçunun oluşup oluşmadığına ilişkin bir kararda, Adli Tıp İhtisas Komisyonunun vermiş olduğu bilirkişi raporu şu şekildedir; **“X Hastanesinde Nöroşirürji uzmanı olarak görev yapan şüphelinin hastayı belindeki rahatsızlık nedeni ile posterior segmental enstrumantasyon ve mikro cerrahi ile diskektomi ameliyatı yaptığı, ameliyattan yaklaşık bir buçuk ay sonra çekilen Lomber MR' da şüpheli “diskitis görüntüsü” olması nedeni ile tekrar ameliyata alınarak pedikül vidaların çıkarıldığı, TLIF’ in ise instabiliteyi önlemek için yerinde bırakıldığı, yapılan tüm ameliyatlardan sonra ameliyat bölgesinde enfeksiyonun görülebileceği, diskitisin omurgadaki vertabral kemik veya kemikler arasındaki disk alanının bir enfeksiyonu olduğu ve omurgaya yönelik cerrahi müdahaleler sonrası oluşabileceği, kişide ameliyat sonrası ortaya çıkan diskitis tablosunun bu tür ameliyatlardan sonra her türlü özene rağmen oluşabilen, her hangi bir tıbbi kusur ya da ihmale izafe edilemeyen "komplikasyon" olarak nitelendirildiği, kişiye konulan tanı, yapılan ameliyatın ve oluşan komplikasyonun yönetiminin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olduğu, şüpheli doktora atfı kabil kusur tespit edilemediği Adli Tıp İhtisas Kurulunun raporu ile tespit edilmiştir. Bu rapor üzerine Cumhuriyet Başsavcılığınca "şüphelinin eylemlerinin tıp kurallarına uygun olduğu, atfı kabil kusur bulunmadığından" bahisle düzenlenen soruşturma ve kovuşturmayla yer olmadığına” dair karar verilmiştir. Ancak şunu asla unutmamak gerekir, taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk değerlendirmesi ancak mahkeme hakim tarafından yapılabileceği, kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeyle mümkün olmakla birlikte, konunun teknik bilgiyi gerektirmesi, hakim hukuk bilgisiyle sorunu**

çözemeyeceği durumlarda, bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiğinde dahi, bilirkişinin inceleme yetkisi kusurlulukla ilgili olmayıp, işin tekniği ve norma aykırı davranışın belirlenmesi ile sınırlı olacağı, bilirkişi raporlarının mahkemeyi bağlayıcı değil, delilleri değerlendirme vasıtalarından biri olduğu, mahkemelerin gerekçelerini açıklamak suretiyle bilirkişi raporlarına itibar edip etmeme hususunda takdir ve değerlendirme hakkına haiz bulunduğu, bilirkişi tarafından münhasıran hakim in yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmaması gerekmektedir birlikte, bu yöndeki bir değerlendirmenin de hakimi bağlayıcı bir yönünün bulunmadığı unutulmamalıdır (44). Dolayısıyla, gerek resmi bilirkişilerce ve gerekse uzman mütalaaları nedeniyle yargı makamlarına sunulmuş bilirkişi raporlarının yargı makamlarını bağlayıcı bir yönü söz konusu değildir. Mahkemeye intikal etmiş her somut olgu kendi şartları içerisinde değerlendirilir. Bu manada, diskitis ile sonuçlanan Lomber Disk Hernisi ameliyatı olgusunda, diskitis’ in bir komplikasyon olarak değerlendirilmiş olması her somut olayda “diskitis bir komplikasyondur” sonucu doğurmayacaktır. Nöroşirürji uzmanının, ortaya çıkmış bir komplikasyon sonucu hukuki sorumluluğunun doğmaması için ancak **komplikasyon yönetimini özenli bir şekilde yaptığını ortaya koyabilmesi ile** mümkün olabilecektir.

LDH ameliyatlarından sonra ortaya çıkabilecek bir başka zarar da hastanın ameliyat sırasında yüzüstü pozisyonda yatması sebebiyle olabilmektedir. Lomber Disk Hernisi ameliyatı sırasında hasta yüz üstü şekilde yatırıldığından, ameliyat masasına temas eden vücut yüzeyleri için pratikte koruyucu yumuşak jel kullanıldığı bilinmektedir. Ancak hastanın mevcut ameliyat pozisyonu sırasında özensiz pozisyon verilmesi sonucu yüz bölgesinde, göğüs bölgesinde, karın bölgesinde meydana gelebilecek baskı nedeniyle ameliyat masası ile temas eden vücut yüzeylerinin hasarlanması (travmatize olması) riski vardır.

Bununla ilgili olarak yargıya intikal etmiş bir olguda Yargıtay 13.Hukuk Dairesi 2014/328 esas ve 2014/14669 karar sayılı ilamında şöyle demiştir: **“Hasta, davalı hastanede LDH ameliyatı olduğunu, ameliyat sırasında yüzüstü yatırıldığını ve yüzüne koruma amaçlı jel konulduğunu, jelin kayması nedeniyle gözünün baskı**

altında kaldığını ve oksijen yetersizliği sonucunda gözünde görme kaybı oluştuğunu, gözünde oluşan hasarın giderilmesi için tedavi görmesine rağmen sonuç alınmadığını, hatalı ve kusurlu tedavi yüzünden büyük acı ve üzüntü yaşadığını ileri sürerek 50.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini istemiş, yerel mahkeme ise Adli Tıp Kurumundan alınan bilirkişi raporunu hükme esas alarak hastanın tazminat istemini reddetmiştir. Vekalet Sözleşmesi gereği vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle davacının tedavisini üstlenen hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Hastane, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlar da, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor/hastane sorumlu tutulmamalıdır. Diğer yandan 9.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren BİYOTIP sözleşmesinin 4. maddesinde ise, "araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir" düzenlemesi

mevcut olup tedavi ve müdahalelerin bu kapsamda da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, öncelikle müdahalenin ilgili mesleki yükümlülük ve standarda uygun olup olmadığı da tartışılmalıdır. Bu husus değerlendirilirken de her somut olayın özelliği de gözardı edilmemelidir. Sözleşmenin amaç ve konu başlıklı 1. maddesinde de, 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 alacaktır düzenlemesiyle tıbbın kötü uygulanmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, davacı Lomber Disk Hernisi ameliyatı sonrasında, yüzüne konulan koruyucu jelin gözünde görme kaybı oluşturduğunu iddia etmektedir. Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesi raporunda "...Omurgaya yönelik cerrahilerin hastaların yüzüstü pozisyonunda yatırılarak yapıldığı, bu pozisyonda uzun süre kalan hastalarda, organlarda basıya, ameliyat sırasında oluşan hipotansiyona, kişide mevcut bünyesel etmenlere bağlı olarak göz damarlarında tıkanıklık sonrası kalıcı görme kayıpları yaşanabildiği, söz konusu durumun, ameliyat tekniği ve kişinin bünyesel özelliklerinden kaynaklanan, daha önceden öngörülüp önlenemeyen, herhangi bir tıbbi ihmal yada kusura izafe edilemeyen "komplikasyon" olarak nitelendirilmesi gerektiği, somut olayda, komplikasyonun zamanında fark edilerek gereken tıbbi tedavinin yapılmış olduğu, olayda davalı hastane hekimlerinin kusuru yada ihmali bulunmadığı.." belirtilmiştir. Mahkemece, hükme esas alınan rapor yetersiz olup karar esas alınması mümkün değildir demiş ve Üniversite Öğretim Üyelerinden oluşturulacak, konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, ameliyatın usulüne uygun olarak yapıp yapılmadığı, hastanın gözünde nasıl bir hasar oluştuğu, bu hasarın neye bağlı olarak geliştiği, komplikasyon olup olmadığı, hastaya ameliyat ve sonrasında gerekli tüm tıbbi müdahalelerin yapıp yapılmadığı ve tedavisi için yapılan işlemlerin yeterli olup olmadığı üzerinde durulup irdelenmek suretiyle olayda davalıya atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda, nedenleri açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak sonucuna göre karar verilmelidir” şeklinde bir

karar vermiştir (45). Dikkat edilirse Yargıtay bu kararında, hastanın gözünde oluştuğu iddia edilen görme kaybının gerçekten bir komplikasyon olup olmadığına sadece Adli Tıp Kurumu raporunu hükme esas alınarak karar verilmemesi gerektiği, esasen burada hastada oluşan görme kaybının, vekalet sözleşmesi uyarınca hekimin, vekilin işini görürken özenli davranıp davranmadığının ikinci bir bilirkişi marifetiyle ortaya konulması gerektiğini ifade etmiştir.

Gerçekten de LDH ameliyatı sırasında hastanın yüzüstü pozisyonda yatarken ameliyat ediliyor olması ve vücudun ameliyat masasına temas eden yüzeylerine konulan koruyucu jellere nedeniyle azami dikkat edilmesine rağmen koruyucu jelin basısı sonucu dolaşım bozukluğu oluşabileceği ve bunun bir cerrahi komplikasyon olarak ortaya çıkabileceği birçok bilimsel yayında ortaya konulmuştur. Ancak, burada Yargıtay'ın esasen dikkat çekmek istediği konu, bası sebebiyle oluşan görme kaybının gerçekten de tüm özene rağmen oluşabilecek bir komplikasyon mu yoksa hekimin özensiz davranışı nedeniyle dikkatsizliği sonucu mu geliştiği noktasında toplanmaktadır. Daha evvel değinildiği üzere, her somut olguda, yüksek yargının titizlikle bu konuyu irdelediğini görmekteyiz. Birçok Yargıtay kararına konu olmuş olan “hekimin özen yükümlülüğü” kavramı, Yargıtay'ın vermiş olduğu bu kararda da tekrar karşımıza çıkmaktadır.

Yargıtay kararlarında dikkati çeken bir başka husus da, LDH ameliyatı esnasında veya sonrasında oluşan komplikasyon yönetiminin nöroşirürji uzmanınca eksiksiz yapılmasının gerektiğidir. Gerçekten de, cerrahi girişimler sonrasında elbette bazı komplikasyonların gelişmesi olasıdır. Ancak yargıya intikal etmiş olgularda görüleceği üzere, sağlık hizmetlerinin kendi içinde risk barındıran bir hizmet olduğu, cerrahi tıbbi müdahaleler esnasında komplikasyonlar ile karşılaşılabilmesi kabul edilmekle beraber, oluşan bu komplikasyon sonrasındaki sürecin yönetiminde özenli ve titiz davranılması gerektiği vurgulanmaktadır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 2013/27226 esas ve 2014/24519 karar numaralı ilamında, komplikasyon yönetimine Yargıtay'ın ne kadar önem verdiğini görüyoruz. Bu karara göre; **“Olay günü 37 yaşındaki hastanın, bel ve sol bacak ağrısı şikayeti ile gittiği X Özel Hastanede çalışan ve hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanık**

nöroşirürji uzmanı tarafından yapılan tetkikleri neticesi sol L4-5 LDH tanısı ile ameliyat önerildiği ve hastaya bu doktor tarafından ameliyat yapıldığı, operasyon sonrası sol bacakta ağrılarının devam etmesi ve ve sol bacakta renk solukluğu gözlemlenmesi üzerine bu doktorun daha önceden tanıdığı ve olay günü X Eğitim ve Araştırma Hastanesi Nöroşirürji Kliniğinde nöbetçi uzman doktor olarak görev yapmakta olan ve hakkında beraat kararı verilen nöroşirürji uzmanını telefonla arayarak hasta hakkında bilgi verdiği ve kendi çalıştığı hastanede damar cerrahisi bölümünün olmadığından bahsetmesi üzerine, telefonla irtibata geçtiği, adı geçen bu doktorun hastayı kendi hastanelerine sevk edebileceği önerisi üzerine sevk işlemlerine başlandığı ve olay günü saat 17:00 sıralarında sanık nöroşirürji Bölümünde nöbetçi kıdemli asistan doktor olarak çalışmakta olduğu hastaneye sevki gerçekleşen hastayı acil polikliniğinde karşılayarak yaptığı muayenenin ardından aynı hastanede Genel Cerrahi bölümünde nöbetçi doktor olan ve hakkında beraat kararı verilen Genel Cerrahi doktorunu telefonla arayarak hastayı görmesini ve konsültasyon istemesi üzerine hemen hastanın başına gelen Genel Cerrahi doktoru tarafından yapılan kısa muayene sonrası hastada sol alt ekstremitesinde solukluk, morarma, soğukluk gözlemlediği ve yeterli nabız alamadığı, batın içi değerlendirme yapmadığı ve hemoraji yönünden de genel olarak laboratuvar bulguları paralelinde ayrıca bir değerlendirmede bulunmayarak, hastada damarsal bir patoloji olabileceğinden bahsederek yakındaki Y Eğitim ve Araştırma Hastanesinin Kalp ve Damar Cerrahi Bölümünden konsültasyon isteyerek hastanın oraya gönderilmesini tavsiye etmesi üzerine sanık doktor tarafından telefon ile aranmasına rağmen ulaşılamaması üzerine bizzat refakatinde sedye ile yakın olan bu hastaneye sevkinin gerçekleştirdiği ve hastanın durumunu özetledikten sonra çalıştığı hastaneye geri döndüğü, getirilen hasta Kalp Damar Cerrahisi Bölümü kıdemli asistanı olan doktor tarafından yapılan muayenesinin ardından telefonda ayrıca hastayı getiren doktordan da bilgi aldıktan sonra damarda tıkanıklık olduğu düşünülerek embolektomi yoluna müracaat ettiği, ardından batın içi laporatomisi operasyonuna alınan hastanın LDH ameliyatı sırasında büyük damar kesilmesinden gelişen iç

kanama ve bu nedenle gelişen komplikasyonlar neticesi 15.05.2007 tarihinde saat 01:30 sıralarında ölümü ile sonuçlanan olayda; hastaya LDH ameliyatını yapan doktorun operasyon sonrası telefonla irtibata geçtiği ve aynı zamanda sanık nöroşirürji asistanının da uzmanı olan doktorun hastanın geleceğini sanık nöroşirürji asistanına bildirdiğini, gerekenleri yapmasını ve yakındaki Y Eğitim Araştırma Hastanesi'nden KVC konsültasyonu istemesi gerektiğini beyan ettiği, sanığın da hastanın gelişi üzerine hiç vakit kaybetmeden Genel Cerrahi bölümünde nöbetçi doktordan hastayı görmesini istediği ve bu doktorunda aynı şekilde yakın hastane olan Y Eğitim ve Araştırma Hastanesinin Kalp ve Damar Cerrahi Bölümünden konsültasyon isteyerek hastayı oraya göndermesini tavsiye ettiği, sanığın vakit kaybetmeyerek oldukça yakın olan bu hastaneye bizzat başında bulunarak sedye ile sevkini gerçekleştirdiği ve bilgileri aktararak görev yaptığı hastaneye geri döndüğü, sanığın damar yaralanması olduğu şüphesi üzerine gerekli girişimleri usulüne uygun şekilde ve süratle yaptığı, sanığın ihtisas alanının Nöroşirürji olduğu, yaralanmanın niteliği gereği yapılacak damar ve batın içi onarımın öncelikle Genel Cerrahi ve Kalp Damar Cerrahisinin alanına girdiği, sanığın da hastayı ivedi şekilde Genel Cerrahi doktoruna göstererek tavsiyesi üzerine diğer hastaneye bizzat götürdüğü ve Kalp Damar cerrahisi doktorlarına teslimini gerçekleştirdiği, bu halde Nöroşirürjiyen olan sanığın bu hastaya müdahale edecek zorunluluğun bulunmadığı, sanığın yapması gereken işlemleri öncelik sırasına göre gerçekleştirmiş ancak hastayı sevkettiği damar cerrahisinde yapılmaması gerektiği halde öncelikle embolektomi işlemi yapılarak oluşan kanamanın şiddetlenmesinde sanığa kusur atfedilemeyeceği dikkate alınarak beraat hükmü tesisi gerekir” (46).

Görüldüğü üzere, Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, nöroşirürji uzmanı tarafından LDH tanısı konulmuş bir hastaya LDH ameliyatı yapılacaksa, ilgili uzmanın gerek ameliyat esnasında ve gerekse ameliyat sonrasında oluşabilecek komplikasyonları göz önünde bulundurması gerekir. Öyle ki, çalıştığı hastanede, LDH ameliyatı sonucu karşılaşacağı bir komplikasyonu yönetmekte zorlanacağı ilgili diğer bölüm uzmanları

bulunmayan bir hastanede LDH ameliyatı yapan nöroşirürji uzmanı, oluşabilecek komplikasyonları evvelce öngörebilmeli ve komplikasyon yönetimini nasıl yapabileceğini planlayabilmelidir. Yüksek yargı makamlarının verdiği kararlarda, hekimin özen yükümlülüğüne riayet etmesi beklenmekte, tedbirsiz davranmak suretiyle hastasının hayatını ve sağlığını riske atmaması istenmektedir.

Lomber Disk Hernisi ameliyatı yapan bir uzmanın, komplikasyon yönetiminde özenli ve tedbirli davranması gerektiğine dair bir başka karar içeriğinde de bu kez Yüksek Sağlık Şurası tarafından aynı noktaya vurgu yapılmıştır. Nitekim Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2015/2580 esas ve 2016/88 karar numaralı ilamında bu konuya yine şu şekilde ortaya konulmuştur: **“Olay tarihinde devlet hastanesinde nöroşirürji doktoru olan sanığın, LDH teşhisi nedeniyle ameliyatına karar verdiği ölenin, aydınlatılmış onayını alarak ameliyata başladığı, müteveffada bulunanın Lomber Disk Hernisini aldığı, yarayı kapamaya başladığı, kas ve cilt altı dikim işini bitirip cilt kısmına geldiği, cilt kısmının dikim işinin de yarısını tamamladığı, ameliyatının bitmesine yakın bir sırada ölenin tansiyonunda düşme meydana geldiği, bunun üzerine sanığın ameliyatı bırakarak anestezi uzmanı ile birlikte ölene ilaç verdikleri, yapılan müdahaleye yeterli cevap gelmeyince ölenin kalp hızının yavaşladığı, sonrasında daha etkili ilaçlar verildiği, kalp masajı, damar yolu açılması, ekstra damar yolu açılması gibi işlemler yapıldığı, anestezi uzmanı ile sanığın müteveffada meydana gelen ani tansiyon düşüklüğüne ilişkin ihtimaller üzerinde durdukları, sanığın ciddi kanama olmadığını düşündüğünü beyan etmesi üzerine, anestezi uzmanının teyit için kan sayımı yaptırdığı, kan bankasından kan takviyesi yapılarak kardiyoloji uzmanına haber verildiği, kardiyoloji uzmanının eko yaptığı ve müteveffanın durumunun akciğer embolisinden kaynaklanmadığının kesinleşmesi üzerine, Genel Cerrahi uzmanına haber verildiği, uzmanın 0,5 cm uzunluğunda büyük damar yaralanması olduğunu, buradan karın arka duvarına ve içerisine halen aktif kanama devam ettiğini ve 2-3 litre kanama olduğunu saptaması üzerine, talebi doğrultusunda Kalp Damar Cerrahisi uzmanına haber verildiği, Genel Cerrahi uzmanının baskı yaparak durdurduğu kanamayı, kontrol**

altına alarak diktiği, bu süreçte yaklaşık 30-40 dakika boyunca kalp masajına devam edilip, tansiyon ilacı verildiği ve kan takviyesi yapıldığı, kanamanın durması üzerine hastanın kalbinin atmaya başlaması ve tansiyonun yükselmesiyle ameliyat sonlandırılarak hastanın yoğun bakıma alındığı, yoğun bakımda tedavisi devam etmekte iken ameliyattan 2 gün sonra vefat ettiği olayda; Yüksek Sağlık Şurası'ndan alınan bilirkişi raporunda, hastaya uygulanan ameliyat sırasında gelişen büyük arter yaralanmasının ameliyat sırasında gelişen bir komplikasyon olduğuna; ancak komplikasyon yönetiminde nöroşirürji uzmanının büyük arter yaralanmasına hemen müdahale etmesi gerekirken kardiyoloji, kalp damar cerrahisi ve genel cerrahi uzmanlarını çağırmanın zaman kaybettirdiği, ayrıca ameliyat sırasında hastaya, EKO yapılmasının da zaman kaybettirdiği dikkate alındığında komplikasyon yönetiminde eksiklik olduğu kararı verilmiştir. Ancak, Adli Tıp Kurumu Adli Tıp İhtisas Kurulu' nun raporunda ise; kişinin hastaneye müracaatında gerekli tetkiklerinin yapılarak hastalığının doğru tanısının konulduğu, ameliyat endikasyonunun uygun olduğu, Lomber Disk Hernisi ameliyatlarında lokalizasyon ve cerrahi komşuluğu nedeniyle damar yaralanmalarının ameliyatın bir komplikasyonu olduğunun, zamanında tanısının konularak gerekli konsültasyonlar ve tetkikler yapılarak tıbbi ve cerrahi girişimlerde bulunulduğu, takiplerinin de düzenli yapıldığı ve bu nedenle sanık nöroşirürji uzmanına kusur atfedilemeyeceğinin belirtilmesi karşısında; raporlar arasında çelişki bulunduğu ve Adli Tıp İhtisas Kurulu raporlarının komplikasyon yönetimi açısından yeterli açıklamaları içermediği değerlendirildiğinden, dosyanın Adli Tıp Kurumu Genel Kuruluna gönderilerek, tüm ameliyat süreci de değerlendirilmek suretiyle meydana gelen olayda sanığın tıp kurallarına uymayan davranışı olup olmadığının, komplikasyon yönetiminde eksiklik bulunup bulunmadığının tespiti ile sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve **takdiri gerekir**” (47). Hekimler, yapacakları cerrahi girişimler sonucunda ortaya çıkabilecek komplikasyonları ve bunları ne şekilde yöneteceklerini işlem öncesinde öngörebilmeli, komplikasyonları yönetmekte zorluk olacaksa, işlemi yapmamalıdır.

5. TARTIŞMA

Omurga hastalıkları içerisinde intervertebral disk bozuklukları sık görülen patolojilerdir. Lomber disk hernisi ve buna bağlı olarak LDH cerrahisi nöroşirürji pratiğinde en sık yapılan ameliyatların başında gelmektedir. LDH'nın tedavisi öncelikle konservatif tedavidir. Konservatif tedavide amaç ağrı ve enflamasyonu gidermek, fonksiyonu kazandırmak, erken aktivite sağlamak ve hastanın erken dönemde normal yaşamına dönmesini sağlamaktır. Birçok farklı görüş ve uygulama olmakla beraber, şu an için kabul edilen görüşe göre, Lomber Disk Hernisi olgularında mutlak acil LDH cerrahisi endikasyonları Cauda Equina Sendromu ve ilerleyici nörolojik defisit varlığıdır (48). Şiddetli bel ve bacak ağrısı tarifleyen hastalar mutlak acil cerrahi endikasyonu kapsamında değerlendirilmemekle birlikte, rölatif acil cerrahi endikasyonu olduğu kabul edilmektedir.

LDH ameliyatları, aynen diğer cerrahi tıbbi müdahalelerde olduğu gibi, hekim hasta ilişkisinin başladığı poliklinik sürecinden hastanın ameliyat sonrası taburcu olduğu döneme kadar hastanın özenle takibini gerektiren tıbbi yönetim sürecinden geçmek zorundadır.

Standart bir tıbbi uygulamanın temel basamakları şu sorulara cevap verecek nitelikte olmalıdır:

- Anamnez nasıl alınmış? Alınmış mı?
- Muayene nasıl yapılmış? Yapılmış mı?
- Hangi tanı metotları kullanılmış? Uygun metot kullanılmış mı?
- Endikasyon yorumu nasıl yapılmış? Doğru yapılmış mı?
- Aydınlatılmış onam nasıl alınmış? Alınmış mı?
- Müdahaleler nasıl yapılmış? Uygun müdahale yapılmış mı?
- Komplikasyonlar neler? Komplikasyon yönetimi doğru yapılmış mı?
- Müdahale sonrası uygun bakım yapılmış mı?
- Takip kontrol nasıl yapılmış? Yapılmış mı?

İşte bütün bu temel basamaklar dahilinde meydana gelecek herhangi bir eksiklik neticesinde tıbbi kötü uygulama (Malpraktis) denilen kavram ortaya çıkacaktır.

Literatürde LDH ameliyatları sonrasında tıbbi kötü uygulama (Malpraktis) iddiasıyla yüksek yargıya intikal etmiş olgular hakkında herhangi bir çalışma bulunmamaktadır. Bu nedenle yaptığımız çalışmanın bu konuda yapılmış en ayrıntılı tez çalışması olacağı ve büyük bir boşluğu dolduracağı düşünülmektedir. Çalışmamızda istatistiksel herhangi bir sonuç çıkarma amacı da güdülmemektedir. Tez çalışmamızda tartışılması düşünülen en önemli unsur, halihazırda hizmet vermekte olan nöroşirürji uzmanları ve uzmanlık öğrencisi konumundaki nöroşirürji asistanlarının hizmet vermeye devam ettikleri dönemde, daha evvel yargıya sıklıkla konu olmuş belirli noktalara dikkat etmeleri halinde, tıbbi kötü uygulama iddiasıyla karşılarına çıkması muhtemel yargı süreçlerini daha iyi yönetebileceklerini ortaya koymaktayız. İnsan hakları alanında ortaya çıkan yeni hukuki gelişmeler yanında, sosyal iletişim araçlarının kullanımında meydana gelen yaygınlaşma ve kolaylıklar, önümüzdeki yıllarda tıbbi kötü uygulama iddialarının daha da artacağını işaret etmektedir.

Bu incelemeler sonucunda, hasta-hekim ilişkisinde hastanın polikliniğe başvurmasından taburculuk ve kontrol muayenesine kadar olan süreçte şu hususlar öne çıkmaktadır:

- 1- Hastadan iyi anamnez alınmalı
- 2- Nörolojik muayene eksiksiz yapılmalı, yazılı olarak kaydedilmeli, hastaların başlangıçta nörolojik kayıpları varsa buna dikkat edilmeli
- 3- Tanı metotları ile cerrahi endikasyonun uyumu sağlanmalı, uyumsuzluk halinde ilave tetkikler eksiksiz yapılarak, cerrahi endikasyon kesinleştirilmelidir.
- 4- Hastaya hastalığının niteliği, süreci, olası komplikasyonları anlatılmalı, hastanın kendi el yazısı ile onamı (matbu onam formlarına okudum, anladım, kabul ediyorum ibaresi yazılarak) alınmalıdır.

- 5- Ameliyat notları eksiksiz kaydedilmeli, ameliyat esnasında ortaya çıkan komplikasyonlar kaydedilmeli, bunların takibi özenle yapılmalıdır.
- 6- Hastanın taburculuğu sonrasında takip ve kontroller yapılmalı ve bu takiplerde tespit edilenler kayıt altına alınmalıdır.



6. SONUÇ

Nöroşirürji pratiğinde karşılaşılan olgu örnekleri perspektifinde LDH Cerrahisi tıbbi kötü uygulamalarının azaltılmasına yönelik medikolegal inceleme başlıklı tezimizde, nöroşirürji pratiğinde en sık yapılan cerrahi girişim olan LDH ameliyatlarının gerek öncesinde ve gerek sonrasında ortaya çıkabilecek cezai-hukuki-idari-mesleki sorumluluğu en aza indirmek için aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır :

- 1- Beyin ve sinir cerrahisi eğitim süreci uzun, yoğun çalışma ,aktif nöbet tutma ve dikkatli hasta takibi gerektiren bir bölümdür.
- 2- Başta cerrahi bölümler olmak üzere tıbbi müdahale yapılmış olan hastaların gerek müdahale öncesi ve gerekse de müdahale sonrası dönem ile ilgili bilgi alma ve şikayet sıklığında bir artış görülmektedir.
- 3- LDH tanısı konulan hastalara Lomber Diskektomi yapılması uygun görülmüş ise, hastaya konulan tanının ve cerrahi müdahale gerekliliğinin sıkı sorgulanması, endikasyon yokluğunda yapılan Lomber Diskektomi sebebiyle hekimin hukuki sorumluluğunun doğabileceği akılda tutulmalıdır.
- 4- Lomber Diskektomi ameliyatı yapılacak hastalara, ameliyat öncesinde hastalığı hakkında bilgi verilmelidir. Yapılacak cerrahi müdahale sonrasında hastada meydana gelmesi olası zararlar anlatılarak hastanın aydınlatılmış onamı alınmalıdır. Rıza, yapılacak cerrahi işlemin ön şartı olarak kabul edilir.
- 5- Lomber Diskektomi ameliyatı esnasında hastanın yeni bir cerrahi prosedür ile karşı karşıya kalması ihtimali varsa (Ör: Stabilizasyon yapılması gibi) hasta onamının sadece Lomber Diskektomi ameliyatı için verilmiş olduğu göz önünde tutulmalıdır. O halde, verilen onam dışına çıkan cerrahi işlemler ameliyat öncesi öngörülebiliyorsa bu işlemler hakkında da hastanın ayrıca bilgilendirilmesi ve onamının alınması, ameliyat öncesi öngörülemez bir cerrahi işlem yapılmak zorunda kalınmış ise, bu durumda da işlem sonrası hasta veya hasta yakınlarının yapılan işlemten haberdar edilmesi gerekir.
- 6- Son yıllardaki Yargıtay kararlarında tarafı olduğumuz Avrupa Biyotıp Sözleşmesi hükümlerine atıf yapılması sıklığında bir artış dikkati çekmektedir.

- 7- Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ve sonuçları arasında, hekimin çalıştığı kurumun da önemi vardır.
- 8- Kamu kurumunda çalışan hekim ile hastası arasında kamu hukukundan doğan bir hukuki ilişki mevcuttur. Bu nedenle bu kurumlarda çalışan hekimler hakkında tıbbi kötü uygulama iddiasıyla açılacak davaların adresi idare mahkemeleridir.
- 9- Son yıllarda sayısı giderek artmakta olan Vakıf Üniversitelerine bağlı hastanelerde görev yapan hekimler ile hastaları arasındaki hukuki ilişki de kamu hukukuna tabidir.
- 10- Kamu kurumlarında çalışan hekimlere karşı tıbbi kötü uygulama iddiasıyla açılacak tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilir.
- 11- Özel hastanelere iş akdi ile bağlı olarak çalışan hekimler ile hasta arasında doğrudan bir hukuki ilişki yerine hukuki ilişkinin hastane tüzel kişiliği ile hasta arasında olduğu, hekimlerin de ifa yardımcısı olarak görev yaptığı kabul edilir.
- 12- Bağımsız çalışan nöroşirürji uzmanı ile hasta arasındaki hukuki ilişki sözleşme, haksız fiil veya vekaletsiz iş görme olmak üzere 3 ayrı şekilde ortaya çıkabilir.
- 13- Bir kişinin bedeni üzerinde hekimin tasarrufu, ancak o kişinin bu tıbbi müdahaleye verdiği izin ve kanun hükmünü yerine getirme olarak bilinen hukuka uygunluk sebebi varlığında mümkündür. O halde, kanunla kendisine hekimlik yapabilme yetkisi tanınmamış hiç kimse herhangi bir kişinin bedeni üzerinde tasarruf yapma yetkisine sahip değildir.
- 14- “İzin verilen risk” şeklinde kabul edilen hukuka uygunluk sebebi, tıbbi olarak “komplikasyon” olarak tanımlanan kavrama hukuki bakışı yansıtır.
- 15- Mahkemeye intikal eden tıbbi girişim sonrası tıbbi kötü uygulama olgularında mahkemelerin esas olarak incelediği kavram kusurdur. Kusur kavramı hukuki bir niteleme olduğundan, bilirkişilerce verilen görüş yazılarında kusur varlığı yada yokluğu incelenemez. Kusur kavramının varlığının esas belirleyicisi mahkemenin kendisidir. Bilirkişi görüşü ancak teknik bilgi içermeli, ortaya çıkan zararlı sonucun güncel tıbbi teknik bilgi ışığında değerlendirmesini yapmalıdır.
- 16- Kamu kurumunda çalışan hekimler hakkında açılacak ceza davalarında, belirli suçlar söz konusu olduğunda, 4483 sayılı yasa gereği makamdan soruşturma izni

alınması gerekir. Makamdan soruşturma izni alınmamış kamu görevlisi doktor hakkında ceza davası açılmaz.

- 17- Kamu kurumunda çalışan hekimlerin tıbbi kötü uygulama yaptıkları iddiasıyla İdare Mahkemesinde açılacak olan tam yargı davalarından önce tıbbi kötü uygulamanın yapıldığı iddia edilen kamu kurumuna başvuru yapılmazsa, idare mahkemesi tarafından merciine tevdi (dava edilen kamu kurumuna gönderilme) kararı verilir.
- 18- Kamu kurumunda yapılan cerrahi işlem sonucu zarar gördüğünü iddia eden kişi, zararın oluştuğu yada zararın oluştuğunu öğrendiği tarihten en geç 1 yıl içinde işlemin yapıldığı kamu kurumuna zarar gördüğü gerekçesiyle başvurması gerekir. Bu süre zaman aşımı süresi statüsünde olup hak düşürücüdür.
- 19- Kamu kurumunda yapılan cerrahi işlem sonucu zarar gördüğü iddiasıyla idare mahkemesi yerine yanlışlıkla başka bir mahkemede dava açan kişide öncelikle kamu kurumuna başvuru yapması şartı aranmaz.
- 20- Hastaya yapılacak olan cerrahi girişimler doğru endikasyon konulmadan yapıldığında yani hastaya yapılan endikasyonsuz ameliyat sonrası gelişebilecek tüm zararlar konusunda hekimin hukuki sorumluluğu bulunmaktadır.
- 21- Hastaya yapılacak cerrahi girişimler öncesinde hastaya, velisine veya vasisine mutlaka olası riskler hakkında bilgi verilmesi gereklidir. Bilgilendirme yazılı olarak yapılması zorunlu olmasa da, daha sonra oluşabilecek ispat sorunları nedeniyle hastanın bilgilendirildiğine dair el yazılı imzalı belge alınmalıdır.
- 22- Kamu kurumunun sunduğu sağlık hizmeti nedeniyle ortaya çıkan hizmet kusurunun ispatı kural olarak zarar gören kişiye aittir. Ancak idare hukukunda re'sen araştırma (görevi gereği araştırma) ilkesi geçerli olduğundan, zarar gören kişi idarenin kusurunun ispatlayamamış olsa bile, mahkeme re'sen elde ettiği bilgi ve belgelere dayanarak idarenin kusurlu olduğuna karar verebilir.
- 23- Kamu kurumu tarafından sunulan sağlık hizmetleri riskli nitelikte bir hizmet olduğundan, idarenin kusurundan kaynaklanan zararın tazmini için sıklıkla idarenin hizmet kusurunun “ağır hizmet kusuru” niteliğinde olması aranır.

- 24- Hukuka uygun olarak yapılan tüm cerrahi işlemler sonucunda ortaya çıkacak bir komplikasyon varlığında bile mahkeme tarafından sağlık sunucusu kamu kurumunun sorumluluğuna karar verilebilir.
- 25- Sağlık hizmeti sunan kurumun sorumluluğu, sağlık hizmeti sunumunun başlangıcından bitimine kadar tüm safhaları kapsar. Bu anlamda gerek cerrahi girişim öncesi, gerek cerrahi girişim sırasında ve gerekse de cerrahi girişim sonrası bakım sürecinin tamamında sağlık hizmeti sunucusu kurumun hukuki sorumluluğu devam etmektedir.
- 26- Bir kişinin cerrahi bir işlem sonrasında zarar gördüğü iddiasıyla açılacak davada, mahkeme tarafından Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu veya Üniversitelerin ilgili birimlerinden bilirkişi görüşü istenebilir.
- 27- Yüksek mahkeme kararlarında, mahkemenin genellikle sadece tek bilirkişi kurumu raporu ile hüküm kurmadığı, birden fazla bilirkişi makamı tarafından benzer şekilde verilmiş bilirkişi raporlarına itibar ettiği görülmektedir.
- 28- Özel sağlık kurumlarına iş akdi ile bağlı çalışan hekimler açısından tıbbi kötü uygulama sözkonusu olduğunda vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı yüksek mahkeme kararlarında sıklıkla görülmektedir. Burada vekil konumunda olan hastane ve hekim, istenilen sonucun elde edilememesinden değil, istenilen sonuca ulaşmak adına yaptığı uğraşların (Ör: Cerrahi işlemin) özenle yapılmamasından sorumlu tutulmaktadır.
- 29- Hekimler; hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Hekim, tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Hekim, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en emin yolu tercih etmelidir.

- 30- Kamu kurumunda çalışan hekimlerin yapacakları cerrahi işlemler karşılığında menfaat talep etmeleri halinde TCK Md.252/2 gereği rüşvet suçu oluşabileceği unutulmamalıdır. Böyle bir suç iddiası sözkonusu olduğunda, ilgili kamu görevlisi hekimin bağlı bulunduğu makamdan soruşturma izni de istenmeyecektir.
- 31- Mahkemeye intikal etmiş tıbbi kötü uygulama davalarında mahkeme, bilirkişi raporları ve uzman mütalaası ile bağlı değildir.
- 32- Komplikasyon-Tıbbi kötü uygulama (Malpraktis) ayrımı iyi yapılmalıdır.
- 33- Komplikasyon; tıbbi girişim sırasında öngörülmeyen, öngörülse bile önlenemeyen durum, istenmeyen sonuçtur. Ancak bunun bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir. Bu tanıma göre, hekimin tıbben kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçlardan yasal olarak sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Hasta tıbbi uygulama sırasında ve sonrasında kusur olmadan da oluşabilecek istenmeyen sonuçları, komplikasyonları bilirse ve uygulamaya onay verirse tıbbi müdahale hukuka uygun olur.
- 34- Tıbbi Kötü Uygulama; tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi uygulama hatası (malpraktis) olarak anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, mesleki bilgi ve beceri eksikliği, hastaya uygun tedavi uygulanmaması da tıbbi kötü uygulamaya dahildir.
- 35- Tıbbi kötü uygulama icraen yani hekimin bir fiili sonucunda da gerçekleşebileceği gibi, ihmalen yani hekimin hiçbir şey yapmayarak hastayı zarara uğratması sonucu da gerçekleşebilir.
- 36- Bilirkişi raporlarının mahkemeyi bağlayıcı değil, delilleri değerlendirme vasıtalarından biri olduğu, mahkemelerin gerekçelerini açıklamak suretiyle bilirkişi raporlarına itibar edip etmeme hususunda takdir ve değerlendirme hakkına haiz bulunduğu, bilirkişi tarafından münhasıran hakimın yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmaması

gerekmekle birlikte, bu yöndeki bir değerlendirmenin de hakimi bağlayıcı bir yönünün bulunmadığı unutulmamalıdır

- 37- Cerrahi sonrası örneğin diskitis ile sonuçlanan bir LDH ameliyatı olgusunda, diskitis' in bir komplikasyon olarak değerlendirilmiş olması, her somut olayda "diskitis bir komplikasyondur" sonucu doğurmayacaktır. Nöroşirürji uzmanının, ortaya çıkmış bu komplikasyon sonucu sorumluluğuna gidilebilmesi için ancak komplikasyon yönetimini özenli bir şekilde yaptığını ortaya koyabilmesi ile mümkün olabilecektir.
- 38- Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin 4. maddesinde ise, "Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir" düzenlemesi mevcut olup tedavi ve müdahalelerin bu kapsamda da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, öncelikle müdahalenin ilgili mesleki yükümlülük ve standarda uygun olup olmadığı da tartışılmalıdır. Bu husus değerlendirilirken de her somut olayın özelliği de göz ardı edilmemelidir.
- 39- Yargıya intikal etmiş olgularda görüleceği üzere, sağlık hizmetlerinin kendi içinde risk barındıran bir iş olduğu, cerrahi tıbbi müdahaleler esnasında komplikasyonlar ile karşılaşılabilmesi kabul edilmekle beraber, oluşan bir komplikasyon sonrasında, sürecin yönetiminde özenli ve titiz davranılması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu noktada yargı kurumlarının sıklıkla aradığı mutlak komplikasyonsuzluk değil, komplikasyona sebep veren durumlar öngörülebildi mi, öngörülebilmediyse de komplikasyon yönetimi konusunda titiz bir çalışma yapıldı mı şeklindedir.
- 40- Vekalet Sözleşmesi gereği vekil (Hastane ve hekim), vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur.

KAYNAKLAR

1. Naderi S: SGK Verilerine Göre Türkiye’ de Yapılan Spinal Cerrahi Operasyonlarının Analizi. Türk Nöroşirurji Derneği Dergisi, 2011, cilt: 21, Sayı: 3, 225-230
2. Bostan S, Kılıç T, Çiftçi F: Sağlık Bakanlığı 184 SABİM Hattına Yapılan Şikâyetlerin Karşılaştırmalı Analizi. Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi, 2014, Cilt: 3, Sayı: 5, 43-51
3. Özgenç M: www.hurriyet.com.tr/sabime-rekor-alo-40324811, 2017, Ankara
4. Sarı S, Aydoğan M: Bel Ağrısının Önemli Bir Sebebi: Lomber Disk Hernisi. TOTBİD Dergisi, 2015, 14:298-304
5. Zileli M, Özer AF: Omurilik ve Omurga Cerrahisi, İntertıp Yayınevi, S: 609
6. Gökcan, HT: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, 2014, Ankara
7. TC Anayasası, www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm
8. Kocatürk, U: Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul, 2000, S:424
9. Zileli M, Özer AF: Omurilik ve Omurga Cerrahisi, İntertıp Yayınevi, S: 621
10. Ashutos BS, Ashish DD: The Timing Of Surgery in Lumbar Disk Prolapse: A Systematic Review, Indian Journal of Orthopaedics, 2014, 48(2), 127-135
11. www.emsal.yargitay.gov.tr, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2013/11391 esas, 2014/11232 karar sayılı ilamı.
12. www.emsal.yargitay.gov.tr, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2014/43786 esas 2015/198 karar sayılı ilamı.
13. www.resmigazete.gov.tr, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 9 Aralık 2003
14. www.emsal.yargitay.gov.tr, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2013/24873 esas, 2014/18592 karar sayılı ilamı.

15. Canbolat F: Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Kaynağı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009, Sayı : 80, S:156-181
16. www.emsal.yargitay.gov.tr, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2014/33156 esas 2015/26881 karar sayılı ilamı.
17. Erkan VU: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu' na göre Vekalet Sözleşmesinde Vekalet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (2) 2013: 441-472
18. Özdemir H: Hekimin Fiilinden dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtayın Görüşü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, Sayı: 105, S: 263-290
19. Çuhacı M: Hekimin Hakları ve Yükümlülükleri, Güneş Tıp Kitabevleri Yayınevi, İstanbul, 2014, S: 63-64
20. Zafer H: Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Beta Yayıncılık, 2015, İstanbul, S: 287-288
21. Oğuz H: Sorumluluk Hukukunda Kusur, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2016, Sayı: 28, S: 273-286
22. Ünver Y: Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku, Tıbbi Uygulama Hataları, Komplikasyon ve Sağlık mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, S: 53
23. www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-1030, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 2002
24. Resmi Gazetenin 23896 sayılı, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, 1999
25. www.emsal.yargitay.gov.tr, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2012/3766 esas, 2013/3856 karar sayılı ilamı.
26. Işıklar C: 659 sayılı kanun hükmünde kararname sonrası idari yargıda husumete ilişkin esaslar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 10, S: 381-420
27. www.emsal.danistay.gov.tr, Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2016/1886 esas 2016/2092 Karar sayılı ilamı

28. Arslan S, Akyılmaz B, Sezginer M, Kaya C: İdare hukuku Mevzuatı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014,
29. www.emsal.danistay.gov.tr, Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2016/4939 esas 2017/1308 Karar sayılı ilamı
30. www.emsal.danistay.gov.tr, Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2015/10047 esas 2016/1700 Karar sayılı ilamı
31. www.emsal.danistay.gov.tr, Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2016/2846 esas 2016/4378 karar numaralı ilamı
32. www.emsal.danistay.gov.tr, Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2016/2124 esas 2017/665 karar numaralı ilamı
33. Çağlayan R: İdari yargılama Hukuku, İdare hukukunda Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, S: 575
34. www.emsal.danistay.gov.tr, Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2013/4515 esas 2016/3694 karar numaralı ilamı
35. www.emsal.danistay.gov.tr, Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2015/6618 esas 2016/1005 karar sayılı ilamı
36. www.emsal.danistay.gov.tr, Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2015/4570 esas 2015/7437 karar numaralı ilamı
37. www.emsal.danistay.gov.tr, Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2015/8595 esas 2016/1990 karar numaralı ilamı
38. Güzel S, Yavuz MS, Aşırdizer M: Adli Tıp İhtisas Kurulları ile Yüksek Sağlık Şurası raporları arasında çelişki bulunan ve adli tıp genel kurulunda görüşülen Malpraktis Olgularının irdelenmesi, adli Tıp Bülteni, 2002, sayı: 7, s: 14-20
39. www.emsal.yargitay.gov.tr, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2015/4099 esas 2016/8796 karar sayılı ilamı.
40. www.emsal.yargitay.gov.tr, Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 2013/9469 esas 2014/982 karar sayılı ilamı.
41. Sökmen U: Devlet memuruna hediye rüşvet midir?, Maliye Dergisi, Sayı: 161, Temmuz-Aralık, 2011

42. www.emsal.danistay.gov.tr, Danıştay 15. Daire Başkanlığının 2015/8936 esas 2016/1604 karar numaralı ilamı
43. www.emsal.yargitay.gov.tr, Yargıtay 13. hukuk Dairesinin 2015/17179 esas 2017/3264 karar sayılı ilamı.
44. www.emsal.yargitay.gov.tr, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2015/2270 esas 2015/5161 karar sayılı ilamı.
45. www.emsal.yargitay.gov.tr, Yargıtay 13. hukuk Dairesinin 2014/328 esas 2014/14669 karar sayılı ilamı.
46. www.emsal.yargitay.gov.tr, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2013/27226 esas 2014/24519 karar sayılı ilamı.
47. www.emsal.yargitay.gov.tr, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2015/2580 esas 2016/88 karar sayılı ilamı.
48. Meydan Ocak FD: Lomber Disk Hernilerinde Konservatif Tedavi Etkinliğinin Klinik Parametreler ve Magnetik Rezonans Görüntüleme Yöntemi ile Değerlendirilmesi, Türk Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Dergisi, Sayı: 53, s: 108-112, 2007

EK:1



T.C.
SAĞLIK BAKANLIĞI
TÜRKİYE KAMU HASTANELERİ KURUMU
İstanbul Bakırköy Bölgesi Kamu Hastaneleri Birliği
Sağlık Bilimleri Üniversitesi
BAKIRKÖY PROF. DR. MAZHAR OSMAN
Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları SAUM

01.08.2017

TIPTA UZMANLIK EĞİTİMİ KURULU KARARI

İlgi : Asist. Dr. Fatih CESUR'un 25.07.2017 tarih ve 26077- 49696151 sayılı dilekçesi

Hastanemizin Tıpta Uzmanlık Eğitim Kurulu Hastane Yönetici Başhekimi Doç. Dr. Murat ERKIRAN, Eğitim Koordinatörü Doç. Dr. Bekir TUĞCU ve üyeler Prof. Dr. Nesrin KARAMUSTAFALIOĞLU, Doç. Dr. Ayhan KÖKSAL, Doç. Dr. Gül KARAÇETİN'in katılımları ile 01.08.2017 tarihinde toplanmış;

Hastanemizin Beyin ve Sinir Cerrahisi Kliniği'nde Uzmanlık Öğrencisi olarak görev ifa eden Asist. Dr. Fatih CESUR'un, Program Yöneticisi tarafından belirlenen Tez Danışmanları Doç. Dr. Erhan EMEL ve Op. Dr. Özden Erhan SOFUOĞLU'nun eşliğinde yürütülecek olan "Nöroşirurji Pratiğinde Karşılaşılan Olgu Örnekleri Perspektifinde Lomber Spinal Tıbbi Kötü Uygulamaların Azaltılmasına Yönelik Medikolegal İnceleme" başlıklı tez protokolü ve ekleri 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 9. Maddesine, 06.06.2016 tarih ve 29744 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarına ait Sağlık Tesisleri ve Üniversitelere ait İlgili Birimlerin Birlikte Kullanımı ve İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliği'ne, 26.04.2014 tarih ve 28983 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'ne, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 13.02.2014 tarihli Eğitim Planlama Kurulunun (EPK) Görevlerine Dair Yönergeye dayanarak hazırlanmış olan Sağlık Bilimleri Üniversitesi Tıp Fakültesi Tıpta Uzmanlık Eğitimi Yönergesi'ne istinaden kurulumuzca onaylanmıştır.

Ayrıca bilgileri ve ekleri verilen tez protokolü; gerekçesi, amaçları, yaklaşımı ve yöntemleri dikkate alınarak değerlendirildiğinde, çalışmanın belirtilen merkezlerde gerçekleştirilmesinin, sonuçlarının yayın yapılmasının Hasta Hakları Yönetmeliği, İyi Klinik Uygulamalar Kılavuzu, Helsinki Bildirgesi kurallarına göre etik açıdan uygun olduğuna oy birliği ile karar verilmiştir.

Başkan
Doç. Dr. Murat ERKIRAN

Üye
Prof. Dr. Nesrin KARAMUSTAFALIOĞLU

Üye
Doç. Dr. Bekir TUĞCU

Üye
Doç. Dr. Ayhan KÖKSAL

Üye
Doç. Dr. Gül KARAÇETİN

ÖZGEÇMİŞ:

Adı – Soyadı : Fatih CESUR

Doğum Yeri-Tarihi : Kahramanmaraş 04.01.1980

Uyruğu : T.C

Medeni Durum : Evli

Askerlik Durumu : Yaptı (Tabip Asteğmen –Artvin 2006-2007)

İletişim Adresi : Karadolap Mah. Öztürk Sk. No:12/14 Eyüp/İSTANBUL

Eğitimi : 1- Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi

2- Prof.Dr.Mazhar Osman Ruh ve Sinir Hastanesi Nöroşirürji.

3- Anadolu Üniversitesi AÖF Sağlık Kurumları İşletmeciliği

4- İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Lisans)

Mesleki Deneyim : 13 yıllık hekimim. Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesinden 2005 yılında mezun oldum. Aynı yıl Sağlık Bakanlığı ataması ile o dönemde ismi T.C Emekli Sandığı İstanbul Etiler Dinlenme ve Bakımevi olan devlet kurumuna kurum doktoru olarak atandım. Bu kurum, daha sonra SGK'ya, ve son olarak da T.C Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlandı ve ismi T.C Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İstanbul Etiler Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi olarak değiştirildi. Bu kurumda yaklaşık 8 yıl kurum hekimliği yaptım. Bu kurumda çalıştığım dönemde Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği önlisans bölümünü okudum ve 2012 'de mezun oldum. 2012 yılında girdiğim TUS ile İstanbul Bakırköy Prof.Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Beyin ve Sinir Cerrahisi Bölümünü kazandım ve 2012 Kasım ayında bu hastanede Beyin ve Sinir Cerrahisi Asistanı olarak göreve başladım. 2017 Kasım ayı itibariyle nöroşirürji asistanlığı süremi tamamladım.

Üyesi olduğu Kuruluş: İstanbul Tabip Odası