

ALMAN HUKUKUNDA HEKİMİN MESLEKİ KUSURDAN SORUMLULUĞU

Asis. Dr. Şeref Ertaş

ANLATIM DÜZENİ

- I — Giriş
- II — Kusur Kavramı ve ihtimam görevi
- III — İhtimam görevinin ölçüsünü tayinde kıstaslar
 - Dış hal ve şartlar
 - Kişinin dahil olduğu sosyal grup
 - Kişinin yaşı
 - Cinsiyet
 - Meslek, sanat ve öğrenim durumuna göre belirlenecek sosyal gruplar
 - Kişinin bireysel yapı özellikleri
- IV — İhmalin Ögeleri
- V — Tıbbî Tedavide Hekimin İhtimam Görevi
 - 1. Tedavinin hekim tarafından kabulünde ihtimam
 - 2. Teşhiste ihtimam
 - 3. Hastayı aydınlatma görevi
 - 4. Tedavi yöntem ve usulünün seçiminde ihtimam
 - 5. Tedavi süresince gösterilmesi gerekli ihtimam
 - 6. Hekimin yardımcıları kontrol ve aydınlatma görevi
 - 7. Tıbbî temel bilgilerin eksikliği, yetersiz eğitim
 - 8. Hekimin kendi kendini geliştirme görevi
- VI — Sonuç

I — Giriş

Hekimlerin mesleklerini icra ettikleri konu, insanların en değerli varlıkları olan hayat ve sağlıklarıdır. Kiracı-kiralayan ilişkileri gibi, kişiler için, özel önemi olan ve sık sık rastlanılan hukukî durumlar hakkında

genel prensiplerle yetinilmeyip, yasa koyucunun özel düzenlemeleri ile, hukukun daha etkili güvencesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Bütün hayatı önemine rağmen, hekimle hasta arasındaki ilişki gerek Türk gerekse Alman hukukunda ne özel ne de ceza hukuku alanında özel bir düzenlemeye kavuşmamıştır.

İnsan hayat ve sağlığı konusunda, Anayasa koyucular çok duyarlı davranmışlardır. Nazi devrinin uygulamalarını göz önünde bulunduran Alman Anayasa koyucusu; insan hayat ve sağlığını, hukukî varlıkların en ön sırasına koyarak, Alman Anayasasının ikinci fıkrasının, «Herkesin hayat ve vücut tamlığı dokunulmazdır» hükmüyle anayasal güvenceye bağlamıştır.

Türkiye Anayasası da 14. maddede yaşama hakkını genel olarak düzenlemiştir. 49. maddede sağlık hakkı ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır.

Doktorların mesleki kusurlarından dolayı sorumluluklarına iki açıdan bakmak mümkündür. Doktorların küçük bir hatası, hastanın ölümüne veya telâfisi imkânsız şekilde sakatlanmasına sebep olabilmektedir. Ayrıca tıbbî konularda, insanlar son derece bilgisiz olup, hekim ne derse inanmaya hazırdır. Bu yüzden hekimlerin diğer meslek gruplarına göre daha dikkatli ve özenli davranmaları beklenmeli ve ihtilaf halinde hekim, kusuraşuzluğunu ispat etmek zorunda bırakılmalıdır¹. Fakat meseleye bir de hekimler yönünden bakacak olursak, hekimlerin yaptıkları iş, rizikolarla dolu olduğundan her başarısız tedaviden hekimi sorumlu tuttuğumuz takdirde, hekimler hastayı tedavide son derece çekingen davranacaklar, hastayı tedavi yerine sorumluluktan kurtulmak için başka yerlere havaleyi tercih edecektir. Bunun da hem hastalar hem de tıbbî gelişmeler için bir tehlike teşkil edeceği şüphesizdir.

Hastayı iyileştirmek hekimlik mesleğinin amacıdır. Fakat hekimin hastayı mutlak olarak iyileştirmek gibi bir yükümlülük altında olduğu söylenemez. Hekimler hastanın iyileşmesi için mevcut koşullara göre elinden geleni yapmakla hastaya karşı görevini yerine getirmiş olur. Hastanın iyileşmesi için hekim, mümkün olan koşulları yaratmakla yükümlüdür, buna rağmen hastanın iyileşmemiş olmasından hekim sorumlu olmayacaktır. Bundan dolayı, hastanın mutlak olarak hekim tarafından iyileştirileceğine dair sözleşme bağlayıcı olmayacaktır.

Eski toplumlarda hekimlik mesleği din adamlarıyla büyücülerin tekelinde bulunuyordu. Hatta bir çok eski toplumda kraldan sonra en etkili kişinin hekimbaşı olduğu da gözlenmektedir. Çağımızda da bir baskı gru-

¹) Krş. BGH NJW 80, 1333; ayrıntılı bilgi için bak. **Gaupp**, Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse, Tübingen, 1969.

bu olarak hekimler etkinliklerini devam ettirmektedirler. Alman Ceza yasasının 218. pragrafında hamileliğin ilk üç ayında kürtajı serbest bırakan kanun değişikliğinin Alman Anayasa Mahkemesince iptalinde Alman hekimlerinin yürüttüğü kampanyanın büyük etkisi olduğu bilinmektedir.

Eski Yunan sitelerinden Atina'da hekimlik mesleğini icra için bir okul eğitiminden geçmek şart bulunuyordu. Hekimlik mesleğinin temel ilkelere koyan Hipokrat'a göre hekimler tıp ahlâkının gösterdiği kurallara tam olarak uymakla yükümlü olup aksine davranış, cezaî ve hukukî sorumlulukla müeyyidelendirilmekteydi. Buna karşın Platon² ise, hekimler ister tedavi etsin ister ölüme sebebiyet versin, sorumsuzluklarını savunuyordu.

Cermen hukukunda hastanın rızası hekimi olumsuz sonuçlardan sorumlu olmaktan kurtarmaktaydı. Hekim ızdırar halinde bu rızayı almaktan muaf tutuluyordu. İslâm hukukunda benzer esasların varlığı gözlenmektedir. Müsterek hukukta hekim ancak ağır kusurundan sorumlu tutulmaktaydı. Codex Coralinanın 134. paragrafında bu esas muhafaza edilmiştir.

Hekimle hasta arasındaki ilişkiden doğabilecek sorumluluğu üç hukuki esasa dayandırmak mümkün bulunmaktadı: Haksız fiilden sorumluluk, sözleşmeden sorumluluk ve özellikle devlet hastahanelerinde hizmet kusuru sebebiyle devletin idare hukukundan dolayı sorumluluğu.

Hekimle hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin mahiyeti tartışmalı olmakla birlikte çoğunlukla kabul edilen görüş, istisna akdi olduğu şeklindedir. Biz özellikle burada hekimin tedavi esnasında haksız fiil teşkil eden eylemlerinden - sorumluluğu üzerinde duracağız.

Haksız fiilden sorumlu olmanın en önemli koşulu, zarar verenin kusurlu hareket etmiş olmasıdır. Kusursa geleneksel olarak kasd ve ihmâl diye ikiye ayrılmaktadır. Kişi iradesinin hukuka aykırı sonuca yönelmesi, bu sonucu önceden görmesi, istemesi şeklinde tanımlanan kasdî eylemlerinden hekimin sorumluluğunda, uygulamada önemli sorunlar intihar edene yardım, Euthanesie (ölüm yardımı, Sterbehilfe) hususunda çıkmakta olup biz yazımızda bu konulara değinmeyeceğiz. Meslekî kusur olarak ihmâl ise, hukukçularla hekimler arasında tartışmalı diğer bir nokta olup yazımızda bu husus ayrıntılı olarak incelenecektir.

²) Bu hususta ayrıntılı bilgi için bak **Bayraktarı Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu**, s. 45 vd.

İhmalin ne olduğu, konumuz açısından hangi davranışların ihmâl, özel deyişle mesleki kusur sayılacağı, bunun kıstaslarının neler olacağı bu yazımızın konusunu³ teşkil edecektir.

II — Kusur Kavramı

Daha önceki açıklamalarımızda gerek Türk gerekse Alman hukukunda hekimlerin meslekî kusurlarından sorumluluklarını düzenleyen bir özel düzenlemenin olmadığı belirtmiştik. Türk hukukunda T.C.K. m. 459'un «Tedbirsizlik, dikkatsizlik yahut meslek ve sanatta acemilikle» bir kimse- nin sıhhatini ihlâli suç sayan hükmü, hekimlerin meslekî faaliyetlerine de uygulanacaktır. Özel hukukta ise hekimin meslekî faaliyetlerinden doğacak sorumluluğuna, Borçlar Yasamızın 41 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Yalnız organ nakli hususunda ileri bir hamle olarak 1979 yılında özel bir yasal düzenlemenin yapıldığını (RG 3.6.1979) kaydedelim.

Alman hukukunda da aynı şekilde hekimlerin sorumluluğuna Alman Ceza ve Medeni yasasının genel hükümleri (§ 230 StGB ve § 823 BGB) uygulanagelmektedir.

Alman İmparatorluk Mahkemesi, içtihatlarında her türlü tıbbî müdahaleyi hukuka aykırı saymış; bunun ancak, hastanın rızasıyla hukuka uygun hale gelebileceğini kabul etmiştir⁴. Hukukçular için zor anlaşılır bu görüş Alman Federal Mahkemesince de benimsenmiştir.

1971 yılı Alman Ceza Kanunu reform tasarısı, Alman Ceza kanununun 233. paragrafına şu ilâvelerin yapılmasını öngörmekteydi :

§ 233 a

(1) Tıp biliminin veri ve tanularına göre, hastalıkları, ağrıları, vücut sakatlıklarını, bedensel (fizikî) ağrı ve ruhi bozuklukları teşhis etmek, hastayı korumak iyileştirmek ve teskin etmek için yapılan tedaviler müessir fiil olarak suç sayılmazlar.

(2) Birinci fıkra hükümlerine uygun bir tedavi, hastanın sakatlanmasına veya ölümüne sebep olmuşsa, tıp biliminin kural ve öğretisine uygun yapılmış olmak koşuluyla müessir fiil olarak cezayı gerektirmez.

Tasarının 233 b paragrafında ayrıca hastanın rızası olmadan yapılan girişimler cezaî yaptırımlara bağlanmış ve hastanın rıza beyanından önce hekim tarafından tedavinin kapsam, sebep ve rizikoları hakkında hastanın aydınlatılması şart koşulmuştur.

³) 1973 yılında Almanya'da Göttingen Hukuk Fakültesinde «Tıp meslek mensuplarının sorumluluğu (Verantwortung des Mediziners)» konulu seminere sunduğum tebliğ esas alınarak bu yazı hazırlanmış, son gelişmeler gözden geçirilmiştir.

⁴) RGStR 25, 375.

Alman Medeni Kanununun 276. paragrafına göre, eğer özel bir kanun veya sözleşmeyle aksi kararlaştırılmamış ise «borçlu kasd ve ihmallerinden sorumludur». Aynı paragrafta ihmal şöyle tanımlanmaktadır :

«Hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni (ihtimamı) göstermeyen kişi ihmalkâr davranmış sayılır».

Buna karşılık Alman Ceza kanununda ihmal için yasal bir tanımlama yapılmış değildir. Alman İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht = RG) ihmali hukuka aykırı sonucun önceden görülebilir olup olmamasına göre bilinçli-bilinçsiz diye ikiye ayırarak şöyle tanımlıyordu:

«Eğer sanık hal ve şartlara, bilgi ve yeteneğine göre yükümlü olduğu ve mümkün olan dikkat ve özeni göstermemiş ve bu sebepten önceden görülebilecek hukuka aykırı neticeyi görememişse (bilinçsiz ihmal), veya neticenin meydana gelmesini mümkün görmekte birlikte, meydana gelmeyeceğini ummuşsa (bilinçli ihmal) ihmalkâr hareket etmiş sayılır⁵»

Kusurun takdirinde Alman İmparatorluk Mahkemesi (AIM), kişinin hareketini haklı gösterebilecek özel bir durumun olup olmadığını da araştırmaktaydı⁶. Örneğin hekim, ağır bir hastalık hakkında bilgi ve yeteneksizliğini bilmesine rağmen, hastaya o sırada başkaca bir tıbbî yardımın yapılmasına olarak olmaması sebebiyle tıbbi müdahalede bulunmuşsa, kusurlu davranmış sayılmayacaktır.

1961 Alman Ceza Kanunu tasarısı da ihmali hafif ve ağır diye ikiye ayırarak şöyle tanımlamaktadır (§ 18) :

1. Herkim hal ve şartlara ve kişisel ilişkilere göre ehil olduğu ihtimamı göstermez ve bu sebepten kanunun suç saydığı netice gerçekleşirse ihmalkâr (fahrlaessig) hareket etmiş sayılır.
2. Kanunun suç saydığı neticenin gerçekleşmesini olasılık dahilinde görmekte birlikte kınanabilir bir şekilde ve yükümlülüklerine aykırı olarak gerçekleşmeyeceğine inanan kişi de ihmalkâr davranmış sayılır.
3. Umursamazlık (Leichtfertigkeit) kişinin ağır kusurlu davranışdır.

İhmal veya ceza hukukunda kullanılan terimle taksir veya hata, ihtimam (dikkat ve özen) eksikliği olarak tanımlanabilir. İhmalin tersi ihtimamlı yani kusursuz hareket iki hususu kapsar: İç ihtimam (innere Sorgfalt, subjektive Sorgfalt = dikkat) ve dış ihtimam (aeussere Sorgfalt, objektive Sorgfalt = özen).

⁵) RGStR 56, 343; 78, 432 ve aynı şekilde BGHZ 53, 29; 59, 816.

⁶) RGStR 67, 18.

İç ihtimam kişinin hukuka aykırı neticeyi önlemek için göstermesi gereken dikkat olup, psikolojik ruhsal bir olaydır⁷. *Engisch*⁸ iç ihtimamı, «düşüncenin hukuka aykırı neticenin gerçekleşmesini önlemek için belirli bir yönde toplanması» şeklinde tanımlamaktadır.

Dış ihtimam ise kişinin hal ve şartlara uygun davranması ve yaptığı iş için gerekli bilgilere sahip olması şeklinde tanımlanır⁹.

Dış ihtimam eksikliğinde kişi, hukuka aykırı neticenin gerçekleşmesini engelleyecek yeterli bilgiye sahip değildir. Bu sebepten dış ihtimamı objektif ihtimam olarak da vasıflayabiliriz. İç ihtimam ise, failin bedensel ve ruhsal yeteneklerine bağlıdır. Bu sebepten subjektif ihtimam olarak nitelendirilir.

Bir kimse içsel olarak çok tedbirli, ihtimamlı fakat dışsal olarak tedbirsiz hareket etmiş olabilir. Örneğin operatörlük için yeterli olarak yetişmemiş bir hekim ağır bir ameliyata girişirse kendisinden beklenen tüm dikkat ve özeni ameliyat sırasında gösterse bile sorumluluktan kurtulamaz, çünkü bilgi ve tecrübe eksikliği sebebiyle böyle bir ağır ameliyatı üzerine almaması gerekirdi¹⁰.

Kısaca «özen» olarak nitelediğimiz dış ihtimam görevinin özü, tıbbî tedavi ve girişimi hekimin üzerine alıp almamasında bulunur. Hekimin kendi bilgi ve yeteneklerini yanlış değerlendirerek bir tedaviye girişi ve hastasına zarar vermesi, özen gösterme görevinin ihlâli olacaktır. Özen görevi hekimin mükellefiyetler (Sollenbereich) alanı ile ilgilidir ve hekimin tıbbî müdahalede bulunmadan önce gerekli bilgi ve yeteneklere sahip olmasını şart koşar. Buna karşılık dikkat görevi olarak isimlendireceğimiz iç ihtimam görevi ise, hekimin tedavi ve tıbbî müdahale sırasında göstereceği ihtimamı, tedbirleri ifade eder ve hekimin tıbbî muktediriyet (Könnenbereich) alanıyla ilgilidir. Hekimin tedavi sırasında hukuka aykırı neticenin gerçekleştiğini görememesi, örneğin verilen ilâcın, yapılan tedavinin yetersizliğini görememesi, bu hususta gereken dikkati sarf etmemesi, iç ihtimam görevinin ihlâlidir.

Burada hekimlerin ihtimam göreviyle ilgili verdiğimiz izahat tüm mesleki kusurları¹¹ için de geçerlidir. Örneğin bir mimar üzerine aldığı bina projesi için gerekli bilgi ve tecrübenin kendinde olup olmadığını

7) **Deutsch**, Fahrlässigkeit und Erforderliche Sorgfalt, s. 93.

8) **Engisch**, Vorsatz und Fahrlässigkeit., s. 267.

9) bkz. **Deutsch**, s. 85; **Engisch**, s. 267.

10) **Engisch**, s. 268 vd.

11) Bkz. örneğin **Seliçi**, İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 21, s. 93 vd.

kontrol etmelidir (dış ihtimam) ve ayrıca projenin gerçekleşmesinde işin mimarlık biliminin teknik kurallarına uyup uymadığına dikkat edecektir (iç ihtimam).

Kusursuz hareket hem iç hem de dış bakımdan ihtimamlı hareket etmiş olmak demektir.

III — İhtimam görevinin ölçüsünü tayinde kıstaslar

Kusursuz, ihtimamlı hareket, kişinin hukuka aykırı sonucu önleyici tutum, davranış ve tedbirleriyle ölçülmektedir. Gerekli ihtimamın ölçüsünü tayinde iki önemli noktaya dikkat edilmektedir: Dış hal ve şartlar ve zarar verenin kişiliği.

1. Dış hal ve şartlar

Dış hal ve şartlardan kasıt, kusurlu hareketin yapıldığı yer ve zamandır. Tüm olaylar için hangi ölçüde özen ve dikkatin gösterilmesi gerektiğini önceden şematize etmeğe olanak bulunmamaktadır. Her olayın özelliklerine göre durum değerlendirilmelidir. Yangın, kitlesel kaza gibi olağanüstü durumlarda, hekimlerden normal zamanlarda beklenen ölçüde dikkat ve özen beklenemez¹². Somut olayın özelliklerinden doğan aşırı korku ve heyecan kusuru azaltacağı gibi ortadan kaldırabilir de¹³.

İhtimam görevinin tayininde bölgesel farklılıklar da dikkate alınması gerekli bir husustur. Bir büyük şehirle bir kasaba arasında insanî ilişkileri farklı olduğundan, bir kasaba hekiminden bir büyük şehir hekimiyle aynı ölçüde, ihtimam, tedbir beklenemeyecektir¹⁴.

2. Kişinin dahil olduğu sosyal grup

İhtimam görevinin ölçüsünü tayinde, kişinin yaş, meslek durumuna göre dahil olduğu sosyal grup ve sosyal çevre, göz önünde bulundurulacak diğer önemli bir husustur. Sorumludan, somut hallerde yapılan işin mahiyetine göre belirlenecek sosyal çevrede mutad olan derecede ihtimam beklenebilir¹⁵. *Deutsch*, sosyal çevreyi ikiye ayırmaktadır¹⁶: Genel ve özel sosyal çevreler. Genel sosyal çevre, özel bir sosyal çevreye dahil olmayan tüm sosyal çevreleri kapsamakta ve meslekî kusur açısından bir önemi

¹²) *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 12. Aufl. s. 233.

¹³) OLG Stuttgart, NJW 59, 909.

¹⁴) RGZ 89, 420; 127, 315.

¹⁵) *Lobe*, Rechtsbegriff der groben Fahrlaessigkeit Vers R. 68, 223

¹⁶) *Deutsch*, Erforderliche Sorgfalt, s. 129.

bulunmamaktadır. Belirli bir sosyal çevrenin kapsadığı sosyal bir gruba dahil olma, ihtimam görevinin ölçüsünü tayinde önemli bir rol oynar ve bu özel sosyal gruplar şu kriterlere göre tayin edilirler :

a) *Kişinin yaşı*

Dikkatli ve özeni davranış belli bir yeteneğin kazanılmış olmasını şart kılar. Temyiz yeteneği, iyiyi kötüden ayırma gücü olmayan küçük çocukların ne kusurlu ne de kusursuz hareketlerinden söz etmek mümkün olmayıp bunların eylemlerinin kusur değerlendirilmesinde hukukî değeri bulunmaz (Alman MK §§ 827, 828). Aynı şekilde yetişkinlerle gençler arasında benzer durumlarda davranış farklılıkları bulunması doğaldır.

Gençler için kusurlu sayılmayan bir davranış yetişkinlerde aksi şekilde değerlendirilebilir. Bu sebepten ihtimam görevinin ihlalinde kişinin dahil olduğu yaş grubu da dikkate alınacaktır¹⁷.

b) *Cinsiyet*

Kusurun değerlendirilmesinde kadınlarla erkekler arasında ilke olarak bir ayırımı yapılması söz konusu değildir; benzer durumlarda, bir kadından bir erkekte beklenen ihtimamın aynı istenecektir¹⁸. Bununla birlikte, *Deutsch* bazı mesleklerin özelliklerine göre yetenekler kadınlar erkek arasında farklı olduğundan cinsiyet farkının göz önünde tutulmasını savunmaktadır.

c) *Meslek, sanat ve öğrenim durumuna göre belirlenecek sosyal gruplar.*

Meslek, sanat, tahsil durumuna göre teşkil edilecek sosyal çevrede edinilen veya edinilmekle yükümlü bulunulan özel bilgi, ihtimam görevinin derecesini yükseltecektir. Belli bir meslek grubu için özellikli bir bilginin ve yeteneğin kusursuz eksikliği, örneğin bilgisizliğin kötü tip eğitime dayanmış olması, kişiyi sorumluluktan kurtaramaz; çünkü günlük yaşantıda kişilerin, başkalarının icra ettiği mesleğin gerektirdiği bilgi ve yeteneğe sahip olduğuna güvenmeye hakkı vardır. İhtisaslaşma ve toplumsal iş bölümü toplumsal yaşantı ve ilerlemenin kaçınılmaz sonucudur. Bu ihtisaslaşma ve iş bölümü ne kadar ileri ise, istenilen ihtimamın derecesi de o kadar yüksek olacaktır¹⁹. Alman İmparatorluk Mahkemesi bunu, «Bir mesleğin nimetlerinden yararlanan kişi, onun külfetleri-

¹⁷) Bknz. BGH JZ 54, 297.

¹⁸) Krş. RGStR 11, 248.

¹⁹) *Deutsch*, Erforderliche Sorgfalt, s. 131.

ne de katlanmalı» şeklinde ifade etmektedir²⁰. Meslek ilkelerinin ihlali veya mesleğin gerektirdiği yükümlülüklerin ihmali kişiyi başka bir hususun araştırılmasına gerek bırakmadan kusurlu kılar.

Tehlike arzeden bazı mesleklerin icrası devletin iznine bağlanmış olabilir. Fakat devletin izninin somut bir olayda bulunup bulunmaması ihtimam görevinin takdirinde önemli olmayacaktır. Devletten müsaade almaksızın bir mesleği icra eden kişi, izin ve yasalara uygun olarak icra edenle aynı ölçüde ihtimam göstermekle yükümlüdür²¹. Örneğin ehliyetsiz bir vasıta sürücüsü «Benden zaten ehliyetli bir sürücünün bilgi ve dikkati beklenemezdi» diyemez. Önemli olan kişinin belli bir meslek grubu üyesi olarak sosyal ilişkilere girmiş olmasıdır²². Kişinin o mesleğin gereği bilgi ve ehliyete sahip olup olmadığına bakılmayacak; kişi, objektif olarak, o meslekle ilgili bir işe girişmesiyle, o mesleğin kurallarına göre o mesleğin üyesi gibi sorumlu tutulacaktır.

Meslekî ihtimam görevinin ölçüsünde düzenli, dürüst ortalama bir meslek mensubu ölçüt alınacaktır. Buna karşılık herkes üzerinde olumsuz etki edebilecek bir olayın özellikleri kişinin lehine değerlendirilir. *Deutsch*²³ bir meslek grubuna özgün objektif ihtimam görevinde iki istisna öngörmekte, bu hallerde subjektif unsurların da dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Bunların birincisi, kişinin kendisine açık olmayan meslek grubuna, başkalarına yardım gibi insanî bir gaye ile (altruistischen Motiven) girmişse, ikincisi ise o mesleğin tehlikeleri ve meslek ile ilgili bilgilerin gerekliliği herkesce malûm değilse veya kişinin içinde bulunduğu sosyal çevre için istenilen ihtimamın sarf edilmesiyle anlaşılamiyorsa, bu hallerde kusurun tayininde subjektif hafifletici unsurlar da dikkate alınmalıdır.

Tesadüfî haller ve önceden görülmesine olanak bulunmayan bilgi ve yetenek eksiklikleri, kişinin lehine değerlendirilir. Fakat bir bilgi veya yetenek eksikliği, işin gereği olan ihtimamın gösterilmesiyle önceden görülebiliyorsa veya bizzat ihtimam görevinin ihmalinden doğmuşsa kişi bu sebepten kusursuzluğunu iddia edemez. Çünkü ihtimam görevini ihlal eden kişinin kendi yeteneksizlik ve zayıflığına dayanması dürüstlük kuralına aykırı olacaktır²⁴.

²⁰) RGZ 163, 203.

²¹) Bknz. **Stratenwert**, Arbeitteilung und Aerztliche Sorgfaltspflicht, s. 383.

²²) **Deutsch**, a.g.e.s. 133; **Larenz**, 234 vd.

²³) Bkz. **Deutsch**, Erforderliche Sorgfalt, s. 137 ve 385.

²⁴) Krş. **Deutsch**, a.g.e., s. 139.

3. Kişinin bireysel yapı özellikleri

Özel hukukta kişinin bireysel özellikleri ihtimam görevinin takdirinde dikkate alınmaz. Buna karşılık ceza hukukunda cezanın tayininde failin kişiliği göz önünde bulundurulması gerektiğinden ihtimam görevinin ölçüsü subjektif kriterlere göre belirlenir ve failin kişisel özellikleri, biyolojik, psikolojik ve ekonomik-sosyolojik durumu kusurun tayininde göz önünde tutulur. Failden somut bir olayda ancak kendisinden kişisel olarak beklenebilecek dikkat ve özenin gösterilmesi istenecektir²⁵. Subjektif kriterlere göre istenecek ihtimamın ölçüsü objektif kriterlere göre istenen ihtimamdan daha hafif olabileceği gibi, daha ağırda olabilir²⁶.

Ceza hukukundaki bu subjektif kusur teorisi, özellikle dış ihtimam (aeussere Sorgfalt) özen gösterme görevi açısından eleştirilmektedir. Eğer fâil meslekî bir faaliyeti sebebiyle sorumlu tutulacaksa, ceza hukukunda dahi ihtimam görevinin ölçüsü o mesleğin ortalama bir mensubuna göre yani objektif esaslara göre tayin edilmelidir. Çünkü bu halde failin kişiliğinden ziyade, yaptığı iş, sorumluluğu karakterize etmektedir.

Dış ihtimam yani özen gösterme görevinin, mesleğe uygun davranış ve bir mesleği icra etmek için gerekli meslekî bilgilere sahip olma anlamına geldiğini yukarıda izaha çalışmıştık. Bir yeni tedavi yönteminin hekimce bilinmemiş olması objektif olarak kusurlu bir davranış olacaktır. Çünkü bilmek zorunda olma subjektif bir olgu değil objektif bir olgudur²⁷.

Hukuk düzeni, fâilin icra ettiği meslek için gerekli bilgi ve yeteneklere sahip olmasını şart kılar. Gerek özel hukukta gerekse ceza hukukunda bilmek ve bilmek zorunda olmanın ölçüsü failin kişiliğine, kişisel yeteneğine, zekâ durumuna göre değil, failin dahil olduğu ortalama bir meslek mensubuna göre belirlenir. Başka bir deyişle, failin kusuru kişiliğine göre değil yaptığı işin türüne göre tâyin edilecektir.

Sonuç olarak, ceza hukukunda, özel hukuktakinin tersine, çifte kriterin uygulandığını söyleyebiliriz: İç ihtimam (dikkat) görevi için subjektif yani, failin kişisel yenecek, zekâ durumuna göre bir kriter; dış ihtimam (özen) görevi için objektif yani failin dahil olduğu sosyal çevreye özellikle meslek grubuna göre ayrı bir kriter uygulanacaktır. Böylece, meslekî bir faaliyetten doğan sorumlulukta kusur, her iki hukuk dalında da objektif kriterlere göre belirlenecektir. Bir faaliyeti meslek, sanat olarak icra eden

²⁵) Özel hukukta da istisnaî olarak kişiden kendi işinde gösterdiği ihtimam ölçüsünde dikkat ve özen istenir. Örneğin BK 528, § 708 BGB

²⁶) Bknz. Schönke/Schröder, § 59 StG-Kommentar.

²⁷) RGZ 64, 299; 67, 22 vd.

kişi o meslek ve sanat çevresinde geçerli olan ilkeleri, meslek geleneklerini, alışkanlıklarını bilmek zorundadır, bilmemesi kendi kusuruna dayanmasa bile sorumlu olacaktır²⁸.

Özet olarak, ihtimam görevinin takdirinde üç noktanın göz önünde tutulması gerektiğini söyleyeceğiz: (1) Dış hal ve şartlar yani kişinin erişebileceği yardım olanakları, yer ve zaman; (2) Eylemin dahil olduğu sosyal grup, çevre yani kişinin icra ettiği faaliyetin türü, meslek ve sanat; (3) zarar verenin kişiliği.

Bu açıklamalarımızı şöyle şematize edebiliriz.

Faktörler	İhtimam görevine etkisi	
	Özel Hukukta	Ceza Hukukunda
Dış hal ve Şartlar	Objektif	Objektif
Meslek ve Sanat	Objektif	Objektif
Failin Kişiliği	Tesir etmez	Subjektif

IV — İhmalin Öğeleri

Alman hukukunda ihmalin öğeleri konusunda iki görüş ileri sürülmektedir.

a) Alman hukukçularınca genel olarak kabul edilen görüşe göre²⁹ ihmal iki unsuru içermektedir: Hukuka aykırı olarak hukukî bir malvarlığına tecavüz (Widerrechtlichkeit) ve kusur (Vorwerfbarkeit, kınanabilirlik.) Kusurun takdirinde önce kişinin hukuka aykırı hareket edip etmediğine bakılmalı, sonra kişinin yükümlülüklerine uygun ihtimamlı davranışıyla hukuka aykırı sonucu engelleyip engelleyemeyeceği araştırılmalıdır. Bir davranış hem hukuka aykırı hem de kınanabilir nitelikteyse, kişinin sorumluluğu söz konusu olmalıdır.

Kınanabilir olmak, hukuka aykırı neticenin önceden görülebilir, engellenebilir veya kaçınılabilir olması demektir. Kişi hukuka aykırı neticeyi önceden görebilecek durumda olmalı ve hukukî statüsü sebebiyle de bunu engellemekle yükümlü bulunmalıdır. Önceden görülebilirlik, engellenebilirlik, kaçınılabilirlik kişinin muktediriyet (kişisel kapasite, Können, potestas) alanı ile, mükellefiyetler (yükümlülükler, Sollen) alanına bağlıdır.

²⁸) RGSt, 67, 19.

²⁹) Schönke-Schröder, StRG-Kommentar, § 59, RGSt 11, 1; bkz. Deutsch, Haftungsrecht, s. 270.

Daha önce belirtildiği üzere, kişinin muktediriyet alanı (Könnenbereich) ceza hukukunda şahsın kişiliğine yani subjektif kriterlere göre, özel hukukta ise objektif yolla, ortalama bir yurttışa göre belirlendiği halde; kişinin mükellefiyetler alanı hem ceza hukukunda hem de özel hukukta objektif kriterlere göre yani ortalama bir meslek mensubuna göre belirlenmektedir. Ceza hukukunda failin muktediriyet ve mükellefiyetler alanları için farklı kıstasların uygulanması aynı zamanda sosyal adaletin de bir icabı sayılır. Çünkü kişilerin muktediriyetleri (yetenekleri) doğa ve sosyal çevre tarafından tayin edildiği halde, kişilerin toplum içindeki (doktor, avukat, şoför vs. olarak) statüleri kişilerin kendileri tarafından seçilmektedir.

Hukuka aykırı sonucu engelleme yükümlülüğü üç ayrı hukuki sebepten kaynaklanabilir³⁰: Kanun, sözleşme ve teamül (Verkehrgepflogenheit). Her şahıs statüsü gereği, eylemlerinin hukuk düzenine aykırı olup olmadığını kontrol etmelidir. Hukuka aykırı eylemin kınanabilirliği işte bu kontrol yükümlülüğünde bulunur³¹. Kişinin yeteneklerini yanlış değerlendirmesi onu sorumluluktan kurtaramaz.

Bir eylemin kınanabilir sayılabilmesi için kişinin, hukuka aykırı sonucu önceden görebilir olmasının yanında aynı zamanda fiziki ve ruhi bakımdan da bunu engelleyebilecek durumda olması gereklidir.

b) *Nipperdey* ve Alman Federal Mahkemesinin (AFM) 4.3.1957 tarihli ilke kararlarıyla savunulan ihmâl hakkındaki ikinci görüş, ihmâli hukuka aykırılığın (Rechtswidrigkeit) içinde görmektedir³². Kişinin sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırı hareket etmiş olması yeterlidir. Hukuka aykırı hareket etmiş kişi kusursuz olduğunu iddia edemez. Kişinin bir kere hukuka aykırı hareket ettiği saptanırsa ayrıca eyleminin kınanabilir olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. *Nipperdey* görüşünü (sosyal uygunluk» (Sozialaedi-quanz) kavramıyla açıklamaktadır. Sosyal uygunlak, eylemin hukuk düzenine aykırılığını ortadan kaldırabilir. Bir hukuk kuralının kaçınılması olanaksız ihlâli, sosyal uygunluk nedeniyle hukuk düzenine aykırı olamayacağından, kusurlu sayılamaz. Toplum içinde birlikte yaşamının kaçınılmaz sonuçları olan zararlar bir haksızlık olarak nitelendirilemeyeceğinden burada kusurlu bir eylemden de söz edilemeyecektir. Bazı faaliyetlerin kendisi tehlikeli, rizikoludur ve bunlardan toplum vazgeçemez. Böyle bir faaliyetten doğan zarar, izin verilen, göze alınan tehlike çerçevesinde kalır ve hukuka aykırı sayıla-

³⁰) RGSt 67, 19.

³¹) **Engisch**, Vorsatz und Fahrlaessigkeit, s. 267.

³²) **Nipperdey**, NJW 57, 1777; aynı şekilde **Larenz**, Schuldrecht, I, s. 237.

mazlar. Bu birlikte yaşamının icabı sayılan eylemler aynı zamanda, ilerlemenin de koşuludur. Rizikolu girişimin toplum için değeri ne kadar yüksek ise bu husustaki ihtimam gösterme görevinin sınırları o ölçüde daralır³³. Bu yüzden olumsuz neticelenmiş olsa bile, tıp biliminin kurallarına uygun bir ameliyat kusurlu sayılamayacaktır³⁴.

V — Tıbbî tedavide hekimin ihtimam görevi

Hekimler meslekî faaliyetleri sebebiyle olağanın üstünde özel bir ihtimam göstermekle yükümlüdürler. Kendi meslek alanlarında gerekli dikkat ve ihtimamı göstermemiş iseler, normal günlük yaşantıdaki mutad olan dikkat ve özeni gösterdiğini ispat ile sorumluluktan sıyrılamaz³⁵.

Hukukçularla hekimler arasındaki tartışmalı bir konu da, ihmal ile meslek hatası arasındaki ilişkidir. *Krönig*³⁶ meslek hatasını subjektif kıstaslara göre şöyle tanımlamaktadır: Meslekte gerekli dikkat ve özen eksikliği sebebiyle, hekimlik mesleğinin herkesçe bilinen kurallarına aykırı hareket etmiş olmak meslek hatası (*Kunstfehler*) sayılır. Buna göre sanat hatası meslek kurallarına aykırı hareket ve kusurdan oluşmaktadır.

Diğer bazı hukukçular meslek hatasını, kusurdan tamamen ayırarak objektif kıstaslara göre tanımlamaktadır. Buna göre hekimin, objektif olarak tıp mesleğinin kurallarına (*lex artis*) ters düşen her davranışı meslek hatası sayılır, ayrıca hekimin kusurlu olması gerekmez³⁷.

Her türlü tıbbî müdahaleyi cezayı gerektiren bir müessir fiil sayan ve ancak hastanın rızasıyla hukuka uygun hale gelebileceğini savunan Alman İmparatorluk Mahkemesi³⁸, ihmal ile meslek hatasını ayrı ayrı kavramlar olarak kabul etmekteydi. Meslek hatasının hekimin hiç bir kusuru olmaksızın meydana gelmesi, buna göre, olasıdır.

Alman Federal Mahkemesi ise, ihmal ile meslek hatasını aynı kavramlar imiş gibi değerlendirdiğini görmekteyiz³⁹.

³³) BGHSrR. 7, 115.

³⁴) BGH, MDR 72, 1953.

³⁵) *Krönig*, *Bedenken des Kunstfehlers für die Arzhaftung*, s. 32; RG JW 38, 1246 ve RGZ 63, 139.

³⁶) *Krönig*, a.g.e.s. 32 vd.; bkz. daha önce *Virchow*, *Kunstfehler für die Arzhaftung*, *Abhandlungen zur Medizin II* s. 514.

³⁷) *Schmitt*, *Arzt im Strafrecht*, s. 138; *Engisch*, s. 23 ve *Mezger*, *Strafrechtlicher Verantwortung*, s. 370.

³⁸) RGStR 25, 375 ve RG HHR 1931 Nr. 1748.

³⁹) Örneğin BGHZ 8, 138.

Kanımızca meslek hatası yalnız başına bir kusur problemi değil, bir kukuka aykırılık problemi teşkil eder. Eğer hekim tıp biliminin tanıdığı kurallara aykırı hareket ediyorsa, hukuka aykırı hareket ettiğinden şüphe yoktur; ancak, hekimin sorumluluğu için bu yeterli değildir. Ek olarak hekimin eyleminin kınanabilir, yâni kusurlu olup olmadığı araştırılmalıdır. Örneğin bir hekim zor durum karşısında dağ başında yapmakta olduğu bir ameliyatta, neşter mevcut olmaması sebebiyle ekmek bıçağı kullanmış ise, eyleminin tıp mesleğinin kurallarına (lex artis) uymadığı şüphesizdir, fakat bu durumda kusurlu olduğu da söylenemeyecektir.

Hekimlerin tedavide göstermekle yükümlü buldukları ihtimam görevini, bunun ihlâlinden doğan meslekî kusurlarını, sekiz aşama içerisinde incelemek mümkündür :

1. *Tedavinin hekim tarafından kabulünde ihtimam.*

Serbest çalışan, hekimlerin sözleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı, hastaları tedaviye zorlayacak bir hukukî mecburiyet bulunmamaktadır⁴¹. Bir yerde yeterli sayıda hekim varsa, hekimin hastalarını serbestçe seçme özgürlüğü hususunda bir tartışma, söz konusu edilemeyecektir. Yalnız Alman Ceza Kanununun § 330 c hükmü herkezi, deprem, kitlesel kaza gibi hallerde başkalarına yardımla yükümlü tutmaktadır (TCK m 47)⁴². Bu yükümlülük öncelikle hekimler için uygulama alanı bulmak gerekir. Bundan başka bir hekim, o yerde tek ise, hekimin tüm hastalara bakması dürüstlük kaidesi icabı olup, hekimin burada sözleşme özgürlüğüne dayanması hakkın kötüye kullanılmasının bir hali sayılır. Eğer hasta bir zarara uğramış ise hekim, haksız fiil esaslarına göre özellikle Alman Medeni Kanunu § 826 ve Türk Borçlar Kanunu 41/2 madde hükümlerine göre, ahlâka aykırı eylemle başkasına zarar vermekten sorumlu olmalıdır.

Alman Federal Mahkemesi intihara teşebbüsü, Alman Ceza kanunu 330/c maddesi anlamında bir kaza olarak yorumlamakta ve bu durumda hekimin ölmekte olan bir kimseye yardım etmesi meslekî bir yükümlülük teşkil etmektedir⁴³. İntihar eden bir kimseye yardım edilerek kurtarılması Alman Medeni Kanunu § 677 anlamında bir vekâletsiz iş görme sayılmakta, hekim buna göre alacaklı veya borçlu olmaktadır⁴⁴.

40) Bknz. **Brand**, Die Grenzen der Persönlichen Arzthaftung, s. 14.

41) Fakat Devlet hastahanelerinde hekimin kamu hukukundan doğan hastalara bakma yükümlülüğü bulunduğunu belirtmek isteriz.

42) Bknz: **Kohlhaas**, VersR 55, 74.

43) BGH NJW 54, 1049.

44) **Span**, Aerztliche Recht-und Standkunde, s. 108.

Tedaviyi kabulden önce hekime düşen ilk görev, kendisini söz konusu hastalık için tedavide yeterli olup olmadığını incelemesidir. Gerekli ihtimamı gösterse idi o hastalık için yetersizliğini görebilecek hekim, daha sonra hekimlik mesleğinin tüm icaplarına uysa dahi, sırf başlangıçtaki bu dikkatsizliği sebebiyle kusurlu sayılacaktır⁴⁵. Fakat hekim yetersizliğini bilmesine rağmen ızdırar halinde böyle bir girişimde bulunmuşsa kusurlu sayılamaz. Çünkü aksi takdirde, hastayı bütün tıbbî yardımlardan mahrum etmiş olurduk. ızdırar hali dışında yetersizliğini gören doktor, hastayı o konuda ihtisaslaşmış hekim veya hastahaneye havale etmekle yükümlüdür.⁴⁶

2. Teşhiste (tanıda) ihtimam ve kusur

Tedaviyi kabulden sonra hekim hastanın şikâyetlerini eksiksiz dinlemeli, hastalık hakkında doğru teşhisi sağlayacak sorular sormalıdır. Bu hususta bir hekimin basiretsizliğine verilecek iyi bir örnek, bir cerrahın ameliyattan sonra kontrole gelen hastasını dinlemeden ikinci defa ameliyat etmesidir.

Doktorun hastayı dinleme görevine karşılık, hasta da şikâyetlerini eksiksiz anlatmalıdır. Hastanın sorulan sorulara yanlış yanıt vermesi hekimin kusurunu azaltacağı gibi ortadan da kaldırabilir.

Doğru teşhisi koyabilmek için doktor hastayı hekimlik mesleğinin kurallarına ve tıp biliminin o andaki seviyesine göre esaslı surette muayene etmelidir. Eğer hekim mevcut araç gereçleri, bilinen test yöntemlerini uygulamayı ihmal ederse yanlış teşhisten doğan zararlardan sorumlu olacaktır⁴⁷.

Teşhis hatalarından hekimin otomatik olarak sorumlu olmayacağı şüphesizdir. Çünkü en dikkatli doktorun bile esaslı muayeneye rağmen düşebileceği teşhis hataları olabilir. Bazen hastanın bünyesi teşhisi güçleştirmiş olabilir. Hekimin sorumlu olduğu teşhis hataları normal bir insan anlayışına ve bilimin genel verilerine açıkça ters düşen teşhis hatalarıdır. Bundan başka hekim kendi kusuruyla düştüğü teşhis hatalarından da sorumludur. Hekim gerekli testleri yapmayı ihmal etmişse daha sonra ne kadar esaslı muayene yaparsa yapsın sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin ülserli bir hastaya hiç bir test uygulamaksızın, film aldirmaksızın verem teşhisi koyan ve hiç bir perhize bağlı kalmaksızın önene gelen şeyi yemesini öneren hekim, hastanın bu sebeple uğrayacağı tüm zararları gidermekle yükümlü olmalıdır.

⁴⁵) Ebemayer-Lobe-Rosenberg, StGB-Kommentar, § 22 açıklaması

⁴⁶) Bknz. RGStR 67, 22

⁴⁷) Bknz. Spinner, Aertzliches Recht, s. 217.

Hastalığın genel görünüşü bir çok tanı olasılığını mümkün kılıyorsa hekim, doğru tanıya varabilmek için o konudaki tıp kitaplarına baş vurmalı, meslekdaşlarına danışmalı ve doğru teşhis için yeni yöntemlerin bulunup bulunmadığını araştırmalıdır⁴⁸.

Nihayet, hekim muayene ve hastalığı teşhis aşamasında yaptığı hatalardan, örneğin kan almak için kullanılan iğnenin temizlenmemiş olması sebebiyle bulaşıcı bir hastalığa yakalanılması gibi zararlardan sorumlu olacaktır⁴⁹.

3. Hastayı aydınlatma görevi

*Schreiber*⁵⁰, hastayı aydınlatma görevinin hukukçularla hekimler arasında bir soğuk savaş konusu olduğunu yazmaktadır. Gerçekten de tatbikatta hekimin ne zaman ve ne ölçüde hastayı aydınlatacağı sık sık ihtilafa düşülen bir konudur. Aydınlatma, önerilen tedavi usulünü hastanın serbest iradesiyle kabul veya ret edebileceği zamanda yapılmalıdır. Bu yüzden ameliyat masasında yapılan aydınlatma geçerli olmayacaktır, çünkü bu halde hastanın serbestce bir tercih yapabileceği söylenemez⁵¹.

Gerek AİM, gerekse AFM'nin her türlü tıbbi müdahaleyi muessir fiil saymakta olduğunu⁵² ve bunun ancak hastanın muvafakatiyle hukuka uygun hale geleceğini kabul ettiğini daha önce belirtmiş idik. Verilen muvafakatin geçerli olabilmesi için de, hastanın önce hastalık ve tedavi yöntemi hakkında, özellikle öngörülen tedavi metodunun rizikoları hakkında esaslı surette aydınlatılmış olması şarttır⁵³.

Hekimin hastayı aydınlatma görevinin içeriği şu beş hususu kapsamalıdır :

1. Hastanın hali hazır sağlık durumu ve konulan teşhis,
2. Önerilen tedavi yönteminin tür ve usulü,
3. Amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi,
4. Amaçlanan tedavi yönteminin hastanın sağlığı için arz ettiği rizikolar,
5. Verilen ilâçların kullanılışı ve muhtemel aksi tesirleri.

⁴⁸) BGH MM 60, 2007.

⁴⁹) BGHZ 8, 138.

⁵⁰) *Schreiber*, Wahrheit am Krankenbett aus der Sicht der Juristen s. 35.

⁵¹) *Schreiber*, s. 38.

⁵²) RGStR 25, 373; RGHZ, 136, 129; BGHStR 11, 111; BGHZ 29, 176, bkz. ayrıca § 266 a St.GB.

⁵³) BGH NJW 63, 393,

Bu hususlarda hasta gerekli şekilde aydınlatılmaksızın yapılan bir tıbbî müdahale, hastanın kişilik hakları ve vücut bütünlüğüne tecavüz sayılacaktır⁵⁴. Hastanın önerilen ameliyat için yüzde yüzlük garanti istemesi ve yüzde birlik bir olumsuz sonuç olasılığında dahi ameliyattan vaz geçeceğini söylemesine rağmen hekimin ameliyatı üstlenmesi ve sonuçta hastanın kötürüm kalması halinde, hekim tüm sorumluluğa katlanmalıdır⁵⁵.

Tartışmalı bir konu da, tedavisi olanaksız hastalıklar hakkında doktorun hastaya bilgi verme yükümlülüğü olup olmadığıdır. Bu gün genellikle bu soruya olumlu cevap verilmektedir. Ancak hastalığın seyrine ve tedaviye olumsuz olarak etki edebilecek hususların hastadan gizlenebileceği kabul edilmektedir⁵⁶.

Aydınlatma görevinin derece ve yeterliliği, tıbbî müdahalenin ivedilik derecesiyle ters orantılıdır. *Schreiber*⁵⁷ bunu şu şekilde formüle etmektedir: «Hastalık ne kadar ağır ve tıbbî müdahale ne kadar ivedi ise hastaya o kadar az şey söylenmelidir».

Bundan başka ızdırar halinde hekimin hastayı aydınlatma görevi ortadan kalkacağı, ızdırar halinin yasal bir uygunluk sebebi sayılacağı kabul edilmektedir⁵⁸. Koma hali gibi hastanın rızasını beyan edemeyeceği durumlarda, hastanın tıbbî müdahaleye farazî rızası (mutmassliche Einwilligung) olduğu kabul edilmekte ve hekimin hareketi vekâletsiz iş görme sayılmaktadır⁵⁹.

Hastayı aydınlatma görevinin ortadan kalkacağı başka bir istisna da intihar eden kişiyi kurtarmak için (§ 54 StGB, 330 c ve § 238 BGB, TCK m. 52, BK 52/2) yapılan tıbbî müdahaledir. Yalnız burada hastanın farazî iradesine dayanılmaz. Hekimin eyleminin hukuka uygunluğu, Alman Ceza Kanununun § 330 c nin «genel yardım yükümlülüğü»nden çıkarılmaktadır⁶⁰.

Bir ameliyat sırasında, hastalığın önceden düşünülenden daha geniş veya daha başka ameliyatlara da yapılmasını gerekli kıldığı anlaşılıyor-

⁵⁴) Bknz. BGHZ 29, 170; NJW 56, 1106; Laufs, NJW 74, 2025.

⁵⁵) Benzer olay, Stern Dergisi, 5.1.1978 H 2.s. 84 «Operation ausgeführt, Patienten gelächmt»
«Bkz. ayrıca BGH NJW 80, 1333.

⁵⁶) Bknz. Deutsch, NJW 80, 1305.

⁵⁷) *Schreiber*, Wahrheit am Krankenbett, s. 39.

⁵⁸) RGStR 25, 375; 61, 242.

⁵⁹) RGStR 25, 375; 61, 242.

⁶⁰) BGHStR 6, 149.

sa, aynı şekilde hastanın farazî iradesine dayanılarak aydınlatma görevinin ortadan kalkacağı savunulmaktadır. Yalnız ameliyatın genişletilmesi ihtimali, önceden, hastanın aydınlatılması sırasında görülebilir olmalı ve ayrıca hekim hastaya sorabilmiş olsaydı hastanın muavafakatini beyan edeceğine güvenebileceği çesitten bir hasta-doktor ilişkisi içinde bulunmalıdır⁶¹.

4. Tedavi yöntem ve usulünün seçiminde ihtimam

Hekim hastayı, hastalık sırasında tıbbın son aşamasına göre geçerli bulunan yöntem ve usullerle tedavi etmekle yükümlüdür. Diplomalı bir hekime baş vuran kişi, kendisinin koca karı usul ve ilâçlarıyla değil, çağdaş tıp biliminin olanak ve yöntemleriyle tedavi göreceğine inanmaya hakkı vardır⁶².

Modası geçmiş ilâç ve yöntemler, ancak ızdırar halinde, yani aksi takdirde hastanın her türlü tıbbi yardımdan mahrum kalacağı hallerde uygulanabilir. Örneğin, hastahaneye yetişebilmek için ulaşım aracının olmaması ve hastaya ânında müdahalede bulunulmazsa hastanın ölme ihtimalinin büyük olduğu durumlarda, eski tedavi usulleri de geçerlilik kazanabilir⁶³.

Bir hastalığı tedavi için, aynı anda birden ziyade tedavi yöntemi uygulanabilmekte ise, hekim bunlardan dilediğini seçmekte özgürdür. Fakat tesiri uzun zamandan beri bilinen ve genel olarak uygulanan ilâç ve yöntemlere öncelik verilmelidir⁶⁴.

Tıp meslğinin kurallarına uygun bir tedavi yönteminin taraftarı olan hekim, somut durumlarda olaya uygulanabilecek, daha fazla başarı olasılığı gösteren ve daha az rizikolu başka bir tedavi yönteminin bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlüdür⁶⁵.

Uzun süredir başarıyla uygulanan ve tehlikesiz gözükken bir tedavi yöntemini uygulanmasıyla hastanın zarar görmesi halinde, hekimin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Çünkü böyle bir zarar, sosyal uygunluk nedeniyle izin verilen riziko sınırları içinde kalmış olmaktadır⁶⁶.

⁶¹) Krş. BGH NJW 63, 393,

⁶²) Bknz. BGHStR 67, 1 .

⁶³) Kohlhaas, VersR 55, 77.

⁶⁴) RGZ 7474, 1 .

⁶⁵) Bknz. BGH VersR 56, 224; 60, 425.

⁶⁶) BGH VersR 60, 379; 62, 155.

Tıp mesleği mensuplarının yalnızca azınlığı tarafından uygulanan bir tedavi yöntemi, ancak hasta bu hususta esaslı şekilde aydınlatıldıktan ve açık rızası alındıktan sonra uygulanabilir⁶⁷.

Yeni ilâç, araç ve gereçlerin kullanılmasında doktor özel bir ihtimam göstermekle yükümlüdür. Bilhassa tesiri henüz tam olarak bilinmeyen bir ilâcın kullanımında, hekim tarifnameyi titiz bir şekilde uygulamış ve hastaya da gerekli uyarılarda bulunmuş olmalıdır⁶⁸.

Hekimin akademik tıbbın (Schulmedizin) tecrübe ve verilerinin aksine hareket etmesi tasvip edilemez. Çağdaş tıp biliminin son aşamasına göre, bir hastalığa karşı etkisi genel olarak kabul edilen bir ilâç veya tedavi yöntemini, hekim şahsi kanaati aksi yönde olsa bile, uygulamaktan kaçınmaz⁶⁹. Özellikle hayati tehlike arz eden hastalıklarda, hekim alışılmamış veya kendi buluşu olan yöntemleri uygulamaktan kaçınılmalıdır. Uyguladığı tedavi yönteminin yetersizliğini gören veya hal ve şartlara göre görmesi gereken hekim olaya uygulanabilecek daha fazla başarı vaad eden bir tedavi yönteminin bulunup bulunmadığını araştırmalı, veya tedaviyi durdurmalıdır⁷⁰. Çünkü hekim hastayı iyileştirmek yükümlülüğü altında olmasa bile iyileşmesi için her şeyi yapmakla yükümlüdür.

Uzun uygulamalarla henüz doğruluğu anlaşılamayan ve hastanın vücudunda deney türünden tedavi yöntemlerinin uygulanması yasak bulunmaktadır⁷¹. İnsan vücudunda tıbbî deneyler, Hipokrat'a kadar gitmektedir. İlk defa Nürnberg Mahkemelerinde tıbbî deneylerde insan kullanılması geniş kapsamlı olarak hukukun konusu yapıldı. İstatistiklere geçmeyen karanlık rakkamlar hariç 230 insanın Nazi Almanyasında tıbbî deneylerde öldüğü ve 11 923 kişinin de deneylerde kobay olarak kullanıldığı belirlenmiştir.

Nürnberg dâvaları sebebiyle kaleme alınan «Nürnberger Codex»de ilk defa «hiç bir ülkenin tıbbî deneylerde insan kullanamayacağı» belirtilmiş ve tedavi maksadıyla da olsa küçükler ve akıl hastaları üzerinde deney mahiyetinde tedavi yöntemlerinin uygulanması yasaklanmıştır⁷².

⁶⁷) RGStR 55, 573; 57, 339.

⁶⁸) BGH VersR 60, 379; 62, 155

⁶⁹) RGStR 67, 25.

⁷⁰) Bu hususta **Böth**, NJW 67, 1495, ayrıca 2238 sayılı Türk Organ Nakli Yasasının birinci maddesi tedavi amacı dışında bilimsel amaçlarla tıbbî deneyleri imkân verir gözükmektedir. Bu hususta haklı eleştiri için bkz. **Bayraktar**, CH Kriminoloji D. 1979, sayı 2, s. 15.

⁷¹) Krş. Türk Organ Nakli Kanunu m.1.

⁷²) Bknz. **Wille**, Grundsätze des Nürnberger Aerzte-Prozesses, JW 49, 377.

1954 yılında Dünya Sağlık Birliği 8. Kongresinde Nürnberger Codex genişletilmiş ve 1964 yılında 18. kongrede daha da geliştirildikten sonra Helsinki Deklarasyonu kabul edilmiştir. 1975 yılında Tokyo'da bazı ufak tefek değişikliklerle tekrarlanan bu deklarasyonda şu ilkelerin yer aldığı görülmektedir :

- Deneyci ilke olarak yalnızca hastanın sağlığına hizmetle yükümlüdür. Hastanın sağlığı her halde deneyin amacından önde gelir.
- Deney mahiyetinde yapılacak tıbbî müdahalenin sebep ve riskoları hakkında hasta esaslı surette aydınlatılmalıdır. İhtilâf halinde ispat kolaylığı için hastanın yazılı muvafakati alınmalıdır.
- Yalnızca hekimler ve bilimsel olarak eğitilmiş sağlık personeli kliniksel deney ve araştırmalarda bulunabilir.
- Deney yapan hekim, rıza gösteren hasta veya yakını, deneyi her an durdurma imkânına sahip olmalıdır.
- Deney yapan hekim, hastanın rızasını özgürce vermesine olanak tanımalıdır.

Tokyo bildirisinde ayrıca, eğer hasta ile deneyci hekim arasında bir altlık üstlük ilişkisi varsa⁷³, hastanın aydınlatılması ve rızasının alınmasının üçüncü bir hekim tarafından yapılması gerektiğine dair Hipokrat ilkesi de vurgulanmıştır.

Deneye kapalı tıbbî gelişmenin olması düşünülemez. İnsan vücudunda sırf bilimsel nitelikteki deneylerin yasaklanması hususunda ibtilâf olmamakla birlikte⁷⁴, tedaviye yönelik deneylerin hangi hallerde hukuka uygun olacağı hakkında görüşler çok değişiktir. Hasta vücudunda her türlü deneye razı olduğunu beyan etse bile bu rıza kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olduğundan geçerli sayılmayacaktır.

*Maurach*⁷⁵ tedaviye yönelik deneylerin geçerli olabilmesi hususunda şu üç koşulun gerçekleşmiş olmasını aramaktadır :

- Bütün bilinen tıbbî yöntemler hastanın tedavisi için yetersiz kalmalı ve başvurulacak deney hastanın son şansı olmalıdır.

⁷³) Krş. Türk Organ Nakli Yasası m.7/c.

⁷⁴) Bu konuda bkz. **Böth**, Die Medizinische Humanexperimente, NJW 67, 1495;— **Deutsch**, Beitrage Zur Geschichte der Medizin; **Gebauer**, Zur Zulaessigkeit aerztlicher Experimente, Wien 1955; **Heinz** JW 1951, 333.

⁷⁵) **Maurach**, Strafrecht s. 246.

- Deney sonunda hastanın kurtulacağına dair az da olsa bir olasılık bulunmalıdır;
- Deneyin tehlikeleri ve başarı şansı hastaya anlatılmalı ve muvafakati alınmalıdır.

Deneme safhasından geçip uygulanmaya başlanan fakat henüz genel uygulama kazanmamış bir ilâç veya tedavi yöntemin uygulanmış olması halinde *Gebauer* ancak şu durumda hekimin sorumlu olmayacağını söylemektedir: yeni yöntemin, hastalığın iyileşmesi için bu vakte kadar uygulanagelen yöntemlerden daha kötü sonuç verme ihtimali olmamalıdır; yeni yöntemin doğuracağı tehlike ile hastanın içinde bulunduğu tehlike arasında uygun bir ilişki bulunmalıdır ve yeni yöntemin uygulanması tıp mesleğinin ahlâk kurallarıyla çelişmemelidir⁷⁶.

Olağanüstü bulunan ve henüz deneme safhasında olan bir tedavi yöntemi, eğer somut hal ve koşullara göre hastanın kurtulması için tek ve hemen uygulanması gerekli bir tedavi yöntemi ise, hastanın iyileşmesi için her tedbiri ahlak zorunda olan hekimin, uygulanan yöntemin olumsuz sonucundan sorumlu olmaması gerekir.

5. Tedavi süresince gösterilmesi gerekli ihtimam

Tedavinin başarısızlığını önlemek için hekim, çağdaş tıp bilimine göre her türlü tedbiri almakla yükümlüdür.

Narkoz uygulayacak hekim önce uygulamak istediği narkozun hastanın bünyesine ve tıp biliminin kurallarına uygun olup olmadığını etraflıca araştırmakla yükümlüdür⁷⁷.

Kullanılan ilâç ve araçların, tehlikeleri hekim tarafından bilinmesine veya mesleği sebebiyle bilmesi gerekmesine rağmen hekim, yangın ve infilaklara karşı önleyici yeterli tedbir almamış, uyarılarda bulunmamış ise, bunun neticelerinden sorumlu tutulacaktır.

Ameliyattan sonra hasta vücudunda yabancı maddelerin unutulması, her zaman hekim için kusur teşkil etmeyebilir⁷⁸. Alman Federal Mahkemesi çok dikkatlice yapılan ameliyatlardan sonra dahi bazı maddelerin hasta vücudunda unutulmasını mümkün görmektedir. Çünkü ameliyatta kullanılan tüm maddeleri görülebilir yapabilen bir yöntem henüz bulunmamıştır⁷⁹.

⁷⁶) *Gebauer*, s. 76.

⁷⁷) BGH NJW 59, 1583; *Laufs* NJW 80. 1317.

⁷⁸) BGH VersR 74, 46, 67; VersR 57, 786.

⁷⁹) BGH NJW 52, 387.

Bu konunun değerlendirilmesinde, ameliyatın ağırlık derecesine, ameliyatın yapıldığı hal ve şartlara unutulmuş şeyin büyüklüğüne ve nihayet hekimin ameliyat sırasında aldığı koruma tedbirlerinin yeterli olup olmadığına dikkat etmek gerekir. Bir makasın veya neşterin hasta karnında unutulmasında doktorun kusursuzluğundan hiç bir zaman söz konusu edilemeyecektir⁸⁰. Bundan başka hastanın şikâyetlerine rağmen unutulmuş şeyin araştırılmasının ihmali ağır kusur teşkil edecektir.

Bir ameliyat sırasında hekimin hastanın başka organ ve dokularını yaralaması, çizmesi yalnız başına hekimin sorumluluğu için yeterli olmaz. Hastanın başka organlarını yaraladığının farkına varan veya gerekli özeni gösterseydi farkına varacak olan hekimin buradan doğacak yaralar için koruyucu tedbirleri almaması kusurlu bir davranış sayılmaktadır⁸¹. Organların birbirine karıştırılması ağır kusurdur. Hasta kol yerine sağlam kolun, çürük diş yerine sağlam dişin alınması bunun açık örnekleridir. Aynı şekilde ilâçların ve tedavi araç gereçlerinin birbirine karıştırılması da ağır kusur teşkil edecektir.

Tedavi esnasında meydana gelebilecek bazı zararlar vardır ki, bunlar tıp mesleğinin kural ve tecrübelerine göre kaçınılmaz zararlardır ve bunların meydana gelmesi, katlanılması gerekli riziko sınırları içinde kalacağından hekimin sorumluluğunu gerektirmezler. Ancak bazı koruyucu tedbirlerin alınmasıyla bu kabil zararların doğma olasılığını azaltmak mümkündür. Bu koruyucu önlemlerin ihmali hekimin meslekî kusurunu doğuracaktır. Bunlara Alman Mahkeme kararlarından alınan iki olay örnek gösterilebilir: Çene Ponksiyonu esnasında çocukların çene kemiğinin çok dar olması sebebiyle iğnelerin dokuları çizmesini, özellikle göz sinirlerine zarar vermesini, mutlak olarak önlemek imkânsız bulunmaktadı. Fakat bu tür zararın doğma olasılığı, çocuğun başının tam hareketsiz olarak tutulmasıyla azaltılabilir. Hekim bunu ihmal etmiş veya gereği gibi yapmamış ise sonuçtan doğacak zararlardan sorumlu olacaktır⁸². Intubasyon Narkozu sırasında çeşitli komplikasyonların ortaya çıkması hekimlik mesleğinde doğal sayılmakla birlikte bu komplikasyonlar, narkozitör hekimin ameliyat odasında hazır bulunması ve zamanında müdahalesiyle önlenir. Narkozitör hekimin ameliyat sırasında ameliyat odasını terk etmesi, bu bakımdan, kusurlu bir davranış sayılacaktır⁸³.

⁸⁰) Bkz. BGH NJW 52, 382.

⁸¹) Bu hususta mahkeme kararlarından örnekler, **Spinner**, s. 269.

⁸²) OLG Köln, VersR 68, 283.

⁸³) BGH VersR 74, 804.

Bütün bu hallerin ortak noktası, gerekli tedbirler alınmış olsa bile zararın meydana gelme olasılığının bulunmasıdır. Burada hekimin kusuru, zararı olasılığını azaltabilecek tedbirleri almaması ve özellikle kendisinin yapması gereken bir hususu, yardımcısına yaptırmış olmalıdır.

Hekim yazdığı reçetenin doğruluğu ve okunabilirliğinden sorumludur. Reçetenin okunabilirliğinden şüpheye düşen eczacı durumu hekime bildirmelidir. İlaçların kullanışı ve muhtemel yan tesirlerinin hastaya izah edilmiş olması gerekir⁸⁴.

Kendi kendini tedavi için (Selbstbehandlung) danışmada bulunmak caiz değildir. Çünkü doğru teşhiste bulunmak ancak hastanın bizzat muayenesiyle kabil olabilir⁸⁵.

6. Hekimin, yardımcıların kontrol ve aydınlatma görevi

Hekimin yardımcı personel kullanmaksızın mesleğini icra edebilmesi düşünülemez. Özellikle bir cerrahın, bir ameliyatı baştan sona dek, tek başına yapması beklenemeyecek bir husustur. Günden güne gelişen tedavi yöntemleri, bunların aynı zamanda karmaşık bir hal alması, hekimlik mesleğinde zorunlu bir iş bölümünü ve ihtisaslaşmayı kaçınılmaz kılmaktadır.

Günlük yaşantıda herkesin, başkalarının görevini tam yapacağına ilişkin güven ilkesi, hekimlik mesleğine uygulandığında, hekimlerin kendi emrinde çalışan yardımcı personele ne dereceye güvенеbileceği sorununu ortaya çıkarmaktadır⁸⁶.

Yardımcı şahsın eylemlerinden hekimin sorumluluğunun sınırları Alman Medenî Kanunu § 831 tarafından⁸⁷ çizilmiştir. Buna göre hekimin, yardımcı personelin hastalara verdiği zararlardan sorumluluğu için, kendisinin şahsî bir kusuru olması gerekmediği gibi, yardımcı personelinde kusurlu bulunması gerekli değildir. Hekimin sorumluluktan kurtulması için yardımcı personelin seçiminde, kontrolünde ve verilen talimatlarda gerekli özen ve dikkati gösterdiğini ispat etmesi gereklidir. Yalnız burada hekimler yardımcı personelden § 831 BGB ye göre sorumlu olabilmesi için, hekimle yardımcı personel arasında ya bir hizmet sözleşmesinden ya da idare hukukundan doğan bir tâbiyet bağının bulunması gereklidir⁸⁸.

⁸⁴) Bknz. **Spann**, s. 181.

⁸⁵) **Laufs**, NJW 80, 1316; **Spann**, s. 117.

⁸⁶) Bknz. **Schmitt**, s. 187.

⁸⁷) Benzer hüküm: Türk BK m. 55.

⁸⁸) Böyle bir bağlılık olmasa bile hekimin, kendisine yardım eden üçüncü şahısların eylemlerinden § 278 BGB (m. 100 BK) hükmüne göre akdî sorumluluğu olabileceğini belirtmek isteriz.

Görüldüğü gibi hekimin yardımcı personelden dolayı sorumluluğu, kusursuz sorumluluğa yaklaşmakta ve hekimin sorumluluktan kurtulması yerine getirilmesi pratik bakımdan hayli zor olan bir koşula bağlanmaktadır. Uygulamada yukarda arz ettiğimiz güven ilkesi gereğince hekimin yardımcı personelden sorumlu olma ilkesi yumuşatılmaktadır. Hekimin bir okul eğitiminden geçmiş tıbbî personelinin, mezuniyet sınavında sorumlu olduğu temel bilgilere sahip olduğuna inanmaya hakkı bulunmaktadır⁸⁹. Bu özellikle, belli bir okul sınavından geçmiş hemşireler ve eczacılar için söz konusu olmaktadır.

Yardımcı personele talimat veren hekimin, onları etraflıca aydınlatmış olması gerekir. Bu yükümlülüğün ihmalinin ne gibi ağır sonuçlara yol açtığını, *Spinner* den alınan⁹⁰ şu iki örnek göstermektedir: Doktor (H), ağır duyan ebe (M)'ye suda eritilmesi için oxyzanat pastili veriyor. Ebenin bunu teskin edici ilaç zannıyla hastaya eritip içirmesiyle hasta ölmüştür. İkinci olay da askeri doktor (P), sıhhiye astsubayı (S)'ye, hasta askere her saat başı kullanılmak üzere gargara tozu yazıyor. Tozun ilaç olduğunu sanan astsubayın, bunu suya karıştırıp hastaya içirmesiyle hasta ölmüştür. Her iki hekim de taksirle adam öldürmeden mahkûm olmuşlardır.

Hekimin, kendisini asiste eden hemşirelere, kullanılan araç ve ilaçların hasta vücudunda sebep olabileceği tehlikeleri izah etmiş ve gerekli uyarılarda bulunmuş olması gerekir⁹¹. Bir ameliyattan sonra kullanılan araç ve gerecin eksiksiz olduğu bizzat hekimce kontrol edilmelidir. Tedavi araçlarının dezenfeksiyonu, temizliği, eğitilmiş, güvenilir personele yaptırılmalıdır.

Bir klinik ve hastahane sahibi gerekli tedavi araç gereçlerinin ve ilaçların eğitilmiş tıbbî personelin hazır bulunmamış olmasından, eksik organizasyon nedeniyle sorumlu tutulmaktadır⁹².

Havale ettiği ikinci hekimin yanlış tedavisini görebilecek durumda olan birinci hekim, ikinci hekimin kusurlu tedavisiyle hastaya verebileceği zararlardan müteselsilen sorumlu olacaktır. Birinci hekim ancak ikinci hekimin ağır kusurlu hareket etmesi, açıkça tıp mesleğinin icaplarına uymaması, tıp mesleğinin temel ilke ve tecrübelerinin aksine davranmış olması, hallerinde bu sorumluluktan kurtulabilir^{92a}).

⁸⁹) Bknz. BGHZ 52, 103.

⁹⁰) *Spinner*, s. 253 ve 8 Kasım 1910 tarihli AIM kararı.

⁹¹) BGH NJW 55, 1187.

⁹²) Bknz. OLG Celle, NJW 58, 271; *Schmitt*, *Aerztliches Recht*, s. 186.

^{92a}) Krş. *Laufs*, NJW 80, 1316.

7. Tıbbi temel bilgilerin eksikliği, yetersiz eğitim (*Fehlausbildung*)

Tedavisi için hekime baş vuran kimse onun hekimlik mesleğinin temel bilgilerine sahip olduğuna güvenmeye hakkı vardır. Almanya'da Federal Hekimlik Tüzüğü'nün III. §, 5 ve 6. bendine göre hekimlik mesleğini icra belirli bir fakülte veya akademi eğitimi görmüş olmayı şart kılmaktadır. Bununla birlikte hekimlik ehliyeti olmadığı halde bir hastanın tedavisine girişen bir kimse, örneğin bir sağlık memuru veya diplomasız sahte hekim, hastaya verdikleri zararlardan, gerçek hekimlere aynı derecede sorumludurlar; bunlar kendilerinin kişisel bilgisizliklerine, tecrübesizlik ve yetersizliklerine dayanıp sorumluluktan sıyrılamazlar⁹³.

Her hekim, hekimlik mesleğinin gerekli kıldığı temel bilgileri öğrenmekle yükümlüdür. Hekimin eksik öğrenim görmüş olması, yetersiz bir Tıp fakültesinde okumuş olması veya derslerin o sıralarda herhangi bir elde olmayan nedenle aksamış olması hekimin sorumluluk derecesini etkilemeyecektir⁹⁴. Belli konularda uzmanlaşmış bile olsa hekimin tıp biliminin temel bilgi ve verileri yerine, kendi özel tecrübelerini ikâme etmiş olması kusurlu bir davranış sayılacaktır.

Hekimlerin temel bilgi eksikliğine dayanan kusurlu davranışlarını bir liste halinde saymak mümkün değildir. Örnek kabîlinden, uygulama ve öğretilerden aldığımız şu halleri belirtmeyi faydalı gördük:

Yanlış teşhis ilke olarak kusurlu bir eylem sayılmamakla birlikte, her hekimin basit bir muayene ile anlayabileceği bir hastalığı bilgisizlikten teşhis edememiş olmak, kusurlu bir davranış sayılır⁹⁵.

Toplar damara yapılan enjeksiyonun iltihaba yolaçma olasılığı çok yüksektir. Her hekimce bilinen bu durumun hekimce nazarı itibare alınıp gerekli tedbirin alınmamış olması meslekî kusur teşkil eder⁹⁶.

Hastanın özel durumu ve somut hal ve şartlar mecbur kılmadığı halde hekimin, daha az rizikolu tedavi yöntemini bırakıp bilgisizliği sebebiyle daha rizikolu bir yöntemin uygulaması meslekî kusur sayılır⁹⁷.

Hastanın normal bir muayene ile anlaşılamayan anormal biyolojik yapısının, aşırı duyarlılığının sebep olduğu zararlardan hekim ilke olarak sorumlu olmamakla birlikte, eğer hastanın anormal yapısı, aşırı duyar-

⁹³) RGStR 67, 23.

⁹⁴) BGH NJW 69, 1103.

⁹⁵) BGH VersR 70, 544.

⁹⁶) BGHZ 62, 251; 58, 606; BGH VersR 57, 786

⁹⁷) BGH VersR 62, 250.

lılık (idiosynkrasie) hemophili gibi haller hekimce önceden biliniyorsa, hastanın narkozun şok etkisiyle ölmesinden hekimin sorumlu olması gerekir⁹⁸.

Hekimler uyguladığı tedavi yöntemiyle ilgili tıbbi literatürü ve tedavide kullandığı araç gerecin kullanma tarifesini eksiksiz bilmek yükümlülüğü altında bulunmaktadır⁹⁹.

Bu konuda son olarak belirtilmesi gerekli bir nokta da şudur: Hekimlerin tıbbın temel bilgilerine sahip olma yükümlülüğünün kapsamını, hekimin dâhil olduğu hekimler grubuna göre değerlendirmek gerekir; örneğin Alman Federal Mahkemesinin belirttiği¹⁰⁰ gibi bir genel cerrah-tan, bir beyin cerrahının beyin üzerindeki bilgisi nisbetinde temel bilgi beklenilmemelidir.

8. Hekimin kendi kendini geliştirme görevi

Zamana paralel olarak hekim tıp biliminin gelişmelerine ayak uydurmak zorundadır. Hekimin Fakülteden mezun olduktan sonra gözlerini tıp dünyasına kapaması, okulda öğrendikleriyle yetinmesi söz konusu edilemez. Hekimler okulda öğrendikleri bilgilerin muhafazası yanında özel eğitim ve araştırmalarla kendini tıbbın son aşamasına uydurmalıdır. Alman İmparatorluk Mahkemesi daha 8 Mayıs 1908 tarihli kararıyla, hekimin kendisini, okulda öğrendiği yöntemlerle hastayı tedavi ettiği yolunda savunmasının haklı olamayacağını belirtmekteydi¹⁰¹. Kendini beğenmişlik, yüksek cesaret, kişisel öz tecrübeler nedeniyle hekimin tıbbi gelişmelere gözlerini kapaması da kabul edilemez¹⁰².

Hekimin tıbbi gelişmeleri takip etme yükümlülüğünden, tesiri genel olarak kabul edilmedikçe moda olmuş bir ilâcı hastasına yazma mecburiyeti çıkarılmamalıdır¹⁰³.

Hekimin kendi kendini geliştirme görevi, hekimin tüm meslek kitaplarını baştan sona okuması veya tıp bilimini tüm ayrıntılarıyla öğrenmesi demekte değildir. Yalnız doktor, hastalığın tedavisini kabulden önce tıbbi bilgisinin bu konuda yeterli olup olmadığını, hastanın bir başka uzman

⁹⁸) Spinner, S. 223.

⁹⁹) BGH VersR 55, 573.

¹⁰⁰) BGH NJW 61, 600.

¹⁰¹) RGStR 64, 249, aynı şekilde BGH VersR 58, 68. Krş. Spinner, s. 220.

¹⁰²) Aynen BGH VersR 68, 280; OLG Hamm, VersR 65, 1107.

¹⁰³) Bknz. Spann, s. 117.

doktora veya hastahaneye havalesinin gerekip gerekmediğini araştırmak zorundadır.

Hekimin kendi kendini yetiştirmek görevinin kapsamı hekimin çalıştığı tıbbî uzmanlık alanına göre değişmektedir. Bir pratisyen hekimin bir cerrah ölçüsünde anatomi bilgisi beklenemez. Belli bir alanda uzmanlaşmış hekimden, o çalışma alanına ilişkin gelişmeleri eksiksiz ve derinlemesine öğrenmiş olması beklenir. Aynı ayırımın bir küçük kasabada çalışan hekimle, büyük bir şehirde çalışan hekim arasında yapılması gerekir. Çünkü kasaba hekimin son tıbbî gelişmeleri takip olanağı büyük şehir hekimine göre çok dardır¹⁰⁴.

Hekimin kendi kendini geliştirme ve araştırma görevi, özellikle, bir hastalığın belirtilerinin, teşhis için bir çok anlama geldiği hallerde ağırlık kazanır. Bu durumda hekimin ilgili tıbbî literatürü, doğru teşhise ulaşabilmek için taraması gereklidir.

Haklı bir neden olmaksızın hekimin, tesiri herkesce kabul edilen bir tedavi yöntemini bırakıp, bilgisizlikten, Tıpca ret edilen ve modası geçmiş yöntemlere öncelik vermesi, meslekî kusur sayılacaktır¹⁰⁵.

Bir meslek dergisindeki veya bir ilâcın kullanma tarifesindeki baskı hataları hekimi sorumluluktan kurtaramaz. Çünkü tedbirli ve dikkatli bir hekimden okuduklarının doğru olup olmadığını kontrol etmesi beklenmektedir. Özellikle zehir içerikli ilâçlardaki baskı hataları çok ciddi sonuçlara sebebiyet verebilir. Literatüre «Parcain» olayı olarak geçen bir davada, «parcain eriyiğinin «terkibi yanlışlıkla %0 1 ölçek yerine %1 ölçek olarak bir mesleki dergideki makalede yazılmış ve bu yanlış terkinin hastaya hekimce uygulanması sonucu hasta ölmüş ve hekimde takirle adam öldürmeden mahkûm olmuştu. Çünkü, mahkemeye göre parcain'in zehirli tesiri tüm hekimlerce bilinmektedir. Bu durumda basiretli bir hekimden, ilgili tıp kitaplarına bakması, doğru terkihi uzman doktorlara sorması gerekirdi.

Sonuç

Tedavinin olumsuz sonuçlanmasından otomatik olarak hekimin sorumluluğu çıkarılamaz. Çünkü hekim hastayı mutlak olarak iyileştirmek yükümlülüğü altında olmayıp, bu sonuca ulaşmak için çağdaş tıbbın olanaklarına göre mümkün olanı yapmaktır.

¹⁰⁴) Bu hususta bkz. RGStR 64, 269; BGH NJW 61, 600 ve Schmitt, s. 187.

¹⁰⁵) Krş. Kohlhaas, VersR 55, 721 ve BGH NJW 60, 2253.

Tıp meslek ve ahlâk kurallarına uymayarak hastanın sağlığının zarar görmesine sebep olan hemkimin eylemi kınanabilir olduğu takdirde hekim, olumsuz sonuçtan hem cezaî hem de hukukî bakımdan sorumlu olacaktır. Kınanabilir olmak; olumsuz neticenin önceden görülebilir, engellenebilir olmasına rağmen, hekimin bunu mesleğin gereği dikkat ve özeni göstermeyerek engellememiş olmasıdır.

Sanat hatası ile mesleki kusur arasındaki ilişki tartışmalıdır. Genellikle kabul edilen görüşe göre sanat hatası (Kunstfehler), hekimin objektif olarak meslek kurallarına aykırı hareket etmesidir, ayrıca eylemin kınanabilir (kusurlu) olması gerekmez.

Kusursuz, ihtimamlı hareket, gerekli dikkat ve özen görevi, genel olarak özel hukukta ortalama bir yurttaşa yani objektif kıstaslara, Ceza hukukunda ise failin kişisel yetenek ve zekâ durumuna göre, subjektif kıstaslarla tayin edildiği halde; mesleki kusurdan doğan sorumlulukta hem özel hem de ceza hukukunda objektif kıstaslar uygulanacak ve ortalama tedbirli bir meslek mensubu esas alınacaktır. Hekim mutad olan ihtimamı göstermekle değil, meslekte o iş için gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlü bulunmaktadır. Meslekî özel bilgi, özel ihtimam gerektirir.

Her hekim meslekî temel bilgilere ve ortalama bir hekimin yeteneklerine sahip olmakla yükümlüdür. Bunların kusursuz eksikliği hekimi sorumluluktan kurtarmaz.

Alman Mahkemeleri her türlü tıbbî müdahaleyi hukuka aykırı saymış ve ancak hastanın rızasıyla hukuka uygun hale gelebileceğini kabul etmiştir. Hastanın rızasının geçerli olabilmesi hastanın, hastalığın ve tedavinin tehlikeleri hakkında esaslı suretle aydınlatılmış olmasına bağlıdır.

Yanlış teşhis ilke olarak hekim için kusur sayılmamakla birlikte, yanlış teşhis eksik muayeneye veya hekimin temel bilgi eksikliğine dayanıyorsa hekimin sorumluluğu kabul edilmelidir. Hekim hastayı tedaviyi kabulden önce kendi bilgi, tecrübe ve olanaklarının hastalığı tedaviye yeterli olup olmadığını araştırmış olması gerekir.

Eğer hekim, hastanın sağlığı için en az rizikolu ve en fazla başarı arz eden tıbbî yöntemlere başvurmuş ise hareketi, meslek kurallarına (Lex artis) uygundur. Hekim hastayı tıbbin son aşamasına göre geçerli yöntem ve ilaçlarla tedavi etmelidir. Haklı bir neden (örneğin ızdırar hali) olmaksızın modası geçmiş veya tesiri henüz genel olarak kabul edilmemiş ilaç ve yöntemlerin uygulanması meslekî kusur teşkil eder.

Olması gereken hukuk açısından, bu hususta gerek özel hukukun gerekse ceza hukukunun genel hükümleriyle yetinilmemeli, hasta ile hekim arasındaki ilişki özel düzenlemelerle açıklığa kavuşturulmalıdır. Hasta

hekim ilişkisi, kiracı ile kiralayan veya komisyoncu ile müşterileri arasındaki ilişkiden daha az önemli değildir. Yapılacak yeni yasal düzenlemenin odak noktası ispat yükü ve hastanın aydınlatılması ile rıza beyanı üzerinde toplanmalıdır. Ayrıca hekimler için zorunlu sorumluluk sigortası da, yapılacak yasal düzenlemede düşünülmesi gerekli bir noktadır.

Ergebnis

Jeder Misserfolg der Behandlung bedeutet nicht automatisch die Haftung des Arztes, denn der Arzt ist etwa nicht dazu verpflichtet, den Kranken absolut zu heilen, sondern alles zu tun, um dies Ziel zu erreichen, und alles zu unterlassen, was dieses Zweck gefährden könnte. Der Umfang der Heilungspflicht ist nach dem augenblicklichen Stand der Medizin bestimmt.

Der Arzt haftet zivil und strafrechtlich für die gesundheitlichen Schäden des Patienten, die er durch seine gegen die Regel und Standesethik der Medizin verstossende Handlung verursacht hat, nur dann, wenn seine Handlung vorwerfbar (schuldhaft) war. Vorwerfbarsein bedeutet Nichtverhindern des vorhersehbaren und vermeidbaren Misserfolges, den der Arzt durch Anwendung der pflichtgemässen Sorgfalt verhindern könnte.

Die Beziehung der Berufsfahrlässigkeit zu Kunstfehler ist umstritten. Nach der h.M. ist Kunstfehler objektiver Verstoss des Arztes gegen die allgemein anerkannte Regel der Heilkunst. Ein Schuldverwurf ist dabei nicht erforderlich.

Das Mass an Sorgfaltspflicht ist im Zivilrecht nach objektiven, d.h. nach einem durchschnittlichen Bürger, im Strafrecht nach subjektiven, d.h. nach Persönlichkeit und Verstand des einzelnen Täters bestimmt. Aber wenn es sich um die Haftung (des Arztes) infolge (seiner) beruflichen Tätigkeit handelt, soll das Mass an Sorgfalt auch im Strafrecht nach objektiven Massstab, d.h. nach einem durchschnittlichen Angehörigen des Berufes bestimmt werden. Der wegen seiner beruflichen Tätigkeit zu einem besonderen hohen Mass an Sorgfalt verpflichtete Arzt darf sich nicht darauf berufen, dass er übliche Sorgfalt angewendet habe. Spezielle Berufskennnisse erfordert ein besondere Mass an Sorgfalt.

Jeder Arzt hat die Pflicht, die medizinische Grundkenntnisse und die Fähigkeiten eines durchschnittlichen Arztes zu besitzen. Ein unverschuldeter Mangel an diesen Kenntnissen und Fähigkeiten kann der Arzt nicht von der Haftung befreien.

Nach den Rechtssprechungen von RG und BGH gilt jeder ärztliche Eingriff als Verletzung der körperlichen Integrität. Um rechtsmässig

zu sein, bedarf der ärztliche Eingriff der Einwilligung des Patienten, die nur dann rechtmässig erteilt, wenn der Patient über Wesen und Tragweite des Eingriffs und Risiko schädlicher Folgen gründlich aufgeklärt worden ist.

Grundsätzlich ist der Arzt für die falsche Diagnose nicht verantwortlich gemacht werden. Aber wenn die falsche Diagnose auf seine ungründliche und pflichtwidrige und auf seine mangelhafte Berufskennisse zurückgeht, hat er für den daraus entstehenden Schaden einzustehen. Vor der Übernahme der Behandlung ist er verpflichtet, zu prüfen, ob er dazu gewachsen ist.

Der Arzt handelt *leg artis*, wenn er die am Wohle des Patienten ungefährlichste und am meisten erfolgsversprechende Heilverfahren eingegriffen hat. Er muss den Patienten nach dem augenblicklichen Stand der Medizin geltende Methode und Medikamente behandeln. Wenn er ohne Rechtsfertigungsgrund (wie Notstand) eine überholte oder unprobte und deren Wirkung noch nicht allgemein bekannte Medikamente und Heilverfahren angewendet hat, handelt nicht *leg artis*.

Zu den zukünftigen Recht ist es zu sagen, dass man sich mit den generellen Bestimmungen des BGB und StGB nicht mehr begnügen darf und eine Rechtsklarheit über die Rechtslage des Patienten und Arztes durch die Sondernbestimmungen geschaffen werden soll, weil das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patienten nicht weniger wichtiger als das zwischen Vermieter und Mieter oder Kommissionär und seiner Kunden ist. Das Schwerpunkt der Neuregelung soll bei der Beweisfragen und bei der Aufklärung und Einwilligung des Patienten liegen. Schliesslich ist es eine Haftpflichtversicherung für die Ärzte hierzu empfehlenswert.

BİBLİYOGRAFYA

- Bayraktar — Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972.
— Organ ve Doku Alınması ve Saklanması Hakkındaki Kanuna İlişkin Düşünceler. CH ve Kriminoloji D. 1979 s. 2.
- Bauman Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl.
- Böth Die Medizinische Humenexperimente, NJW 67, 1493
- Brand Die Grenzen der Persönlichen Arzthaftung, Mainz 1965.
- Deutsch — Fahrlässigkeit und Erforderliche Sorgfalt, Kiel 1963.
— Zurechnungsfähigkeit und Verschulden, JW64, 86
— Haftungsrecht, 1976.
— Das Therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung des Patienten, NJW 80, 1305.
- Ebemeyer-Lobe
- Rosenberg Kommentar zum StGB, 4. Auflage
- Engisch Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930
- Gebauer Zur Zulaessigkeit aertzlicher Experimente, Wien 1949
- Gaupp Beweisfragen im Rahmen aertzlicher Haftungsprozesse, Tübingen, 1969.
- Kohlhaas Probleme der Arzthaftung, Vers R 55, 74.
- Krönig Die Bedeutung des Kunstfehler für die Haftung des Arztes nach § 823 BGB I, Göttingen, 1974
- Larenz Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. München, 1979.

- Laufs —Die Verletzung der Aertzlicher Aufklaerungspflicht
NJW 74, 2025.
- Die Entwicklung des Arztrechts, NJW 80, 1315.
- Lobe Rechtsbegriff der Groben Fahrlaessigkeit, Vers R
68, 1315.
- M. urach Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl.
- Mezger Strafrechtliche Verantwortung für die aertzliche
Haftung in ZS Gesamte Gerichtliche Medizin,
Band 42.
- Nipperdey Sozialadaequanz, Fahrlaessigkeit und Schuld, NJW
57, 1777.
- Petersen Haftung des Arztes in der Rechtssprechung, DRIZ
62, 234.
- Schmitt Der Arzt im Strafrecht, 1969.
- Schönke-Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage
- Schreiber Wahrheit am Krankenbett (Sonderdruck), 1979.
- Seliçi İnşaat Sözleşmesinde Mütעהhidin Sorumluluğu,
İstanbul, 1978.
- Spann Aertzliches Recht - und Standkunde, München
1962.
- Spinner Aertzliches Recht, Berlin, 1914.
- Stratenwert Arbeitteilung und Aertzliche Sorgfaltspflicht,
in Fe.schrift für E. Schmitt s. 383.
- Wille Grundsätze des Nürnberger Aertzteprozesse, JW
49, 377.
- Wirschow Haftung der Aerzte, in Abhandlungen zur Medizin
Band II