

**Doç.Dr.Tarık Salman**

**Av. Jülide SOYBAŞ**

Kanser hastalarına uygulanan kemoterapi, biyoterapi, immunoterapi ve destek tedavide yer alan tüm ilaçların tıbbi onkoloji uzmanı bilgisi ve denetiminde yapılması gereklidir. Kanser tedavisi tıbbın en hızlı gelişen alanlarından biri olup tedaviler ve bu tedavilere bağlı olarak gelişen sistemik yan etkiler ile bunların yönetimi hızla değişim göstermektedir. Kanser hastalarının onkolojik tedavi prensiplerine göre planlama yapılması, güncel tedavilerden en üst düzeyde faydalanması, yan etkiler yönünden ise en az etkilenmesi sadece bu alanda yetkin olan tıbbi onkoloji uzmanları tarafından izlenmesi ile olur. Tıbbi onkoloji uzmanlığı beş yıllık bir iç hastalıkları uzmanlık eğitimini takiben üç yıl süren tıbbi onkoloji yan dal eğitimi gerektiren bir uzmanlık olup bu süreç sonrasında kanser hastalarının tedavisinde yeterlilik alınmaktadır. Yukarıda belirtilen alanlarda tedavi girişiminde bulunan diğer uzmanlık alanları Tıpta Uzmanlık Kanunu ve ilgili mevzuatlara göre yetkin değildir. Aşağıda bir kanser hastasının tıbbi onkoloji uzmanı bilgi ve denetimi dışında başka uzmanlık alanları tarafından uygulanacak tedavilerde ilgili kurumun ve uygulamayı yapan hekimin karşılaşacağı hukuki durumlar içtihat örnekleri ile belirtilmiştir.

Bu açıklamalar ve bilgilendirmeler sonucunda kurumunuzda kanser hastalarının kemoterapi, biyoterapi, immunoterapi uygulamalarında varsa tıbbi onkoloji uzmanı bilgisi dahilinde çalışılması yok ise ilgili hastaların tıbbi onkoloji uzmanı olan hastaneye yönlendirmeleri konusunda özen gösterilmesi kurumunuz ve hastaların faydasına olacaktır

### **A-İdare ve Hekimin Tıbbi Uygulama Hatasından Sorumluluğu**

Türk Tabipleri Birliği (TTB) Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13'üncü maddesinde tıbbi hata tanımı yapılmıştır. Buna göre, hastanın tanı ve tedavisi sırasında bilgi ve beceri eksikliği ile hastaya uygun tedavi uygulanmaması, tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerine göre gerekli özen gösterilmemesi ,olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi uygulama hatası (malpraktis) olarak tanımlanır. Hatalı tıbbi uygulama sonucu doğacak sorumluluk "kusura dayalı genel sorumluluk" olup hekimin hukuksal sorumluluğu bakımından ölçü; tecrübeli bir uzman hekim standardıdır. Hekim, objektif olarak olayların normal gelişimine ve subjektif olarak da kendi kişisel tecrübesine, kişisel yeteneğine, bireysel mesleki bilgisine, eğitiminin nitelik ve derecesine göre, hastanın sağlığında bir zarar gelmesini önceden görebilecek durumda olmalıdır.

Danıştay, yerleşik içtihatlarında TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 13'üncü maddesine atıf yapmakta ve hekimin özen yükümlülüğünü ihlâlinin üç alanda gerçekleşebileceğini vurgulamaktadır. Birincisi, hastanın tedavisinde yani teşhis, endikasyon, tıbbi tedbirin seçimi, bu tedbirin uygulanması, tedavi yahut cerrahi girişim sonrası bakım alanında; ikincisi, hastanın aydınlatılması ve anamnez alınması sırasında; üçüncüsü ise klinik organizasyonu (personelin niteliği, yeterli sayıda personel bulundurulması, hekimlerin birbiriyle iş birliği )alanındadır.Bu üç alandaki kusuru uygulama kusuru (tedavide hata), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak değerlendirmekte ve "Tıbbi Uygulama Hatası" (malpraktis) olarak nitelendirmektedir.

T.C. Anayasası'nın 125'inci maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.

İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin açık ve belli bir ağırlıktaki hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.

Örnek vermek gerekirse, Danıştay 15.DairesiE: 2013/ 4482, K: 2016 / 3888 tarihli kararında:“...Histerektomi operasyonundan sonra ortaya çıkan komplikasyonlarla mücadele esnasında yaşananların (genel cerrahi yoğun bakımında hastanın takip edilmesi gerekirken bir türlü anılan servise alınmaması, barsak delinmesinin tespitine yönelik yeterli tetkik yapılmaması) davalı idarece komplikasyonla mücadelede kendinden beklenen özeni göstermediği, hastanın ölümüyle sonuçlanan bu sürecin hasta yakınları üzerinde tahribat yarattığı, davacılar da, annelerinin tedavisinin gerektiği gibi yürütülmediği yönünde şüphe, endişe ve üzüntüye yol açtığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, davacıların maruz kaldığı acı, elem ve üzüntünün hafifletilebilmesi amacıyla davacılar lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, manevi tazminat isteminin reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir” diyerek tedavi sürecindeki organizasyon hatasından idarenin sorumlu olduğunu tespit etmiş, davanın reddi yönündeki kararı bozmuştur.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Kamu Personeli Hakkındaki Müeyyideler” başlıklı 46'ncı maddesinde de Anayasa, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve ilgili diğer mevzuat uyarınca, memurların ve diğer kamu görevlilerinin hukuki sorumluluğunun doğrudan doğruya memur aleyhine açılacak dava yolu ile gerçekleşmeyeceği, ancak idare aleyhine açılabileceği, bu personelin hukuki sorumluluğunun doğmasının, idare aleyhine açılacak dava neticesinde tazmin kararı verilmesine bağlı olduğu ve kamu görevlisi personelin verdiği zararın, mahkeme kararı üzerine idare tarafından tazmin edildikten sonra, müsebbibi olan sorumlu personele rücu edileceği hususları düzenlenmiştir.

## **B- Hekimin Hukuki Sorumluluğu**

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında hekimin hukuki sorumluluğu şöyle açıklanmıştır: Vekil (doktor), hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özelliklerinin göz önünde tutulması, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yolun seçilmesi gerekir. 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, Türk Borçlar Kanunu'nun 510'uncu (eski Borçlar Kanunu 394/1) maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım” başlıklı 11'inci maddesine göre “Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine

ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.”

### **C-Hekimin Cezai Sorumluluğu**

Yargıtay hekimin cezai sorumluluğunu Ceza Genel Kurulu 2017/ 271 E, 2017 / 278 K sayılı ilâmında çok ayrıntılı olarak açıklamıştır. Bu karardan alıntılar yapmak gerekirse:

- Doktor tıbbi müdahaleyi, tıp biliminin güncel kural ve standartlarına uygun olarak özenli bir şekilde yapmakla yükümlüdür. Bu husus; onaylanması 03.12.2003 gün ve 5013 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) "Mesleki standartlar" başlıklı 4'üncü maddesinde "Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir", 19.02.1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13'üncü maddesinde "Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.
- Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.
- Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz", aynı tüzüğü'nün 14'üncü maddesinin birinci fıkrasında; "Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir", Hasta Hakları Yönetmeliğinin "Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım" başlıklı 11'inci maddesinde; "Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz" ve Türk Tabipler Birliği tarafından 01.02.1999 tarihli Genel Kurul toplantısında kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının "Hekimin Görev ve Ödevleri" başlıklı 5'inci maddesinde ise; "Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler" şeklinde ifade edilmiştir.
- Doktorun standartlara ve bilimsel kurallara uygun olarak özenli bir şekilde müdahale yapıp yapmadığı belirlenirken yaptığı müdahale sonucunda hastanın şifa bulması değil, kurallara uygun müdahalede bulunup bulunmadığı göz önüne alınmalıdır.
- Tıbbi müdahaleler genel olarak "izin verilen risk" kapsamında gerçekleştirilen müdahalelerdir. İzin verilen risk, hukuken müsaade edilen tehlike oluşturma alanı olarak tarif edilmektedir. Konunun uzmanı olmayan doktorun teşhis veya tedaviyi üstlenmesi anlamında üstlenme kusuru ve gerek doktorun bireysel olarak gerekse

çalıştığı kurum yönünden kurumsal olarak organizasyon kusurunun, izin verilen risk dışında kaldığını söylemek mümkündür.

- Doktorun, tıbbi müdahale sırasında; standart uygulamayı yapmaması, bilgi, beceri veya deneyim eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhis veya tedavide bulunması, gerektiği ölçüde ilgi ve itina göstermemesi veya hastaya gereken tedaviyi vermemesi neticesinde tehlike ve zarar oluşturan eylemleri tıbbi hata olarak kabul edilecektir. Tedavi sonrası bakım ve kontrol yükümlülüklerine aykırılıkların da bu bağlamda değerlendirilmesi gerektiği izahtan varestedir. Ön muayenesinin eksik yapılması, hastanın anamnezinin(geçmiş bilgisi) ya hiç, ya da gerektiği gibi alınmaması veya gerekli tetkiklerin yapılmaması teşhis aşamasında; gereken tıbbi müdahalenin hiçbir şekilde yapılmaması, ameliyat sırasında hastanın vücudunda yabancı madde unutulması, yanlış tedavi yöntemi seçilmesi, yanlış ilaç verilmesi, hastanın veya müdahale edilecek uzvun karıştırılması, müdahalenin ölçüsüz bir şekilde yapılması, hijyen kurallarına dikkat edilmemesi veya hatalı ameliyat tarzının benimsenmesi de uygulamada tedavi aşamasında görülen tıbbi hata örneklerindedir.
- Tıbbin kural ve gereklerine uygun davranıldığı halde hastanın veya doktorun elinde olmadan gelişen öngörülemediği ve engellenememiş zarar veya sonuç söz konusu ise komplikasyondan bahsedilir. Kusursuz sorumluluğun kabul edilmediği ceza hukuku sistemimizde failin bu durumdan sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir.
- Kural olarak suç, ancak kastla işlenebilecekken, kanunda açıkça gösterilen hallerde taksirle de işlenebileceği kabul edilmiştir. Failin cezalandırılabilmesi için kanunda açık bir düzenleme bulunmasının zorunlu olduğu istisnai bir kusurluluk şekli olan taksir, 5237 sayılı TCK'nin 22/2. maddesinde; "*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın, suçun yasal tanımında belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesi*" şeklinde tanımlanmıştır.
- Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için birtakım önlemler alması ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirir, fail tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılır. Fakat bu öngörülmemenin, "gerekli dikkat ve özen" yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla ortaya çıkması gerekir.
- Ceza Genel Kurulu'nun birçok kararında vurgulandığı ve öğretide de benimsendiği üzere taksirli suçlarda ayrıca aranması gereken unsurlar:
  1. Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması,
  2. Hareketin iradi olması,
  3. Sonucun istenmemesi,
  4. Hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması,
  5. Sonucun öngörülebilir olmasına rağmen öngörülmemiş olmasıolarak kabul edilmektedir.

- Tıbbi bir eylem nedeniyle taksirli davranışının bulunup bulunmadığı araştırılan bir doktor bakımından öngörülebilirlik, ortalama bir doktorun eğitimine ve yeteneğine göre objektif olarak belirlenmelidir. Burada öngörülebilecek netice, failin iradi hareketinin sebep olabileceği netice veya neticelerdir.