

**T.C.
İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TIP HUKUKU ANABİLİM DALI**

MALPRAKTİS VE TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

MUSTAFA FAHREDDİN YAZICI

İSTANBUL 2022

**İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ TIP
HUKUKU ANABİLİM DALI**

MALPRAKTİS VE TAZMİNAT SORUMLULUĞU

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
MUSTAFA FAHREDDİN YAZICI
DANIŞMAN
Prof. Dr. ÜMİT GEZDER**

EYLÜL 2022

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt ederim.

Mustafa Fahreddin Yazıcı

Danışmanlığını yaptığım işbu tezin tamamen öğrencinin çalışması olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığını taahhüt ederim.

Prof. Dr. Ümit Gezder

İMZA SAYFASI

Mustafa Fahreddin YAZICI tarafından hazırlanan ‘Malpraktis ve Tazminat Sorumluluğu’ başlıklı yüksek lisans tezi, Tıp Hukuku Anabilim dalında hazırlanmış ve jürimiz tarafından kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Ümit GEZDER

Kurumu: İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Üyeler:

Dr. Öğr. Üy. Merve Ürem ÇETİNEL

Kurumu: İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Prof. Dr. Mehmet Deniz YENER

Kurumu: Marmara Üniversitesi

Tez Savunma Tarihi: 30.09.2022

ÖZET

MALPRAKTİS VE TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Mustafa F. Yazıcı

Yüksek Lisans Tezi, Tıp Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Ümit Gezder

Eylül, 2022. 146 Sayfa.

Türk hukukunda malpraktis ve hekimlerin yetki ve sorumluluklarını belirleyen bir mevzuat hali hazırda mevcut değildir. Yargıtay hasta-hekim arasındaki ilişkiyi genellikle vekalet ilişkisi olarak nitelendirmekte ve bu ilişkiden doğan uyuşmazlıkları vekalet ilişkisi çerçevesinde değerlendirmektedir. Ancak hasta-hekim arasındaki ilişki her zaman vekalet ilişkisi niteliğinde olmamakla birlikte, ilişkinin niteliği ve tabi olacağı hükümler birçok etkene göre de değişiklik gösterebilmektedir. Öğretide de hekim hasta ilişkisinin somut olayın özelliğine göre vekaletsiz iş görme, eser sözleşmesi ve haksız fiil hükümlerine tabi olabileceği belirtilmektedir. Benzer şekilde hasta-hastane ilişkisinde de hastanenin özel ve kamu hastanesi olup olmadığı, hastaneye kabul sözleşmesinin tam veya bölünmüş sözleşme niteliğinde olup olmaması somut olayın tabi olacağı usul ve esasları doğrudan etkilemektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, ortaya çıkacak hukuki neticeyi tayin etmektedir.

Hasta-hekim ilişkisinin mahiyetinin daha iyi kavranabilmesi adına ilişkinin tarihsel süreci ve hasta hakları alanındaki gelişmelerin dünya ve Türkiye üzerindeki yansımaların da incelendiği bu çalışma ile, malpraktis kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanacak hükümlerin taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre farklılık gösterdiğinin izah edilmesi amaçlanmıştır.

ABSTRACT

There is currently no legislation in Turkish law that determines medical malpractice and the powers and responsibilities of physicians. The Supreme Court generally defines the relationship between the patient and the doctor as a proxy relationship and evaluates the disputes arising from this relationship within the framework of general provisions. However, although the relationship between the patient and the doctor is not always a proxy relationship, the nature of the relationship and the provisions that it will be subject to may vary according to many factors. In the doctrine, it is stated that the doctor-patient relationship may be subject to the provisions of employment without power of attorney, contract of work and tort, depending on the nature of the concrete event. Similarly, in the patient-hospital relationship, whether the hospital is a private or public hospital, whether the hospital admission contract is a full or divided contract, directly affects the procedures and principles to which the concrete case will be subject. Therefore, the legal nature of the relationship between the parties determines the legal outcome.

In this study, in which the historical process of the relationship and the reflections of the developments in the field of patient rights on the world and Turkey are examined in order to better understand the nature of the patient-physician relationship, it is aimed to explain with precedent decisions that the provisions to be applied in cases arising from medical malpractice differ according to the nature of the relationship between the parties.

İÇİNDEKİLER

BÖLÜM I	1
HASTA-HEKİM İLİŞKİSİNE DAİR TANIMLAMALAR.....	1
1. Giriş	1
2. Szasz, Hollender ve William Knoff'un Hasta-Hekim İlişkisine Dair Modellemeleri	2
2.1. Etkinlik-Edilgenlik (Aktif-Pasif)	3
2.2. Yol Gösterme-İş Birliği	4
2.3. Karşılıklı Katılım	4
3. Ezekiel J. Emanuel ve Linda L. Emanuel'in Hasta-Hekim İlişkisine Dair Modellemeleri	4
3.1. Paternalistik (Ataerkil) Model	6
3.2. Bilgilendirici Model	6
3.3. Açıklayıcı (Yorumlayıcı) Model	6
3.4. Görüşmeci Model.....	7
BÖLÜM II	9
HASTA HAKLARI KAVRAMI, TARİHSEL GELİŞİMİ VE HASTA HAKLARI HAKKINDA DÜZENLEMELER	9
1. Hasta Hakları Kavramı	9
2. Hasta Haklarının Tarihsel Gelişimi	10
3. Hasta Hakları	12
3.1. Sağlık Hizmetlerinden Faydalanma Hakkı	13
3.2. Bilgi İsteme Hakkı	13
3.3. Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değiştirme Hakkı	14
3.4. Personeli Tanıma, Seçme ve Değiştirme	15
3.5. Öncelik Sırasının Belirlenmesini İsteme	15
3.6. Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım İsteme Hakkı.....	15
3.7. Sağlık Durumu ile İlgili Bilgi Alma Hakkı	16
3.8. Kayıtları İnceleme, Kayıtların Düzeltilmesini İsteme Hakkı	17
3.9. Hastanın Özel Yaşamına Saygı, Gizlilik ve Mahremiyet.....	18
3.10. Tıbbi Müdahalenin Hastanın Rızasıyla Yapılması Hakkı	19
3.11. Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı	21
3.12. Diğer Haklar.....	22
4. Türkiye’de Hasta Hakları Düzenlemeleri.....	22

BÖLÜM III.....	25
HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	25
1. Genel Olarak	25
2. Bağımsız Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği	26
2.1. Vekalet Sözleşmesi.....	27
2.2. Vekaletsiz İş Görme İlişkisi	31
2.3. Eser (İstisna) Sözleşmesi	35
2.4. Haksız Fiil İlişkisi	38
2.5. Hekimin İfa Yardımcısının Eyleminden Doğan Sorumluluğu	45
2.6. Sorumlulukların Yarışması.....	49
3. Özel Hastane Hekimi ile Hasta Arasındaki İlişki	51
3.1. Özel Hastane Kavramı	51
3.2. Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	51
3.2.1. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	53
a. Hekimlik Sözleşmesi Olmadan Kurulan Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi ...	53
b. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	54
3.2.2. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi	55
3.3. Hastanede Sözleşmeli Çalışan Hekimin Hastaya Verdiği Zarardan Hastanenin Sorumluluğu	56
4. Kamu Hastanesi Hekimi ile Hasta Arasındaki İlişki	58
BÖLÜM IV	62
TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALE	62
.....	62
1. Genel Olarak;	62
2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları	65
2.1. Tıbbi Müdahalenin Ehil Kişi (Sağlık Personeli) Tarafından Gerçekleştirilmesi	65
2.2. Aydınlatılmış Hastanın Rızasının Alınması	68
2.2.1. Aydınlatılmış Onamın Hukuki Dayanakları	69
2.2.2. Aydınlatma Kavramı	72
2.2.3. Aydınlatma Kapsamı.....	73
2.2.4. Aydınlatmanın Şekli.....	75
2.2.5. Aydınlatılacak Kişi.....	76
2.2.6. Aydınlatma Yükümlüsü	78
2.2.7. Aydınlatma Çeşitleri	80

a.	Otonomi (Karar) Aydınlatması	80
b.	Teşhis Aydınlatması.....	81
c.	Tedavi Aydınlatması	81
d.	Riziko (Risk) Aydınlatması	82
2.2.8.	Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalktığı-Sınırlandığı Haller	83
a.	Aydınlatmadan Vazgeçme.....	83
b.	Acil Haller	84
c.	Aydınlatmanın Olumsuz Etkide Bulunması	84
d.	Hastanın Bilgisinin Bulunması	85
e.	Aydınlatmanın Anlamını Yitirmiş Olması.....	85
2.3.	Müdahalenin Meşru Bir Amaca Yönelik (Müdahale Gerekliliği) ve Tıp Biliminin Verilerine Göre Uygun Olması.	86
2.3.1.	Endikasyon (Gereklilik).....	86
2.3.2.	Özenli Tıbbi Müdahale	88
BÖLÜM V.....		90
MALPRAKTİS.....		90
1. Genel Olarak		90
2. Tıbbi Standart Kavramı		91
3. Malpraktis Ortaya Çıktığı Haller.....		93
3.1.	Tıbbi Uygulamada Hata Alanları Malpraktis Türleri.....	94
3.1.1.	Teşhis Hatası	94
3.1.2.	Tedavi ve Tedavi Sonrası Hata	97
3.1.3.	Tedavi Hizmetinin Organizasyonuna İlişkin Hata	98
3.1.4.	Hekimin Tedaviden Kaçınması veya Tedaviyi Geciktirmesi	99
a.	Mesleki Nedenler	100
b.	Şahsi Nedenler	101
4. Malpraktis Komplikasyon Ayrımı		103
5. Tazminat Sorumluluğu		106
5.1.	Genel Olarak.....	106
5.2.	Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Koşulları.....	107
5.2.1.	Hukuka Aykırılık.....	108
5.2.2.	Kusur	110
5.2.3.	Zarar	112
5.2.4.	İllyet Bağı.....	114

5.3.	İdarenin Tazminat Sorumluluğu	115
5.3.1.	Genel olarak	115
5.3.2.	Sorumluluk Şartları.....	118
a.	Hizmet Kusuru	118
b.	Zarar	122
c.	İllyet Bağı.....	123
5.4.	Tazminat Davasının Tarafları.....	124
5.4.1.	Davacı Taraf.....	124
a.	Hasta	124
b.	Mirasçılar.....	124
c.	Hasta Yakınları.....	125
5.4.2.	Davalı Taraf	126
a.	Hekim	126
b.	İdare ve Özel Hastane	126
5.5.	Malpraktis Davalarında Görevli-Yetkili Yargı Yeri	126
5.6.	Malpraktis Kaynaklı Tazminat Davalarında Zamanaşımı.....	130
SONUÇ.....		133
KAYNAKÇA		136

KISALTMALAR CETVELİ

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CMK.	: Ceza Muhakemesi Kanunu
D.	: Dairesi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HHY.	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İYUK.	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
JAMA	: The Journal of the American Medical Association (Türkçe : Amerikan Tabipler Birliği Dergisi)
K.	: Karar
m.	: Madde
ODASANHK	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
RG.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD.	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TDN.	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TMK.	: Türk Medeni Kanunu

TŞSTİDK. : Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

TTB. : Türk Tabipler Birliği

Vd. : ve devamı



BÖLÜM I

HASTA-HEKİM İLİŞKİSİNE DAİR TANIMLAMALAR

1. Giriş

Hasta ile hekim arasındaki ilişki; insanın henüz doğmadan başlayan ve yaşamı boyunca devam eden sağlık hizmetlerine duyduğu ihtiyaç karşısında hekimin bilgisinden kaynaklanan üstünlüğüne dayanmaktadır. Tıp biliminin fizik, kimya biyoloji gibi birçok farklı bilim dalını barındırması sebebiyle disiplinler arası bir bilim dalı olması, sürekli olarak değişmekte ve gelişmekte olması, tam anlamıyla bilinmesinin mümkün olmaması ve uygulamada bilgi-birikimin yanında el becerisi gibi sanatsal donanımların gerekli olması tıbbi diğer bilimlerden ayırdığı gibi hekimlik mesleğini de diğer meslek dallarından ayırmaktadır.

Tarih boyunca ele alınan tıbbi sorunlar farklı olsa da hasta-hekim ilişkisi her zaman tıp uygulamasının merkezinde bulunan bir konu olmuştur. Özellikle 20. Yüzyılda bilim ve tıp alanındaki gelişmelerle hızlanan ancak başlangıcı oldukça eskiye dayanan hasta-hekim ilişkisi bakımından belirli bir çerçeve ve birtakım kriterler oluşturma girişimleri söz konusu olmuştur. Antik çağa uzanan hekimlerin ve sağlık çalışanlarının mesleklerini onurla uygulayacaklarına dair ettikleri Hipokrat Yemini metni içerisinde dahi, mesleğin belirli ahlaki çerçeveler içerisinde icra edileceğine dair ifadeler yer almaktadır¹. Bunlardan birisi: *“Benden öldürücü bir ilaç istendiğinde ne vereceğim ne de buna benzer bir şeyi tavsiye edeceğim. Yine aynı şekilde gebe kadınlara cenini düşürmeleri için ilaç vermeyeceğim”* ifadesidir. Metin içerisinde yer alan bu ve buna benzer diğer ifadeler, o dönemin tıbbi ve toplumsal değerleri bakımından çeşitli ipuçları içermekle birlikte konumuz bakımından bilgisi itibarıyla üstün taraf olan hekime birtakım yükümlülükler tevdi edildiğini ve hekimin uygulamasına yön verildiğini göstermektedir.

Eski Mısır, Eski Yunan dönemlerinde ve hatta orta çağda da hasta-hekim ilişkisinin etkinlik-edilgenlik biçiminde olduğu görülmektedir². Bu dönemlerde toplumda

¹ Altuner İlyas, “Hipokrat Yemini”, *Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* Sayı: 7, Nisan 2015 s.4.

² Akt. Atıcı Elif, “Hasta-Hekim İlişkisi Kavramı”, *Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 33-1, 2007 s.46.

hekimin diğer insanlardan üstün kabul edilmesi, iyileştirici güçleri ile hastalara şifa dağıttığı inancının yaygın olması ve hekimlerin genellikle din adamı olması gibi birtakım unsurlar etkin-edilgen ilişki modelinin uzun bir süre varlığını sürdürmesini sağlamıştır. Etkinlik-edilgenlik temelli hasta-hekim ilişki modelinden katılımcı ilişki modeline geçiş sürecinin kırılım noktalarından birisi Fransız Devrimi'dir. 1789 Fransız İhtilali ile özgürlük-eşitlik fikirlerinin yayılımı temel nitelikli insan haklarını ön plana çıkarmış ve bu durum zaman içerisinde sağlık haklarında da yasal zemin oluşumuna vesile olmuştur.

2. Szasz, Hollender ve William Knoff'un Hasta-Hekim İlişisine Dair Modellemeleri

İkinci Dünya Savaşı sonrasında tüm dünyada yaşanan özgürlükler ve haklar ile ilgili ortak bilinçlenme süreci hasta haklarının ve hekim-hasta ilişkisinin farklı bir süzgeçten geçirilmesine olanak sağlamıştır. Bu gelişmeler neticesinde özellikle “hastanın tıbbi kararların verilmesindeki rolü” konulu tartışmalar yoğunlaşmış ve bu durum hasta-hekim ilişkisi türlerinin tanımlanmasına ve çeşitli modellemelerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Thomas Szasz ve March Hollender (1956) hasta-hekim ilişkisinin yere ve tıbbi probleme göre değiştiğini düşünerek hasta hekim ilişkisini: “etkinlik-edilgenlik”, “yol gösterme-iş birliği” ve “Karşılıklı katılım” olarak üç tür ilişki şeklinde tanımlamıştır³. Szasz, Hollender ve William Knoff tarafından kaleme alınan *“The Doctor-Patient Relationship And Its Historical Context”* yani *“Hekim-Hasta İlişkisi ve Tarihsel Bağlamı”* başlıklı makalesinde üç ilişki modeli şu tablo ile özetlenmiştir:

³ Başak Eryılmaz, Tıpta Büyük Veri Kullanımının Etkisi: Hasta Hekim İlişkisinde Yaşanan Dönüşüm, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020), s.51; Sedat Bostan, A Research on the Relationship Between Performance and Medicine Styles, Türkiye Klinikleri Sağlık Bilimleri Dergisi, (2017), 2(2), s.93.; Özgün Ünal, Hasta Hekim İletişiminin Hastanın Hekim Bağlılığına ve Hastane Bağlılığına Etkisi, (Sakarya Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2016, Sakarya), s. 33.

Hasta-Hekim İlişkisi Modelleri			
MODEL	Doktorun Rolü	Hastanın Rolü	Modelin Prototipi
1. Aktif-Pasif	Hastaya bir şeyler yapma	Alıcı (yanıt vermeden veya hareket etmeden)	Ebeveyn-bebek
2. Rehberlik- İş birliği	Hastaya yapması gerekeni söyleme	İşbirlikçi (itaat eder)	Ebeveyn-çocuk
3. Karşılıklı Katılım	Hastanın kendisine yardım etmesine yardımcı olma	Ortaklıkta katılımcı olma (uzman yardımını kullanarak)	Yetişkin- yetişkin

4

2.1.Etkinlik-Edilgenlik (Aktif-Pasif)

Aktiflik-pasiflik temeline dayanan ilişki, hastanın çeşitli nedenlerle tamamen edilgen olduğu, dolayısıyla hekimin hasta hakkındaki kararlarında kapsamlı yetkilere sahip olduğu ilişki modelidir. Zira hekimin rolü “hastaya birtakım müdahalelerde bulunmak” olarak belirtilmiştir. Bu model esas olarak hekimin hasta adına vereceği kararların hastanın yararına olduğu ve hastanın da kendi menfaatleri doğrultusunda verilecek bu karar bakımından rızasının bulunduğu varsayımına dayanmaktadır. Tablodan da görüleceği üzere Szasz ve Hollender bu modeli ebeveyn-bebek arasındaki ilişkiye benzetmektedir⁵. Hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu veya hastanın bilincinin yerinde olmadığı haller bu model için uygun birer örnektir.

⁴ Szasz S. Thomas, Knoff F.William, Hollender H. March, “The Doctor-Patient Relationship And Its Historical Context, s. 523. <https://www.upstate.edu/psych/pdf/szasz/doctor-patient-relation.pdf> (E.T. 02.01.2021); Ayrıca bkz. Serdar Özdemir, Tıp Eğitimi Sürecinin Öğrencilerin Hasta Hekim İlişkisine Yönelik Tutumları Üzerine Etkisi, (Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2013), s.14.

⁵ Muzaffer Öncü Dönmez, Biyopsikososyal Yaklaşım Konusunda Eğitim Alan Tıp Fakültesi Son Sınıf Öğrencilerinin Hasta Hekim Yönelimi Ve Empati Düzeylerinin Değerlendirilmesi, Bursa Uludağ Üniversitesi, Uzmanlık Tezi, Bursa, 2021), s.21.

2.2.Yol Gösterme-İş Birliği

Bu modelde hekim hastaya ne yapması gerektiğini açıklayan konumundadır. Hasta ise hekimin yönlendirmelerine uygun davranarak hekimle iş birliği içerisinde tedavi sürecine uygun davranmaktadır. Dolayısıyla hasta, hekimin yönlendirmelerini kabul eden, uygulayan ve Szasz-Hollender'in tabiriyle hekimin ortağı konumundadır. Bu model ebeveyn-çocuk ilişkisine benzetilmektedir.

2.3.Karşılıklı Katılım

Karşılıklı katılım modelinde, hekim ile hasta tanının konulmasından tedavinin belirlenmesine kadar yapılacak tüm uygulamalara birlikte karar verilmektedir. Karşılıklı katılım ilişkisinin var olabilmesi için hekim ve hasta arasındaki etkileşimin; eşit güce, karşılıklı bağımsızlığa ve eşit memnuniyete dayalı olması önemlidir⁶. Bu modelde hekimin rolü “*Helps patient to help himself*” yani “hastaya kendisine yardım edebilmesi için yardım etme” şeklinde tanımlanmıştır. Hastanın rolü ise katılımcı ortak olarak belirlenmiştir. Örneğin ruhsal hastalıklarda teşhis veya tedavi aşamalarında hastanın hekim kadar katılımcı olması ve hekime yardımcı olması gerekmekte olup bu durum karşılıklı katılım modeline güzel bir örnektir⁷.

3. Ezekiel J. Emanuel ve Linda L. Emanuel'in Hasta-Hekim İlişisine Dair Modellemeleri

Szasz ve Hollender'in tanımlamaları oldukça açık gibi gözükse de hasta ve hekime ait birtakım hakların çatışması sorununu gündeme getirmiş ve ideal hasta-hekim ilişkisinin sorgulanmasına neden olmuştur. Ezekiel J. Emanuel ve Linda L. Emanuel bu sorgulamalar neticesinde 1992 tarihinde “paternalistik model”, “bilgilendirici

⁶ M. Öncü Dönmez, a.g.e. s.22.

⁷ Atıcı, Elif. “Hasta-Hekim İlişkisi Kavramı”, *Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 33 (1) 45-50, 2007, s.47.

model”, “açıklayıcı model”, ve “görüşmeci model” şeklinde hasta-hekim ilişkisi için dört tür önermiştir⁸.

Dört Modelin Karşılaştırılması				
	Bilgilendirici	Yorumlayıcı- Açıklayıcı	Müzakereci- Görüşmeci	Paternalist
Hasta Değerleri	Tanımlanmış, belirlenmiş ve hasta tarafından bilinen	Gelişmemiş ve çelişkili, açıklama gerektiren	Ahlaki tartışma yoluyla geliştirmeye ve revizyona açık	Nesnel ve doktor ve hasta tarafından paylaşılan
Hekimin Yükümlülükleri	İlgili gerçek bilgilerin sağlanması ve seçilen müdahaleyi uygulama	İlgili hasta değerlerinin açıklanması ve yorumlanmasının yanı sıra hastayı bilgilendirmek ve hastanın seçtiği müdahaleyi uygulamak	Hastayı en takdire şayan değerler konusunda ikna etmek ve dile getirmek, hastayı bilgilendirmek ve hastanın seçtiği müdahaleyi uygulamak	Hastanın mevcut tercihlerinden bağımsız olarak hastanın refahını teşvik etmek
Hastanın Özerkliği Anlayışı	Tıbbi bakım üzerinde seçim ve kontrol sahibi	Tıbbi bakımla ilgili kendini anlama	Tıbbi bakımla ilgili ahlaki kişisel gelişim	Nesnel değerlere rıza göstermek
Hekimin Rolü	Yetkin teknik uzman	Danışman	Arkadaş veya öğretmen	Veli

9

⁸ Genco Görgü, Birinci Basamakta Sağlık Hizmeti Alan Hastaların Ego Durumlarına Göre Ortak Karar Verme Sürecindeki Beklentilerinin İncelenmesi, (Dokuz Eylül Üniversitesi, Uzmanlık Tezi, İzmir, 2020), s.12.; Ö. Ünal, a.g.e., s. 34.

⁹ Emanuel, Ezekiel J; Emanuel, Linda L., “Four Models Of The Physician-Patient Relationship”, JAMA, Nisan 22/29, 1992, Vol 267, No: 16 s. 2222.

https://www.unlv.edu/sites/default/files/story_attachments/1111/11.08.18%20SOM%20Journal%20Club%20Article.pdf (E.T. 02.01.2021).

Kısaca bu modelleri izah edelim:

3.1.Paternalistik (Ataerkil) Model

Ataerkil modelde kontrol hekimde olup hekim hastanın koruyucusu olarak nitelendirilmektedir. Hastanın özerkliği ile ilgili olarak bu modelde hekim nesnel değerlere göre hareket ettiğinden, hastanın sınırlı katılımı ile en doğru kararı verebilmektedir. Dolayısıyla hekim, hastanın tercihlerinden bir nevi bağımsız konumdadır. Bu bakımdan hekim kendisine göre en doğru seçeneğin uygulanması adına, hastaya seçmiş olduğu bilgileri vererek hastanın da onaylamasını sağlamaktadır. Burada hastanın seçimi ile sağlığı arasındaki çatışmada paternalist hekim tarafından hastanın sağlığı tercih edilmektedir¹⁰.

3.2.Bilgilendirici Model

Bu modelde hekim hastayı kendisine uygulanması muhtemel tıbbi müdahalelerden en uygununu seçebilmesi adına bilgilendirmektedir. Dolayısıyla bu modelde hastanın kendisine uygulanacak tedaviyi seçebilme hakkı ön plana çıkmaktadır. Teknik bilgilerin ön planda olduğu bu modelde; tedavi seçenekleri ve mevcut durum hakkında hastanın bilgilendirilmesi sağlanmakta, uygulanacak tıbbi müdahale-tedavi seçimi hasta tarafından yapılmaktadır¹¹.

3.3.Açıklayıcı (Yorumlayıcı) Model

Tıp bilimi asla tamamlanmayan ve doğrudan insanın yaşama biçimini etkileyen yapısı gereği bazı tıbbi durumlar içerisinde yoğun çelişkiler barındırabilmektedir. Bu tip durumlarda tek bir olay içerisinde iç içe çelişkilerin bulunması sebebiyle hastanın konu ile ilgili aydınlatılması ihtiyacı doğmaktadır. Bu bakımdan hekim, hastaya açıklama yaparken bir taraftan yorumlama yaparak hastanın değerlerini ve önceliklerini belirlemektedir. Açıklayıcı modelde hekim, yorumlama kabiliyeti ile hastanın yaşamını bir bütün hale getirmekte, bu sayede hastanın önceliklerini belirleyebilmektedir. Anlama ve yorumlama sürecinin akabinde hekim hastayı

¹⁰ Ö. Ünal, a.g.e., s. 34.; Görgü, a.g.e., s.13.; Atıcı, a.g.e., s. 47.

¹¹ Görgü, a.g.e., s.14. Atıcı, a.g.e., s. 48.

değerleri ve tıbbi müdahale seçeneklerinin bu değerler bakımından sonuçları konusunda aydınlatmaktadır¹². Zira uygulanacak müdahaleyi hasta belirlemektedir.

3.4.Görüşmeci Model

Görüşmeci modelde hekim, hastanın sağlığına ilişkin değerler hakkında aydınlatmak suretiyle hastanın en uygun seçimi yapabilmesine yardımcı olmaktadır. Görüşmeci modelde tedavi bakımından en makul seçenek bulunmamaktadır. Zira sağlık sorununun iyileştirilebilmesi, hastanın yaşam biçiminde birtakım değişikliklere sebep olacak nitelikte tıbbi müdahaleler ile mümkün olmaktadır. Dolayısıyla görüşmeci model kapsamında hekim durumu objektif olarak hastaya izah etmeli, hastanın sürece katılımı gerekli bilgilendirmeler ile sağlanmalı ve hekimin önerdiği uygulamadan ziyade hastanın yeterli bilgilendirme neticesinde yapacağı tercih esas alınmalıdır¹³.

Bahsetmiş olduğumuz bu ilişki modelleri hasta-hekim arasında yaşanması muhtemel birçok durumu kapsamaktadır. Ancak tıp biliminin yapısı, belirli bir modelde hemfikir olunmasını zorlaştırmaktadır. Nitekim bu modellerden farklı olarak Freidoson, Hayes ve Bautista veya Waitzkin/Stoecke tarafından da çeşitli modellemeler-tanımlamalar yapılmıştır¹⁴. Ancak hasta-hekim ilişkisini belirli ve sabit bir modelle tanımlamak halen mümkün olmasa da şu bir gerçektir ki; hekimin ilişki sürecini yönettiği, bir başka deyişle hastanın bütünüyle edilgen olduğu hasta-hekim ilişkisindeki geleneksellik yerini hastanın daha aktif rol aldığı bir ilişki biçimine bırakmıştır. Bu değişim ile hasta, edilgenlikten sıyrılıp ilişki sürecinde katılımcı ve söz sahibi konuma gelmiştir.

Tüm bu tarihsel süreç ve gelişmeler bir arada değerlendirildiğinde; karar alma inisiyatifinin otoriter hekimde olduğu ataerkil hasta-hekim ilişkisinin hastanın iradesini esas alan bir ilişkiye dönüşmesi, hastaların daha önce var olmayan birtakım haklar edinmesi, beklentilerin artması, sağlık sistemindeki sorunlar ve medyanın kamuoyu üzerindeki etkisi gibi birçok faktörün birtakım hukuki ve toplumsal sonuçları da beraberinde getirdiği görülmektedir.

¹² Görgü, a.g.e., s.15.; Atıcı, a.g.e., s. 48.

¹³ Özer, Onur, Şişli Etfal Eğitim Araştırma Hastanesi Polikliniklerine Başvuran Hastalarla Yapılan Anket Çalışması ile Hasta-Hekim İletişiminin İncelenmesi, (Uzmanlık Tezi, İstanbul 2007), s. 14-15.; Ö. Ünal, a.g.e., s. 35.

¹⁴ Eryılmaz, a.g.e., s. 50 vd.

Bu sonuçların başında, günümüz devletlerinin birçoğunun gündeminde yer aldığı gibi ülkemiz gündeminde de yer alan, hasta-hekim ilişkilerinden doğan başvuru ve şikâyet rakamlarının gösterdiği ciddi artış yer almaktadır. Ülkemizde yapılan çeşitli çalışmalar son yıllarda malpraktis iddialarında %40 ila %120 arasında artış yaşandığını göstermektedir¹⁵. Bu artışı, toplumun özellikle hakları konusunda bilinçlendiği şeklinde olumlu yorumlayanlar mevcut olsa da artışın birtakım olumsuzlukları da beraberinde getirdiği su götürmez bir gerçektir. Sağlık hukuku alanında mevzuattaki yetersizlik ve özellikle hekimin tazminat sorumluluğunu düzenleyen herhangi bir kanun maddesi bulunmayışı hukukçuları de zora sokmaktadır. 2006-2019 yılları arasında karara bağlanan Yargıtay kararlarının incelendiği bir araştırmada; Yargıtay’ın 70 hukuk davasının 66 tanesinde yerel mahkeme kararını bozma yönünde karar verdiği tespit edilmiş olup, bu oran oldukça yüksektir¹⁶.

Hekimlerin, tıbbi davalara konu olma, tazminat ödeme ya da itibar kaybı gibi endişeler sebebiyle tıbbi müdahalede bulunmama veya müdahaleyi geciktirme eylemini ifade eden defansif tıp uygulamasının yaygınlaşması da bu olumsuzlukların başında gelmektedir. Hekim/sağlık personeli hatası konulu şikâyet ve davaların ciddi biçimde artması, sağlık çalışanlarının haklarında dava açılması endişesi, tanı koymada tereddüt, hastanın yakınlarının şiddetine maruz kalma yahut şikâyet edilme korkusu vb. nedenlerle sorumluluk almama gayreti, “zarar verme” düşüncesi ile hastaya doğrudan müdahalede bulunmama yani “defansif tıp” kavramını ortaya çıkarmıştır.

Tüm bu gelişmeler, bireyin sağlık hizmetlerinden yararlanmasının bir “hak” olarak nitelendirilmesi ve insan hakları alanında meydana gelen gelişmeler ile sıkı sıkıya bağlantılıdır. Zira hasta kendisine tanınmış olan haklara istinaden hekim ile arasındaki ilişkide etkin ve söz sahibi olabilmektedir.

¹⁵ Akt. Oğuz Polat, Işıl Pakiş, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”, *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi* Cilt: 2, Sayı: 3, Temmuz 2011, 119-125, s.124.

¹⁶ Zeynep Şeker, *Malpraktis Davalarında Aydınlatılmış Onam ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi*, (Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi, Uzmanlık Tezi, Adana 2020), s. 68.

BÖLÜM II

HASTA HAKLARI KAVRAMI, TARİHSEL GELİŞİMİ VE HASTA HAKLARI HAKKINDA DÜZENLEMELER

1. Hasta Hakları Kavramı

Giriş kısmında hekim-hasta ilişkisinin hekimi merkeze koyan paternalist ilişki biçiminden hasta merkezli bir ilişki biçimine evirildiğinden bahsetmiştik. Bu değişimin toplumsal sonuçlarından birisi de sağlık hakkıdır. Günümüzde sağlık hakkı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi gibi birçok uluslararası metinde kabul edilmiş bir insan hakkıdır¹⁷.

Anayasa'mızın 17. Maddesinde de belirtildiği üzere her bireyin; yaşama ve maddi ve manevi varlığını koruma- geliştirme hakkı bulunmaktadır. Bireylerin gerek yaşama gerekse maddi manevi varlıklarını koruma ve geliştirme hakları ise bireylerin ancak sağlık imkanlarından faydalanabilmeleri ile mümkündür.

İnsan haklarının sağlık hizmetlerinin sunumundaki tezahürü olarak kabul edilen hasta hakları genel itibarıyla; bireylerin sürekli biçimde iyilik halinin sağlanmasını, bu iyilik halinin hastalık söz konusu değilken koruyucu sağlık hizmetleri aracılığı ile sağlanmasını, hastalık halinde ise tedavi edici sağlık hizmetleri ile iyilik halinin sağlanmasını isteme hakkı olarak ifade edilmektedir¹⁸. Türk hukukunda hasta haklarının bir arada düzenlendiği Hasta Hakları Yönetmeliği'nin¹⁹ 4. Maddesinde hasta hakları şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklarını ifade eder.”

¹⁷ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2019, s.86.

¹⁸ Harun Kırılmaz, Yasemin Fıçırcı, İsmail Şimşir, “Hasta Hakları Farkındalığına Yönelik Bir Araştırma” *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi* Yıl: 18 Sayı: 41, Temmuz-Aralık 2018, s. 236.

¹⁹ RG T. 01.08.1998, S. 23420.

Taneri, hasta haklarını Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, uluslararası anlaşmalar ve mevzuatlar ile koruma altına alınmış, sağlık hizmetlerinden yararlanan yahut yararlanmak isteyen her bireyin sahip olduğu haklar olarak tanımlamaktadır²⁰.

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere bireylerin sırf insan olmaları sebebi ile sahip oldukları hasta hakları, yaşam kalite ve konforunun korunması amacıyla sağlık hizmetlerinden en yüksek seviyede faydalanabilmelerine hizmet etmektedir.

Hasta hakkı özelinde, hekim-hasta ilişkisinde hasta aleyhine silahların eşitsizliği söz konusu olup, bu eşitsizliğin mümkün olduğunca dengelenebilmesi, zayıf olanın korunabilmesi ancak hastaya tanınan birtakım hakların varlığı ile mümkündür²¹.

2. Hasta Haklarının Tarihsel Gelişimi

Birinci bölümde izah edildiği üzere hastanın bütünüyle edilgen olduğu hasta-hekim ilişkisindeki geleneksellik yerini hastanın daha aktif rol aldığı bir ilişki biçimine bırakmıştır. Bu değişim ile hasta, edilgenlikten sıyrılıp ilişki sürecinde katılımcı ve söz sahibi konuma gelmiştir. Bu süreç, tüm dünyada hasta haklarını yeniden ele alma gereksinimi uyandırmış ve 1980 sonrasında dünya çapında mevzuatlara yön verecek nitelikte Lizbon Bildirgesi²² (1981), Amsterdam Bildirgesi²³ (1994) vb. pek çok bildiri yayınlanmıştır. Bu bildirgeler hukuki açıdan bağlayıcı nitelikte olmasalar da hasta haklarının neler olabileceği konusunda temel çerçeveyi çizmiş, güncel birçok mevzuat ve belgenin kaynağı olmuştur.

Hasta hakları ile ilgili ilk çalışmaların Amerika’da yapıldığı, Amerikan Hastaneler Birliği’nin 1972 yılında Hasta Hakları Beyannamesi’ni yayınladığı ve bu beyannamenin hasta hakları konulu yayınlanan ilk belge olduğu belirtilmektedir²⁴. Dolayısıyla hasta hakları ile ilgili gelişim sürecinin 1970’li yıllarda başladığı kabul edilmektedir.

²⁰ Gökhan Taneri, Hasta Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 13.

²¹ Nizamettin Aydın, “Hasta Haklarının Hukuki Boyutu Ve Korunma Yolları”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 22, Aralık 2008, s. 8.

²² World Medical Association Declaration on the Rights of the Patient, Eylül/Ekim 1981, <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2005/09/Declaration-of-Lisbon-1981.pdf> (E.T.11.08.2022)

²³ Declaration on the Promotion of Patient Rights in Europe, Amsterdam, 28-30 Mart 1994, http://www.nurs.uoa.gr/fileadmin/nurs.uoa.gr/uploads/Nomothesia_Nosilefton/Evropaika_keimena/eu_declaration1994_1_.pdf (E.T. 11.08.2022).

²⁴ Hakeri s. 87.

1981 Yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından 34. Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda kabul edilen Lizbon Bildirgesi temel hasta haklarının kabul edildiği ilk uluslararası yazılı metin niteliğini taşımaktadır²⁵. Lizbon Bildirgesi'nde temel hasta haklarının sayıldığı 6 madde yer almaktadır. Bu 6 madde şu şekildedir:

- *“Hastanın hekimini özgürce seçme hakkı vardır.*
- *Hastanın dışarıdan herhangi bir karışma olmadan klinik ve ahlaki yargılara özgürce varabilen bir hekim tarafından bakılmaya hakkı vardır.*
- *Hastanın, yeterli bilgileri aldıktan sonra tedaviyi kabul etmeye ya da yadsımaya hakkı vardır.*
- *Hastanın, kendisiyle ilgili tıbbi ve kişisel bilgilerin gizliliğine gereken saygıyı göstermesini hekimden beklemeye hakkı vardır.*
- *Hastanın, saygın bir şekilde ölmeye hakkı vardır.*
- *Hastanın, uygun bir dine bağlı bir din adamının yardımı da içinde olmak üzere, ruhsal ve ahlaki teselliye istemeye ya da yadsımaya hakkı vardır”²⁶.*

Bu 6 maddeye ek olarak bir de hekimlerin davranış biçimlerine yönelik düzenlemeler içeren bir paragraf bulunmaktadır. İlgili maddelerden de görüldüğü üzere Lizbon Bildirgesi'nde özetle; hastanın hekimini özgürce seçme hakkı, hastanın yeterli ölçüde bilgilendirilmesi yükümlülüğü, hastanın tedaviyi kabul veya reddetme hakkı ve hekimin sır saklama yükümlülüğü şeklinde; bilgilendirme, onay, mahremiyet ve özel hayat gibi temel nitelikli hasta haklarına yer verilmiştir. Devletler, 1990 yılı ve sonrasında özellikle hukuk ve sağlık sistemlerinde bu bildireler doğrultusunda revizeler gerçekleştirmiş ve bu gelişmeler geçen yüzyılın son yıllarında birçok ülkede yasal bir boyut kazanmıştır.

Dünya Tabipler Birliği'nin Bali'de gerçekleşen 47. Genel Kurul'unda Lizbon Bildirgesi II²⁷ kabul edilmiştir. 1981 Tarihli Lizbon Bildirgesi'ne nazaran daha kapsamlı olan bu bildirgede:

²⁵ Funda Işık Özcan, Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, (Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008) s.53.

²⁶ Füsün Sayek, Dünya Tabipler Birliği Avrupa Konseyi Birleşmiş Milletler Unesco Avrupa Tabip Birlikleri Forumu, Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi, Haziran 1998, Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, s. 28. https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf (E.T. 15.01.2021).

²⁷World Medical Association Declaration on the Rights of the Patient, Eylül 1995, <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2005/09/Declaration-of-Lisbon-1995.pdf> (E.T. 11.08.2022).

- Nitelikli Sağlık Bakımı Hakkı
- Seçim Özgürlüğü Hakkı
- Kendi Adına Karar Verme Hakkı
- Bilinci Kapalı Hasta
- Yasal Olarak Karar Verme Yetkisi Olmayan Hasta
- Hastanın isteği Dışında Prosedürler
- Bilgilendirme Hakkı
- Gizlilik hakkı
- Sağlık Eğitimi Hakkı
- Onur Hakkı
- Dini Yardım Alma Hakkı

Şeklinde hasta hakları 11 başlık halinde daha kapsamlı biçimde düzenlenmiştir.

Finlandiya'nın 1993 yılında Hasta Hakları Kanunu'nu kabul etmesi ise 1970'li yıllarda başlayan gelişim sürecinin ilk somut adımı olarak nitelendirilmektedir. Finlandiya'yı sırasıyla: *İsrail (1996)*, *Litvanya (1996)*, *İzlanda (1997)*, *Danimarka (1998)*, *Norveç (2000)*, *Gürcistan (2000)*, *Fransa (2002)*, *Estonya (2002)*, *İsviçre (2003)* gibi ülkeler takip etmiştir²⁸.

3. Hasta Hakları

Hasta hakları sağlıklı yaşama hakkını tamamlayan temel haklar arasında yer almaktadır. Sağlık hizmetlerinden yararlanmak isteyen hastaların sahip olduğu haklar Hasta Hakları Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Mevzuatımızda düzenlenen hasta haklarını temel başlıklar altında inceleyelim. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde hasta hakları; “sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı”, “sağlık durumu ile ilgili bilgi alma hakkı”, “hastanın özel yaşamına saygı, gizlilik ve mahremiyet”, “tıbbi müdahalenin hastanın rızasıyla yapılması hakkı”, “tıbbi araştırmalarda hasta sağlığının korunması hakkı” ve “diğer haklar” başlıkları altına düzenlenmiştir.

²⁸ Nizamettin Aydın, a.g.e. s. 7.

3.1.Sağlık Hizmetlerinden Faydalanma Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde zikredilen ilk hak sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkıdır. Hasta, adalet ve hakkaniyet ilkeleri uyarınca ihtiyaçlarına uygun biçimde sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına sahiptir. Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşların ve sağlık mesleği mensuplarının adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun biçimde hizmet verme yükümlülüklerini de kapsamaktadır²⁹.

Sağlık hakkı devlete saygı duyma, koruma ve yerine getirme olmak üzere üç tipte sorumluluk yüklemektedir. Devlet; kendi eylemleri ile herkesin eşit derecede sağlık hizmeti almasını engellememeli, sağlık hakkının 3. Kişilerce ihlal edilmesini engellemeli ve bireylerin sağlık hakkından yararlanmasını sağlamalıdır.

Hastaya sunulan sağlık hizmetinin de belirli kriterleri haiz olması gerekmektedir. Sağlık hizmetlerinin sunumu bakımından değerlendirme yapılabilmesi için mevcudiyet, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik ve kalite kriterleri belirlenmiştir³⁰. Bu kriterler kapsamında sağlık kurum ve kuruluşları, tıbbi malzemeler ve sunulan hizmetler ülke genelinde yeterli seviyede ve mevcut olmalı; herkes, sağlık kurum ve kuruluşlarına, sağlık hizmetlerine erişebilir pozisyonda olmalı; sağlık kuruluşları ve hizmetleri tıp etiğine saygılı biçimde tasarlanmalı ve tüm sağlık hizmetleri tıp biliminin gereklerine uygun biçimde sunulmalıdır.

3.2.Bilgi İsteme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 7'de düzenlendiği üzere hasta, sağlık hizmetlerinden ne şekilde yararlanabileceğine dair bilgi alma hakkına sahiptir. Bu hak, hangi sağlık

²⁹ Bkz. HHY m. 6: “Hasta, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlıklı yaşamının teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere, sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir. Bu hak, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içerir.”; Hakeri, a.g.e., s. 89.; Alaattin Fırat, Türkiye Sağlık İşletmelerinde Hasta Hakları ve Sorumlulukları, *İstanbul Gelişim Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, (2), Eylül, 2017, s. 163. 157-173.; Emine Arslan, Türkiye’de Hasta Hakları, (Beykent Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010), s. 60.; İsa Yıldırım, Tüketici Olarak Hasta Hakları, (Gediz Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2015), s. 75.

³⁰ Nazmi Zengin. “Sağlık Hakkı” Ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu”, *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, (2010), 1 (1) , 44-52, s.49.

kurum veya kuruluşlarından ne şekilde hizmet alabileceğini, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından verilen hizmet ve imkanların neler olduğunu öğrenme haklarını da kapsamaktadır.

Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastayı bu minvalde bilgilendirebilmek adına bünyesinde bir birim oluşturmakla yükümlüdür. Yine ilgili kurum ve kuruluşlar, oluşturacakları bu birimde hastalardan gelecek bilgi taleplerine yeterli kesinlik ve açıklıkta karşılık verebilecek nitelikte bir personeli daimî olarak istihdam etmekle yükümlüdür.

Hastalara verilen bilgilerin, hastaların istediği bilgilerle uyumlu olması gerekmektedir. Hakları konusunda bilgi sahibi olmayan, çekingen yahut ürkek yapıdaki hastaların bilgi talep etmekten imtina edeceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan başta hekimler olmak üzere tüm sağlık meslek mensupları hastaların sorunlarını paylaşabileceği, rahat biçimde bilgi talebinde bulunabileceği güven ortamını oluşturmakla yükümlüdürler.

3.3.Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değiştirme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği 8. Maddesinde düzenlendiği üzere hasta özel sektörde veya kamu sektöründe çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın hekimini, hastanesini teşhis veya tedavi aşamalarının herhangi birisinde özgürce değiştirme hakkına sahiptir³¹. Hasta Hakları Yönetmeliği 8. Maddesinde belirtildiği üzere hasta kuruluşunu mevzuattaki sevk sistemine uygun olmak şartı ile değiştirebilmektedir. Ancak, sağlık kuruluşunu değiştirmenin hayati tehlikeye yol açıp açmayacağı yahut sağlığını tehlikeye sokacak herhangi bir durum var ise bu hususlarda hastanın hekim tarafından aydınlatılması ve sağlık kuruluşunun değiştirilmesinde tıbben herhangi bir sakınca bulunmaması gerekmektedir. Dolayısıyla hastanın sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkının sınırlandırıldığı durumlar mevcuttur³².

³¹ Hakeri, a.g.e., s. 90.; Emine Arslan, a.g.e., s. 64-65.

³² Fırat, a.g.e., s. 164.; İsa Yıldırım, a.g.e., s. 78.

3.4. Personeli Tanıma, Seçme ve Değiştirme

Hasta, kendisine sağlık hizmeti sunacak olan veya sunmakta olan hekim yahut sağlık mesleği mensuplarının kimlik ve unvanlarını öğrenme ve bu kişileri seçme – değiştirme hakkına sahiptir³³. Hasta Hakları Yönetmeliği 9. Maddesinde, hastanın talebi halinde kendisine sağlık hizmeti verecek veya vermekte olan hekim ve diğer personellerin kimlik, görev ve unvanları hakkında bilgi verileceği açıkça ifade edilmiştir. Yine maddenin devamında: “*mevzuat kapsamında belirlenmiş usullere uyulmak koşulu ile*” şeklinde bir şart belirtilmiştir.

3.5. Öncelik Sırasının Belirlenmesini İsteme

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 10 uyarınca sağlık kurum veya kuruluşlarının imkanlarının yetersiz olması gibi herhangi bir sebeple sağlık hizmeti zamanında sunulamayan hasta, öncelik hakkının tıp biliminin gereklerine uygun ve objektif olarak belirlenmesini talep etme hakkına sahiptir.

3.6. Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım İsteme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği 11. 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.*” Şeklinde hastanın modern tıbbın gereklerine uygun olarak teşhis, tedavi ve bakım işlemlerinin yapılmasını talep etme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Yine bu husus “*Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.*” şeklinde Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi³⁴ 13. Maddesinde de hüküm altına alınmış, tıbbi gereklere uygun teşhis ve tedavi sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla hekim, mesleki deneyimine, tıp biliminin gereklerine ve somut olayın özelliklerine göre uygun düşen tedaviyi uygulamalıdır³⁵.

³³ Hakeri, a.g.e., s. 91. Fırat, a.g.e., s. 164. Emine Arslan, a.g.e., s. 65.; İsa Yıldırım, a.g.e., s. 80.

³⁴ RG T. 19.02.1960, S. 10436.

³⁵ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 66.; Ayan, a.g.e., s. 66.; Ayrıca Hakeri, bu hakkın garantilenmesi adına hekimlerin devamlı eğitim alarak koruma sağlamaları gerektiğini ve kullanılan tıbbi cihazların uygun bir şekilde korunması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Hakeri, a.g.e., s. 93.

Tıp biliminin gereklerine uygun teşhis ve tedavinin sağlanması doğrudan sağlık kurum veya kuruluşunun fiziki yeterlilikleri ile de bağlantılıdır. Sağlık kurum veya kuruluşlarının; personel sayısı, fiziki yapısı, teknik cihazlar ve personelin bilgi-beceri yeterliliği gibi gereksinimleri karşılaması gerekmektedir. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği m. 39'da: *"Hasta, kişilik değerlerine uygun bir şekilde ve ortamda sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkına sahiptir"* Şeklinde bu konuya verilen önem gösterilmiştir³⁶.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin bebeğin down sendromlu doğmasında doktorun teşhis ve takip yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle sorumluluğu bulunduğu iddiasından kaynaklanan tazminat istemli dava hakkında vermiş olduğu 24.11.2020 tarihli kararda: *"Mahkemece, üniversitelerin ilgili ana bilim dallarından seçilecek, konularında uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile davalıların hukuki konum ve sorumluluğu, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, çekilen renkli doppler kayıtları incelererek küçüğün o tarihte anılan kayıtlara göre down sendromlu olduğunun anlaşılıp anlaşılmadığının araştırılması gerekir."* Şeklinde hekimin teşhis yükümlülüğüne atıf yaparak Bölge Adliye Mahkemesi'nin ret kararını bozmuştur³⁷.

3.7.Sağlık Durumu ile İlgili Bilgi Alma Hakkı

Kavram olarak "bilgilendirme", Hasta Hakları Yönetmeliği 4. Maddesinin (ğ) bendinde: *"Yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesini"* şeklinde tanımlanmıştır. Bilgilendirme, hastaya uygulanacak tıbbi müdahale hakkında hastanın tıbbi müdahale bakımından serbestçe karar verebilecek duruma gelmesine hizmet etmektedir³⁸.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Bilgilendirmenin Kapsamı" m. 15'de; hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne

³⁶ E. Arslan, a.g.e., s. 73.

³⁷ Yargıtay 3. H.D. E. 2020/7340 K. 2020/6970 T. 24.11.2020, (Kazancı İçtihat Bankası) E.T. 07.04.2022.

³⁸ Ayan, a.g.e., s. 71.; Gültezer, Hatırnaz Erol, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara, 2013, s. 113.; Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003., s. 225.

şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, olası komplikasyonları, müdahaleyi reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında hastaya bilgi verileceği düzenlenmiştir.

Hastanın sağlık durumu hakkında güncel ve doğru biçimde bilgilendirilmesi teşhis ve tedavinin hukuka uygunluğu açısından önem arz etmektedir. Hasta, teşhis ve tedavi işlemlerinin her aşamasında sağlık durumu hakkında bilgi talep edebilir. Hastanın talebine uygun ve doğru biçimde bilgilendirilmesi ile teşhis ve tedavi işlemlerine hür iradesi ile katılımı sağlanmaktadır. Hastanın sağlık durumu hakkında bilgilendirilmesi hastanın farklı birçok hakkı ile de bağlantılıdır. Örneğin hasta, her aşamada teşhis ve tedavi işlemlerini reddetme hakkına da sahip olup, hastanın bu hakkını kullanabilmesi için sağlık durumu hakkında yeterli derecede bilgilendirilmiş olması önem arz etmektedir.

Bilgi verilmesi uygun olmayan durumlar da söz konusu olabilir. Bu hallerde hastanın psikolojisi üzerinde olumsuz etkiye bulunmak sureti ile hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması uygundur. Hasta Hakları Yönetmeliği 19. Maddesinde: *“Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.”* Şeklinde ifade edildiği üzere tedavisi olmayan bir teşhis, yalnızca bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya bildirilebilir³⁹.

3.8.Kayıtları İnceleme, Kayıtların Düzeltilmesini İsteme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 16’da: *“Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.”* Şeklinde hüküm altına alındığı üzere; hasta

³⁹ Hakeri, a.g.e., s. 337.; Fırat, a.g.e., s. 165.

yahut temsilcisi, hakkında tutulan kayıtları inceleme ve kayıtlardaki yanlışlıkların, eksikliklerin düzeltilmesini talep edebilir. Yine hükümde de belirtildiği üzere bu kayıtlar yalnızca hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.

3.9.Hastanın Özel Yaşamına Saygı, Gizlilik ve Mahremiyet

Hukuki anlamda kişi kavramı, hak ehliyetine sahip varlıkları ifade etmektedir. Başka bir deyişle kişi, birtakım hak ve borçlara sahip olabilen varlıklardır⁴⁰. Kişinin hak ve fiil ehliyetleri dışında, yalnızca insan olması nedeniyle mevcut olan maddi ve manevi menfaatleri üzerindeki haklarının tümü, onun kişiliğini oluşturur⁴¹. Kişilik hakkı, maddi ve manevi kişisel değerleri içinde barındırmaktadır. Bu minvalde kişinin adı, özel hayatı, şeref ve haysiyeti manevi kişisel değerlerindendir⁴². Hastanın mahremiyetinin ihlal edilmesi de haysiyetin ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın kişilik hakkına saldırı olarak değerlendirilmektedir. Zira mahremiyet, kişisel değerler kapsamında kabul edilmektedir⁴³. Kişilik haklarının belirleyici özelliği ise, kişiye kişiliğine tecavüz edilmemesini istemek şeklinde mutlak bir hak bahşetmesidir⁴⁴.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin⁴⁵ 10. Maddesinde hastaların, sağlığını ilgilendiren bilgiler bakımından özel hayatına saygı gösterilmesini talep etme hakkı olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla bir bireyin sağlık durumuna dair elde edilen veriler gizli olmalı ve muhafaza edilmelidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği 21. Maddesinde her türlü tıbbi müdahale hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edileceği ifade edilmiştir⁴⁶. Sağlık

⁴⁰ Aydın Zevkliler/ M. Beşir Acabey/ Emre K. Gökyayla, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1999, s. 207.; Jale G. Akipek/ Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış, Birinci Cilt, İstanbul 2007, s. 229.

⁴¹ Mustafa Dural; Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013, 13. Basım, c.2, s. 9.; Sulhi Selahattin Tekinay, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, s. 202.; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, a.g.e., s. 211.

⁴² Funda I. Özcan, a.g.e., s.10.

⁴³ Yakup Korkmaz, Hasta Hakkı Olarak Özel Hayatın Korunması Bağlamında Beden Mahremiyeti, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi- Yıl 8, Sayı 15, Haziran 2020, s.590.

⁴⁴ Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2017, 8. Basım, s.95.

⁴⁵ RG T. 20.04.2004, S. 25439.

⁴⁶ HHY Madde 21: "*Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır, Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir, Her türlü tıbbi müdahale hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.*".

hizmetlerinde özel hayata saygı hakkı, hasta ve hekim arasında güven ilişkisinin sağlanması açısından son derece önemli bir işleve sahiptir. Hasta ancak özel hayatına saygı duyulduğu takdirde kendini güvende hisseder ve gerekli doğru bilgileri hekime verirler. Hastalar, hekime duyduğu güven duygusuna göre başka kimseler ile paylaşmayacakları pek çok sırrı hekimler ile paylaşırlar⁴⁷. Hasta sırrını yahut kendisi ile ilgili paylaştığı bilgilerinin gizli kalacağına inanır. Dolayısıyla sağlık çalışanları hastaların mahremiyetini en üst düzeyde korumakla yükümlüdür⁴⁸.

Hastanın özel yaşamına saygı gösterme yükümlülüğü, yalnızca hastaya dair elde edilen sağlık verileri yahut yapılan tıbbi müdahaleye dair bilgi ve veriler ile sınırlı değildir. Örneğin bir tıbbi müdahale esnasında dahi hastanın özel yaşamına saygı gösterme yükümlülüğü, tıbbi müdahalenin uygun ortamda yapılması ve müdahalenin yalnızca orada bulunması gereken kişiler nezdinde vücut bulmaktadır. Dolayısıyla hasta-hekim ilişkisinin başladığı andan itibaren, hastanın özel hayatına saygı gösterilmesi, gizlilik ve mahremiyeti ihlal edecek herhangi bir iş veya eylemde bulunulmaması gerekmektedir. Sözleşme'nin aynı maddesinin devamında yine hastaların bilgi talep etme ve öğrenme haklarına atıf yapılmaktadır.

3.10. Tıbbi Müdahalenin Hastanın Rızasıyla Yapılması Hakkı

Her insanın, yalnızca insan olmasından doğan vazgeçilemez, devredilemez, hukuka ve ahlaka aykırı biçimde sınırlanamaz kişilik hakları olduğundan bahsetmiştik. Kişinin yaşamı, sağlığı ve vücut bütünlüğü kişiliğine dahil kabul edilmektedir⁴⁹. Bu haklar, kişilik hakkı niteliğinde olup mutlak haklardır; dolayısıyla herkese karşı ileri sürülebilirler. Bu haklara yönelik hukuka aykırı müdahaleler Medeni Hukuk çerçevesinde mutlak hakkın ihlali olarak değerlendirilir ve haksız fiil olarak nitelendirilir⁵⁰. TMK⁵¹ m.24 hükmü uyarınca kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin

⁴⁷ Yakup Korkmaz, a.g.e., s.592.

⁴⁸ Gamze Şenyürek. Etik açıdan kişisel sağlık verileri ve korunması. Kişisel Sağlık Verileri II. Ulusal Kongresi Kitabı, 151-157, 03-04 Haziran (2017), İstanbul, s. 152.

⁴⁹ M. Kemal Oğuzman; Özer Seliçi; Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014 s. 159-160.

⁵⁰ Zafer Kahraman, "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016, s.482.

⁵¹ RG T. 08.12.2001, S. 24607.

kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırı kabul edilmektedir.

Tıbbi müdahale, ancak vücut bütünlüğüne veya insanın manevi bütünlüğüne yönelik bir davranış ile mümkün olur⁵². Dolayısıyla kişilik hakları kapsamında yer alan ve hukuk düzeninin mutlak ve vazgeçilmez kıldığı bu değerlere yapılan her türlü müdahale, kural olarak hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahaleler her ne kadar bireyin sağlığına, maddi manevi bütünlüğüne bir müdahale anlamına gelse de bu müdahalelerin temel amacı aslında bireyi iyileştirmek ve korumaktır. Ancak, bu amaçlar tek başına tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılmamaktadır. Vücut bütünlüğüne, dolayısıyla mutlak haklara yönelik müdahaleler temelde hukuka aykırı olmakla birlikte hukuk düzeni, kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkını sınırlı bir biçimde de olsa mümkün kılmıştır.⁵³ O halde, tıbbi müdahaleler niteliği gereği kişinin maddi manevi bütünlüğüne bir müdahale teşkil etmesi sebebi ile temelde hukuka aykırı kabul edilse de bu hukuka aykırılık hastanın rızası, hastanın üstün nitelikteki yararı ve üstün nitelikte kamu yararı gibi hukuka aykırılığı engelleyen nedenlerden biriyle ortadan kalkabilir; başka bir ifade ile yapılan müdahale hukuka uygun hale gelebilir⁵⁴.

Tıbbi müdahaleye yönelik hastanın göstereceği rıza, kişinin yaşama hakkı başta olmak üzere maddi ve manevi bütünlüğünü yakından ilgilendirmektedir. Bir bireyin maddi-manevi bütünlüğüne yönelik müdahaleler hukuka aykırılık teşkil eder. Bu noktada belirtmek gerekir ki, bir tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren en önemli unsur hastanın aydınlatılmış rızasıdır. Zira her tıbbi müdahale, bireyin vücut veya manevi bütünlüğüne yönelik bir eylem ile mümkün olur. Kişilik hakları arasında var olan ve hukuk düzeninin mutlak olarak nitelendirdiği değerlere yapılan her türlü müdahale, kural olarak hukuka aykırıdır⁵⁵. Dolayısıyla bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun

⁵² Saibe Oktay Özdemir, “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 1315.

⁵³ Işık-Yılmaz, Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, s.98, 2012, s. 389-410

⁵⁴ Merve Aysegül Kulular İbrahim, Rıza, Üstün İtelikte Özel Ve Kamusal Yarar Bağlamında Hukuka Uygunluk Nedenleri, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, Ocak 2020, s. 310.

⁵⁵ Z. Kahraman, a.g.e. s.483.; Sibel Adıgüzel, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 5, S. 19., Ekim 2014, s. 945-946.

olabilmesi için kural olarak tıbbi müdahaleye dair hastanın aydınlatılmış onamının alınması gerekmektedir⁵⁶. Aksi takdirde müdahale hukuka aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla hasta tıbbi müdahale hakkında yeterli derecede aydınlatılmalı, müdahaleye rıza göstermesi/göstermemesi hallerinde karşılaşılabileceği olası sonuçları hakkında bilgilendirilmelidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği 22. Maddesinde: “*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.*” Şeklinde belirtildiği üzere hiç kimse rızası olmaksızın tıbbi müdahaleye maruz bırakılamaz. Aynı Yönetmeliğin 24. Maddesinde: “*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir.*” Şeklinde tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının gerektiği net biçimde belirtilmiştir.

Yine Hasta Hakları Yönetmeliği 28. Maddesinde: “*Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz.*” Şeklinde belirtildiği üzere rıza hukuka uygun biçimde alınmış olmalıdır.

3.11. Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı

Hastanın tedaviyi reddetme hakkı ile ilgili gerek Anayasa’da gerekse diğer kanun ve uluslararası sözleşmelerde düzenlemeler mevcuttur. Anayasa’nın⁵⁷ 17. Maddesinde herkesin maddi-manevi bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkının olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Biyotıp Sözleşmesi’nin⁵⁸ 5. Maddesinde:

“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

...

⁵⁶ Nebahat Kayaer, “Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Doktora Tezi, İzmir 2012, s.164.; Hakeri, a.g.e., s. 263.

⁵⁷ RG T. 9.11.1982, S. 17863.

⁵⁸ RG T. 09.12.2003, S. 25311.

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.”

Denilerek açıkça sağlık alanındaki herhangi bir müdahalenin aydınlatılmış kişinin ancak müdahaleye rıza göstermesi ile yapılabileceği ifade edilmiştir. Yine aynı maddenin devamında ilgili kişinin dilediği zaman muvafakatini geri alabileceği de belirtilmiştir. Dolayısıyla tıbbi bir müdahale ilgili kişinin muvafakati kapsamında yapılmalıdır. Hasta tedavi başlamadan önce veya tedavi sırasında, yani dilediği zaman, vermiş olduğu rızayı geri alabilme imkanına da sahiptir.

Yine Hasta Hakları Yönetmeliği 5. Maddesinde, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 2. Maddesinde, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁵⁹’un 70. Maddesinde hastanın tedaviyi ret hakkına dair çeşitli düzenlemeler de mevcuttur.

Hastanın tedaviyi reddetme hakkı, tedavinin yapılmamasında hayati bir tehlike olmadığı durumlarda herhangi bir sorun oluşmasa da hastanın hayati bir tehlikesi olduğu halde tedaviyi reddetme hakkına saygı duyulması etik açıdan bir ikilem yaratmaktadır. Hasta karar verme yeterliliğine sahipse ve tedavinin reddine dair aydınlatılmış ise, hastanın tedaviyi reddetme hakkına saygı gösterilmesi gereklidir⁶⁰.

3.12. Diğer Haklar

Hasta hakları, hastaların diledikleri zaman faydalanabileceği, kolay erişebileceği, etkin ve tıbbi standartlara uygun hizmet alabileceği bir sağlık hizmetinin mevcut ve hazır bulunmasını kapsayacak kadar geniş bir içeriğe sahiptir. Bunun bir sonucu olarak hasta hakları sınırlı sayıda değildir. Tıp bilimi ve teknoloji alanındaki gelişmeler ve somut olayın özelliğine göre de hasta hakları gelişmektedir.

4. Türkiye’de Hasta Hakları Düzenlemeleri

Türkiye, dünyada hasta hakları alanında yaşanan gelişmelere kayıtsız kalmamıştır⁶¹. Hasta hekim ilişkisinin yazılı olarak düzenlendiği ilk belge niteliğindeki Tıbbi

⁵⁹ RG T. 14.04.1928, S. 863.

⁶⁰ Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Birinci Baskı, Mayıs 2010, Ankara Türk Tabipleri Birliği Yayınları, s. 28.

⁶¹ Hasta hakları kavramının 1960 ile 2000’li yıllar arasında Türk sağlık mevzuatında kronolojik olarak gelişimi için bkz. Güvercin, Cemal Hüseyin, Türkiye’deki Gelişimi Açısından Hasta Hakları Kavramı, (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2007), Ankara, s.124.

Deontoloji Nizamnamesi 19.02.1960 tarihinde resmî gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde doğal bir hak olarak tanınan sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkının sosyal adalete uygun bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla yapılması gerekenleri hazırlanacak bir program dâhilinde sosyalleştirilmesini sağlayan Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleşmesi Hakkında Kanun⁶² 1961 tarihinde resmî gazetede yayınlanmıştır⁶³.

2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun⁶⁴ 1979 tarihinde resmî gazetede yayınlanmıştır. Bu kanun kapsamında tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakline dair düzenlemelere yer verilmiştir⁶⁵.

Nüfus planlaması esaslarını, gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon ameliyelerini, acil müdahale halleri ile gebeliği önleyici ilaç ve araçların temin, imal ve saptanmasına ilişkin hususları düzenlemek amacıyla hazırlanan Nüfus Planlaması Hakkında Kanun⁶⁶ 1983 tarihinde resmî gazetede yayınlanmıştır.

Yine 01.08.1998 tarihinde kabul edilen Hasta Hakları Yönetmeliği de hasta haklarının tek çatı altında toplanmak suretiyle bir arada düzenlenmiş olması sebebi ile oldukça önemli bir düzenlemedir. Yönetmeliğin 1. Maddesinde de bu durum amaç başlığı altında şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bu Yönetmelik ... Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, diğer mevzuatta ve milletlerarası hukuki metinlerde kabul edilen "hasta hakları"nı somut olarak göstermek... amacı ile hazırlanmıştır.”

Yönetmeliğin 5. Maddesi ile sağlık hizmetlerinin sunulmasında 6 temel ilkeye uyulmasının zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu ilkeler uyarınca;

⁶² RG T. 12.01.1961, S. 10705.

⁶³ Hakan Cavlak; Dilek Bostancıoğlu, Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye'deki Sağlık Ve Hasta Hakları, IAAOJ, Social Science, 2015, 2(2) s.30

⁶⁴ RG T. 03.06.1979, S. 16655.

⁶⁵ Gürkan Sert, (2004). “Hasta Hakları”, Babil Yayınları, 1.Baskı, s.101.

⁶⁶ RG T. 27.05.1983, S. 18059.

- Sağlık hizmetinin her aşamasında yaşama hakkının en temel insan hakkı olduğu gözönünde bulundurulur.
- Sağlık hizmeti, kişinin yaşama hakkını, maddi manevi bütünlüğünü koruma haklarını ihlal etmeden, hastaya insanca muamelede bulunmak suretiyle icra edilir.
- Sağlık hizmeti kişinin ırkına, dinine, cinsiyetine veya sair farklılıklarına bakılmaksızın herkese eşit biçimde sunulur.
- Tıbbi zorunluluklar ve kanuni istisnalar haricinde kişinin rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.
- Hiç kimse, rızası hilafına ve Bakanlığın uygun oluru olmaksızın tıbbi araştırmalara tabi tutulamaz.
- Tıbbi zorunluluklar ve kanuni istisnalar haricinde hastanınzel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

BÖLÜM III

HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Sosyal ve ekonomik hayattaki borç/sözleşme ilişkilerini düzenleyen mevzuatlarda hasta ile hekim arasındaki sözleşme yer almamaktadır. Uluslararası bildiriler dışında yalnızca mesleki düzenlemelerin yer alması öğretide hekim ile hasta arasında kurulan ilişkinin niteliği bakımından farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu hukuki ilişki her ne kadar iş görme sözleşmesi olarak kabul edilse de Türk Borçlar Kanunu'nda⁶⁷ düzenlenen işgörme sözleşmeleri arasında yer almadığından bu ilişkinin birtakım kriterler esas alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu gerekliliğin önemi ise; bu ilişkilerden kaynaklanan olası uyuşmazlıklarda, belirlenecek hukuki ilişkinin niteliğine göre uygulanacak hukuk kuralları farklılık göstermesi ve farklı hukuk kurallarının da farkı neticeleri beraberinde getirmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluğun hukuki temelini tespit edilmesi ve çözüme kavuşturulabilmesi bakımından farklı tip ve görünümle ortaya çıkan bu ilişkilerin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Hasta ile hekim arasındaki ilişki, hastanın tedavi olma amacı ile hekime başvurması ve hekimin hastanın tedavisini üstlenmesi ile kurulmaktadır. Hakeri'ye göre bu üstlenme durumu bakımından herhangi bir sayı kriteri bulunmamakta ve bu sebeple hastanın hekim tarafından bir kez muayene edilmesi ile hukuki ilişkisi kurulmuş olmaktadır⁶⁸. Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki açık bir sözleşme ile kurulabileceği gibi, örtülü irade açıklamalarıyla da kurulabilir. Güven prensibine dayalı bu sözleşmesel ilişki ile hekim, gerekli tedaviyi uygulamak veya teşhisi koymak yükümlülüğünü üstlenirken, hasta da bir bedel/ücret ödeme yükümlülüğü altına girmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nda hasta-hekim ilişkisinin niteliği bakımından herhangi bir sözleşme tipi düzenlenmemiştir. Bu bakımdan taraflar arasındaki bu ilişkiden doğan

⁶⁷ RG T. 4.2.2011, S. 27836.

⁶⁸ Hakeri, a.g.e. s. 791.

tazminat konulu uyuşmazlıklarda tarafların sorumluluğu yine taraflar arasında kurulmuş olan sözleşme hükümlerine göre belirlenmektedir. Hakeri, hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisinin var olduğu durumlarda genel olarak bu sözleşmenin “Vekalet Sözleşmesi” niteliğini haiz olduğunun kabul edildiğini ifade etmiştir⁶⁹. Nitekim konu ile ilgili öğretideki hâkim görüş hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin vekalet sözleşmesi unsurlarına daha yakın olduğu yönündedir⁷⁰.

Genel kabul ve Yargıtay içtihadı⁷¹ bu şekilde olsa da hasta-hekim ilişkisinin hukuk sistemimizde özel bir sözleşme niteliğinde düzenlenmemiş olması öğretide sözleşmenin niteliği noktasında farklı görüşlerin oluşmasına sebep olmuştur. Nitekim somut olayın özelliklerine göre eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi yahut vekaletsiz iş görme hükümleri de gündeme gelebilmektedir.

2. Bağımsız Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği

Bağımsız çalışan hekimin hukuki sorumluluğu, vekalet ilişkisi, vekaletsiz iş görme ilişkisi, haksız fiil ilişkisi ve eser (istisna) sözleşmesi şeklinde hasta ile arasında dört ayrı ilişki biçiminde söz konusu olabilmektedir. Bu dört ilişki tipine ek olarak dürüstlük kuralları gereği “*culpa in contrahendo*”⁷² (sözleşme öncesi kusura dayalı sorumluluk) esaslı sorumluluk tipinin gündeme gelmesi de mümkündür⁷³.

⁶⁹ Hakeri, a.g.e. s. 793.

⁷⁰ Eraslan Özkaya, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2005. s.17; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I, 4. Bası, İstanbul, 2008. s.4; Mustafa R. Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul, 2002 s. 982; Mehmet Ayan, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991. s. 53; Hasan Erman, “Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, Bülent Davran’ a Armağan, İstanbul 1998, s.143-153. s. 143; Mehmet Demir, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane – Kamu Hastanesi Ayırımı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’ a Armağan, Ankara 2009, s. 263-283., s. 267; Zarife Şenocak, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998. s. 25; Cahide Tezel, Özel Hukuk Bağlamında Hekimlerin Hukuki Sorumluluklarının Nedenleri, (Beykent Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014), s.68.

⁷¹ Yargıtay 13. H.D. E. 2015/19700 K. 2017/10075 T. 23.10.2017, Yargıtay 13. H.. E. 2016/7750 K. 2017/8617 T. 27.9.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 04.01.2021.

⁷² Bkz. Ümit Gezder, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu, 1. Baskı, Şubat 2009, s. 10 vd.;

⁷³ Yılmaz Yördem, “Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 11, Sayı: 39, Temmuz 2019, s.137; Hakeri, a.g.e., s. 793.

2.1.Vekalet Sözleşmesi

“Hekimlik sözleşmesi”, hekimin tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde en uygun teşhisi koyma ve yaptığı araştırmalar sonucu en uygun tedavi yöntemlerini uygulamak ve gerekli tıbbi müdahaleyi yapma yükümlülüğünü, hastanın ise ücret ödeme yükümlülüğünü üstlendiği sözleşmeyi ifade etmektedir. Karşılıklı yükümlülüklerden anlaşılacağı üzere hekimlik sözleşmesi, her iki tarafa borç yükleyen nitelikte bir sözleşmedir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulabilmesi için her iki tarafın da fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir⁷⁴.

Hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu halde genel kabul sözleşmenin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu yönündedir⁷⁵. Vekalet sözleşmesi TBK m. 502/1’de: “*Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” Şeklinde tanımlanmış olup, aynı maddenin ikinci fıkrasında bu sözleşme hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiş iş görme sözleşmeleri bakımından da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. TBK m. 502/2 kapsamında değerlendirilen, bir başka deyişle iş görme borcu doğuran ancak Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmeyen sözleşmelere hekimlik sözleşmelerinin yanı sıra mimarlık sözleşmeleri, mühendislik sözleşmeleri, hukuk danışmanlığı sözleşmeleri gösterilmektedir⁷⁶. Hâkim görüş, hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin kanunda belirtilen “iş görme sözleşmesi” kapsamına girdiği ve bu sebeple ilişkinin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu yönündedir. Bu noktada, hasta-hekim ilişkisinin hangi gerekçelere dayanılarak Türk Borçlar Kanunu’nda geçen hizmet sözleşmesi veya iş sözleşmesi kapsamında değerlendirilmediği önem arz etmektedir. Bahsi geçen sözleşmenin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi esas olarak

⁷⁴ Fatma Begüm Yeşiller, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2019, s. 6. Nitekim Türk Medeni Kanunu 9. Maddesi uyarınca fiil ehliyetine sahip kimseler kendi fiilleri ile hak edinebilir ve borç altına girebilir.

⁷⁵ Çetin Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara, 1993, s. 20.; Hakeri, a.g.e. s.793; Ümit Gezder, Hekimin Yükümlülükleri, Tıp Hukuku Dergisi Özel Sayısı, Cilt.1, Sayı: 6, Yıl: 2014. s. 137.; Ulaş Can Değdaş, “Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, *Anadolu Üniversitesi Dergisi*, Cil:1 Sayı:6, Yıl:2008, s.45, Yılmaz Yördem, “Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 11, Sayı: 39, Temmuz 2019, s.135.

⁷⁶ Serhat Tay, Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu, (Hacettepe Üniversitesi 2017, Yüksek Lisans Tezi) s.4.

vekilin, hizmet veya iş sözleşmesinde olduğundan farklı olarak daha geniş bir hareket alanına sahip olmasından kaynaklanmaktadır⁷⁷. TBK’da tanımlanan hizmet sözleşmesinde bir bağımlılık ilişkisi söz konusudur⁷⁸. Vekalet sözleşmesinde ise hizmet sözleşmesinde olduğu gibi bağımlılık veya alt-üst ilişkisi söz konusu değildir⁷⁹. Nitekim hekimin hastayla arasındaki ilişkiden doğan yükümlülüklerini ifa ederken hastayla arasında bağımlılık yahut alt-üst ilişkisinin bulunması en başta hekimliğin özel uzmanlık gerektiren bir meslek olması sebebiyle kabul edilebilir nitelikte değildir. Ek olarak hizmet sözleşmesinin unsurları arasında “zamana bağlı iş görme” yer alırken vekalet sözleşmesinde böyle bir unsur bulunmamaktadır⁸⁰. Vekil sürekli bir iş görüyor ise vekalet sözleşmesi sürekli sözleşmedir. Buna karşılık vekilin gördüğü iş sürekli olmasa da uzunca bir zaman devam ediyorsa işgörme borcu zamana yayıldığı için vekalet sözleşmesinin sürekli sözleşme benzeri sözleşme olarak nitelendirilebileceği ifade edilmektedir. Ayrıca vekalet sözleşmesi duruma göre ani edimli de olabilmektedir⁸¹.

Vekalet sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran önemli özelliklerden birisi de asıl belirleyici olan unsurun sonuçtan ziyade işin görülme sürecinin⁸² olması ve sonucun gerçekleşmemesinin borcun ifası noktasında herhangi bir etkisinin bulunmamasıdır⁸³. Bir başka deyişle tedavi akdinde hekimin tedavi veya ameliyatın kendi kusuru olmaksızın başarılı olmaması rizikosu yoktur. Zira hekim tedavinin mutlak biçimde başarılı olacağını garanti edemez⁸⁴. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2016/24615 E. 2019/12860 K. sayılı içtihadında vekilin vekalet konusu işin görülmesi esnasında arzu

⁷⁷ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 19.; Hakeri, a.g.e. s. 793.

⁷⁸ Munise Gülen Kurt, “Estetik Müdahaleler İçin Kurulan Sözleşmelerde Cerrahin Yükümlülükleri”, Ankara Barosu Dergisi 78, (2020), (101-133) s. 118.

⁷⁹ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 19.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2020, s.726.; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınları, 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 637.

⁸⁰ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 19.; Eren, Özel Hükümler, a.g.e., s.726-727; Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 628.; Zeynep Bölükbaşı, Vekalet Sözleşmesi ve Vekilin Hesap Verme Borcu, Şubat 2020, s.3.; Firdevs Arslan, “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1, Haziran 2020, a.g.e. s.406.

⁸¹ Eren, Özel Hükümler, a.g.e. s. 716.

⁸² TBK m. 506/2 uyarınca: “vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.”

⁸³ Gezder, (Yükümlülük), a.g.e., s. 137.; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 435, Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 628.

⁸⁴ Ayan, a.g.e., s. 55; Firdevs Arslan, a.g.e. s. 407.; Hakeri, a.g.e., s. 180.

edilen neticeye ulaşamamasından sorumlu olmadığı ancak arzu edilen sonuca ulaşılması noktasında gösterdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı en ufak davranış, iş veya eylemlerden sorumlu olduğu belirtilmiştir⁸⁵. Dolayısıyla diğer sözleşmelerden farklı olarak vekalet sözleşmesinde iş görme borcu ön plana çıkarken sonuç unsurunun zorunlu nitelikte olmadığı görülmektedir. Keza hekimlik sözleşmesinde de hekimin başarısız tıbbi müdahalede herhangi bir kusuru olmadığı takdirde başarısız sonuçtan sorumlu olmamaktadır. Hekimlik sözleşmesinin bu özelliği, sözleşmenin vekalet niteliğinde olduğunun önemli bir delilidir.

Vekalet sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için; sözleşme konusunun bir iş görme teşkil etmesi, iş görmenin zaman kaydına tabi olmaksızın yapılması, vekilin yalnızca edim borcunu üstlenmesi ve edim sonucundan sorumlu olmayarak işi yapması unsurlarının varlığı yeterlidir. Bu unsurlar hekimlik sözleşmesine uyarlandığında; iş görme borcunun mevcut olduğu, iş görmenin herhangi bir zaman kaydına bağlı olmadığı, hekimin tedavi sonucunu garanti etmiyor olduğu görülmekte olup hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesine benzerliği oldukça açıktır.

Öğretide ve yargıda hekimlik sözleşmesi ağırlıkla vekalet sözleşmesi niteliğinde kabul edildiğinden ücret konusunda da vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelmektedir. Nitekim ücretin her iki sözleşme tipinde de zorunlu bir unsur olmaması bakımından da her iki sözleşme benzerlik göstermektedir. Vekalet sözleşmesinin düzenlendiği TBK m. 502’de sözleşmede herhangi bir ücret belirlenmişse veya teamülde ücret ödenmesi söz konusu ise vekilin ücrete hak kazanacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla hasta ile hekim arasındaki sözleşme bakımından ücret zorunlu bir unsur olmamakla birlikte öğretide vekilin teamül gereği ücrete hak kazanacağı görüşü hakimdir⁸⁶. Ek olarak teşhis ve/veya tedavi ücretsiz olarak yapılırsa dahi vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasına engel yoktur. Zira belirttiğimiz gibi TBK m. 502/2 gereği, ücret vekalet sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir⁸⁷. TBK m. 502/3 uyarınca vekil ancak sözleşmede özel bir hüküm mevcutsa

⁸⁵ Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 04.01.2021

⁸⁶ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 16.; Veysel Başpınar: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2004, s. 83.

⁸⁷ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 16.; Onur Boz, Avukatın Malpraktis Sorumluluğu, (Çankaya Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Aralık 2011) s.28.; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, Borçlar Hukuku Genel

ya da teamül varsa ücrete hak kazanmaktadır. Dolayısıyla vekilin ücret alma hakkı yoksa vekalet sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olacağı kabul edilmektedir⁸⁸.

Vekalet sözleşmesinin hizmet sözleşmesinden farklarını toplamak ve bu farkları hekimlik sözleşmesine uyarlamak gerekirse; hizmet sözleşmesi TBK 393. Maddesinde ifade edildiği üzere, işçinin işverene bağımlı olarak iş görmeyi üstlendiği, işverenin ise iş görme ediminin karşılığı olarak belirli bir ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme biçimidir. Dolayısıyla hizmet sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayıran ilk unsur ücrettir. Zira ücret hizmet sözleşmesinin zorunlu unsuru iken vekalet sözleşmesinin zorunlu unsurları arasında ücret bulunmamaktadır⁸⁹. Daha önce de belirttiğimiz üzere vekalet ilişkisinde vekil ancak sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde yahut teamül gereği ücrete hak kazanabilmektedir. Nitekim hekimlik sözleşmesi bakımından da ücret zorunlu bir unsur olmayıp hekimlerin sözleşmeden veya teamülden kaynaklı olarak ücrete hak kazandıkları kabul edilmektedir.

Yine vekalet akdinden farklı olarak hizmet sözleşmesinin tanımında; işçinin “belirli veya belirsiz süreli” çalışması şeklinde süre unsuruna yer verilmiştir. Vekalet akdinde bu şekilde herhangi bir süre unsuru bulunmamakta olup vekil, yalnızca iş görme borcunu özenle yerine getirmekle yükümlüdür. Bu açıdan da hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir zira hekimlik sözleşmesi ile hekim, tıbbi bilgi ve becerilerini belirli veya belirsiz süreliğine hastanın emrine özgülememektedir.

Hizmet sözleşmesinde işçi-işveren arasında bağımlılık ve alt-üst ilişkisi söz konusu iken vekalet sözleşmesinde vekil ile vekalet veren arasında herhangi bir bağımlılık

Hükümler Özel Borç İlişkileri, 29. Bası., Beta, İstanbul, 2020, s. 313 vd.; Firdevs Arslan, a.g.e. s. 405.; Türker Yalçınduran, Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007, s. 113.; Cahide Tezel, a.g.e. s. 69.

⁸⁸ Eren, Özel Hükümler, a.g.e. s.714,715. Eren, günümüzde “vekalet sözleşmesi ilke olarak ivazsız bir sözleşmedir” anlayışının özellikle bankalar, serbest meslek faaliyetleri vb. yönünden uygulama kabiliyetinin büyük oranda azaldığını, ivazlı vekalet sözleşmesinin kural, ivazsız vekalet sözleşmesinin ise istisna haline geldiğini de eklemektedir.

⁸⁹ Eren Özel Hükümler, a.g.e. s. s.726.; Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 471 vd.; Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017, s. 607.

yoktur⁹⁰. Vekil iş görme edimini vekalet verenin iş organizasyonundan bağımsız olarak gerçekleştirmektedir. Hekimlik sözleşmesinde de hasta ile hekim arasında herhangi bir bağıllık veya alt-üst ilişkisi olmadığı açıktır.

Vekalet ve iş sözleşmelerini ele alırken; vekilin iş görme borcu ile işçinin iş görme borcu karşılaştırıldığında birtakım benzerlikler bulunsa da ikisi arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle işçi, işverene bağımlı çalışmaktadır. Bu bağlamda işçi, işveren hesabına ve onun sorumluluğu altında iş görme borcunu yerine getirmektedir. Vekil ise, kural olarak, vekâlet verenin işletmesinden bağımsız olarak, kendi işyerinde bağımsız şekilde iş görme borcunu yerine getirmektedir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun⁹¹ 8. Maddesinde tanımlandığı üzere; iş sözleşmesinde işçi, işverene bağımlı olarak bir işin görülmesi edimini üstlenmekte ve hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi bu bağımlılıktan kaynaklı alt-üst ilişkisi doğmaktadır. Vekalet sözleşmesinde ise iş sözleşmesinde olduğu gibi bağımlılık veya alt-üst ilişkisi söz konusu değildir⁹². İş sözleşmesinin tanımından da anlaşılacağı üzere iş sözleşmelerinde işçinin belirli veya belirsiz süreli çalışması söz konusudur. Ancak vekalet ilişkisinde süre ögesi yoktur. Yine vekalet ilişkisinde ücret zorunlu bir unsur değilken iş sözleşmesinin ana unsurlarından birisi ücrettir⁹³.

2.2.Vekaletsiz İş Görme İlişkisi

Vekaletsiz iş görme, adından da anlaşılacağı üzere taraflardan birinin diğer tarafın yararına bir iş görme borcu içermesi sebebi ile Türk Borçlar Kanunu'nda iş görme sözleşmeleri arasında düzenlenmiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nda vekaletsiz iş görme tanımlanmamıştır. Vekaletsiz iş görme kısaca, vekalet ilişkisi olmadan bir başkasının işini görme şeklinde tanımlanabilir. Vekaletsiz iş görme ilişkisinden bahsedilebilmesi için; iş görme, işin başkasına ait olması, vekaletsizlik ve iş görme

⁹⁰ Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 471.; Zevkliler/ Gökyayla: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, a.g.e. s. 601; Eren, Özel Hükümler, a.g.e. s.726.; Firdevs Arslan, a.g.e. s.410.

⁹¹ RG T. 10.06.2003, S. 25134.

⁹² Aşçıoğlu, a.g.e., s. 17.; Hakeri, a.g.e., s. 793.; Zevkliler/ Gökyayla: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, a.g.e. s. 613.

⁹³ Zevkliler/ Gökyayla: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, a.g.e. s. 612-613.

iradesinin mevcut olması gerekmektedir. Vekaletsiz iş görme nedeni ile taraflar arasında kurulan ilişki sözleşme ilişkisi değildir⁹⁴.

Aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmayan hasta-hekim bakımından da vekaletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Hekimin vekaletsiz iş gördüğü durumlara en bariz örnek acil hallerdir. Acil hallerde hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi kurulması mümkün olmadığından vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilir⁹⁵. Örneğin hastanın bilincini kaybetmiş olarak hastaneye getirildiği durumda rızası alınmaksızın hekim tarafından tıbbi müdahalede bulunulması vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirilir. Normal şartlar altında hekim ancak hastanın rızası dahilinde tıbbi müdahalede bulunabilir. Ancak somut olayda hastanın rızasını almanın mümkün olmaması nedeniyle ve hastayı yaşatma amacı ile müdahalede bulunan hekimin fiili vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde hukuka aykırı sayılmaz⁹⁶. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 3'üncü maddesi gereği acil durumlarda yardımda bulunulması hekim bakımından bir zorunluluktur⁹⁷. Dolayısıyla bu tip acil durumlarda tıbbi müdahalede bulunan hekimin vekaletsiz iş görmüş olduğu kabul edilmektedir.

Yine bazı durumlarda hastanın rızası dışında tıbbi müdahalenin genişletilmesi gereken durumlar söz konusu olabilir. Bu tip durumlar bakımından hekimin hasta ile arasındaki sözleşmenin dışına çıkacak şekilde tıbbi müdahalede bulunabilmesi için; hastanın daha önce rıza verdiği tıbbi müdahaleden daha ağır riskler taşıması ve tıbbi müdahalenin geciktirilmesinin mümkün olmaması gibi birtakım şartların mevcut olması gerekmektedir. Bu şartlar mevcut ise hekim sözleşme dışında tıbbi müdahalede bulunabilecektir⁹⁸.

⁹⁴ Eren, Özel Hükümler, a.g.e. s. 907.

⁹⁵ Mustafa Kıcalıoğlu, Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2015, s.181.

⁹⁶ Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Konya, 1998, s. 219.

⁹⁷ Md. 3: “Tabip, Vazifesi Ve İhtisası Ne Olursa Olsun, Gerekli Bakımın Sağlanamadığı Acil Vakalarda, Mücbir Sebep Olmadıkça İlk Yardımda Bulunur.”

⁹⁸ Sera Reyhani Yüksel, “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 2016; 21(2): 793-804. (s.799)

Vekaletsiz iş görme öğretide, “gerçek” ve “gerçek olmayan” olarak iki başlık altına incelenmektedir. Gerçek-gerçek olmayan vekaletsiz iş görme arasındaki en belirgin fark iş görenin niyeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçek vekaletsiz iş görmede iş gören, iş sahibine yardım etmek amacıyla bir başkasının hukuk alanına müdahale etmektedir. TBK 526-528 sayılı maddeleri arasında gerçek vekaketsiz iş görmede iş görenin hukuki durumu, “işin görülmesi”, “sorumluluk” ve “iş görenin ehliyetsizliği” başlıkları altında düzenlenmiştir. TBK 526. Maddesinde: “*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.*” Şeklinde belirtildiği üzere vekaletsiz iş gören kimse, o işi iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun yapmakla yükümlü kılınmıştır. TBK 527. Maddesi uyarınca vekaletsiz iş gören işsahibine karşı her türlü kusurundan sorumlu kabul edilmektedir. Yine maddenin devamında işgörenin kural olarak işin kendisine bir menfaat sağlamadığını ileri sürerek sorumluluğunun hafifletilmesini isteyemez. Ancak işgören, bilerek ya da kusuru yüzünden bilmeyerek işsahibinin geçerli bir yasaklamasına rağmen işi görmekteyse beklenmedik halden de sorumlu kabul edilmektedir. TBK 529. Maddesinde: “*İşsahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür.*” Şeklinde gerçek vekaletsiz iş görmede iş sahibinin hak ve borçları düzenlenmiştir⁹⁹.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede ise müdahale, iş sahibine yardım amacı ile yapılmadığı gibi, tam tersine bir hakkı gasp etmek amacıyla yapılmaktadır¹⁰⁰. Bu sebeple gerçek olmayan vekaletsiz iş görme; iş görenin kendisinin veya üçüncü bir kişinin menfaatine olmak üzere kötüniyetli olarak başkasının işini haksız biçimde görmesi olarak ifade edilmektedir¹⁰¹.

⁹⁹ Eren, Özel Hükümler, a.g.e., s. 928.; Yavuz/Acar/Özen, a.g.e. s.752.

¹⁰⁰ Ece Başsüzel, Candan Yasan, “Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22, S.2, s.371.; Eren vekaletsiz işgörmeyi “iş gaspı” veya “işgörenin kendi işini görme” olarak da ifade etmiştir. Bkz. Eren, Özel Hükümler, a.g.e., s. 919.

¹⁰¹ Eren, Özel Hükümler, a.g.e., s. 919.

Hekim, hastanın rızasını alamadığı veya bilincinin kapalı olduğu acil durumlarda tıbbi müdahalede bulunduğu takdirde gerçek vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu kabul edilmektedir. Bu halde hasta rızasını açıklayamadığından hekim hastanın menfaatine olacak şekilde hastanın varsayılan iradesi doğrultusunda müdahalede bulunmalıdır. Ancak daha önceden hasta ile hekim arasında kararlaştırılmış bir konuya ilişkin yapılan ameliyat sırasında hasta ile kararlaştırılan konunun dışında bir müdahalede bulunduğu takdirde hekim, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olacaktır¹⁰².

TBK m. 527’te düzenlendiği üzere gerçek vekaletsiz iş görmede iş gören, her türlü kusurundan ve/veya ihmalden dolayı iş sahibine karşı sorumludur. TBK m. 527/2’de, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olduğu bir işi yapması durumunda, iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse iş görenin beklenmedik halden dahi sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla hastanın tıbbi müdahaleyi kabul etmeme yönündeki iradesi hukuka ve/veya ahlaka aykırı ise hekim gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahalenin objektif olarak gerekli olduğunu dolayısıyla hastanın ret iradesinin de mantıksız olduğunu ileri sürerek beklenmedik halden sorumlu olmaktan kurtulabilecektir. Ancak hastanın tıbbi müdahaleyi reddetme yönündeki iradesinin hukuka ve ahlaka aykırı olmadığı durumda hekimin sadece faydalı veya gerekli bulduğu gerekçesiyle hastanın reddettiği bir tedaviyi uygulaması, hekimin beklenmedik halden sorumlu olması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda, yani tıbbi müdahale hakkında aydınlatılmış hastanın tedaviyi reddetmesine rağmen müdahalede bulunması halinde hastanın uğradığı/uğrayacağı tüm zararlardan hekim sorumlu olacaktır¹⁰³.

Vekaletsiz iş görmede kural olarak görülen işin iş görene bir menfaat sağlamamış olması iş görenin sorumluluğunu hafifletmez. Ancak işin, iş gören tarafından iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapıldığı durumda, iş görenin sorumluluğunun daha hafif olarak değerlendirileceği hüküm altına

¹⁰² Zeynep Altun, “Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğunun İncelenmesi”, *Tıp Hukuku Dergisi*, Sayı 14, Ekim 2018, s.300; Musa Furkan Şahin, “Hekimin Gerçek Vekaletsiz İş Görmeden Sorumluluğu”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* (2019/1), s.144 vd.

¹⁰³ Sera Reyhani Yüksel, “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 2016; 21(2): s.802.

alınmıştır¹⁰⁴. Ancak bu hükmün vekaletsiz iş gören hekimlere uygulanması ile ilgili olarak farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre vekâletsiz iş gören hekimin sorumluluğu, sağlık gibi önemli bir kişisel değer uğrayacağı zararın ortadan kaldırılması nedeniyle daha az takdir edilmelidir. Aksi takdirde acil vb. durumlarda hekimler tıbbi müdahalede bulunmaktan çekinebileceklerdir. Diğer bir görüşe göre ise hekimler bakımından TBK kapsamında sorumluluğun hafifletilmesi hükümleri uygulanamaz niteliktedir. Zira bireyin vücut bütünlüğüne ve yaşam hakkına doğrudan doğruya müdahalede bulunan hekimin her hal ve şart altında özenli hareket etmesi gerekmekte olup, müdahalenin aciliyet barındırması, hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi için haklı bir sebep değildir. Hakeri de acil hallerde özen yükümlülüğünün hafifletilemeyeceğini belirtmektedir¹⁰⁵.

Üçüncü bir görüşe göre acil durumları ayrı ele almak gerekmektedir. Bu görüşe göre acil durumlar bakımından hekimin sorumluluğunun TBK m. 527 kapsamında hafifletilmesi, hasta-hekim arasındaki güven ilişkisini zedeleyecek olması sebebiyle kabul edilemezdir. Ancak hekimlerin tıbbi yardımda bulunmak zorunda olması ve hasta ile arasında daha öncesinde tesis edilmiş bir güven ilişkisi de bulunmaması nedeniyle hekimin göstereceği özenin ölçüsü daha hafif takdir edilebilmelidir¹⁰⁶.

2.3.Eser (İstisna) Sözleşmesi

TBK 470. Maddesinde eser sözleşmesi: “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanımdan hareketle eser sözleşmesinin unsurları; bir eser meydana getirme, eserin meydana getirilmesi karşılığında ödenecek ücret ve tarafların anlaşması şeklinde ifade

¹⁰⁴ Bkz. TBK Md. 527: “... Ancak işgören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.”; Eren, Özel Hükümler, a.g.e., s. 914.; Zevkliler/ Gökyayla: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, a.g.e. s. 643.

¹⁰⁵ Hakeri, a.g.e. s.824.

¹⁰⁶ Görüşler için bkz. Yüksel, a.g.e. s. 801.

edilmektedir¹⁰⁷. Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere eser sözleşmelerinde yüklenicinin meydana getireceği eser, yani ortaya çıkan sonuç ön plana çıkmaktadır¹⁰⁸. Ayrıca ücret eser sözleşmesinin zorunlu unsuru olup taraflar aralarında belirli bir ücret kararlaştırılmamış olsa dahi ücrete hak kazanılır¹⁰⁹.

Vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki en büyük fark, vekalet sözleşmesinde ortaya çıkacak sonuca dair herhangi bir taahhüt bulunmazken, eser sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmede belirlenen eseri meydana getirmeyi taahhüt etmesi, bir başka deyişle bir sonuç meydana getirmeyi taahhüt etmesidir¹¹⁰. Yargıtay 2016 tarihli bir kararında hekimin bir sonuç taahhüdü altına girdiği durumlarda somut olaya eser sözleşmesi uygulanacağı, zira vekalet sözleşmesinde bir sonuç taahhüdü bulunmazken eser sözleşmesinde yüklenicinin bir eser meydana getirme taahhüdü verdiği belirtilmiştir¹¹¹.

Yargıtay'ın çeşitli kararlarında yağ alma, protez diş yapımı, diş çekimi veya dolgu yapılması, protez damak yapımı, burun ameliyatı gibi estetik amaçlı tıbbi operasyonların eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹².

Dolayısıyla hasta ile hekim arasında bir eser sözleşmesi ilişkisi de söz konusu olabilmektedir. Yargıtay tedaviden ziyade güzelleştirme amaçlı cerrahi müdahale sözleşmelerini ağırlıklı olarak eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Yargıtay'ın 2020 tarihli bir kararında dava konusu sözleşmenin niteliği itibarıyla hekim ile hasta

¹⁰⁷ Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 534 vd.; Zevkliler/Gökyayla, a.g.e., s. 464 vd. Eser ve bedel unsurlarının eser sözleşmesine özgü olduğuna dair bkz. Muammer Öztürk/Zeki Gözütok, Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 2-3.

¹⁰⁸ Eren, Özel Hükümler, a.g.e., s. 596.; Sabire Paket, Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara, 2020, s. 31. Turan Şahin, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara, 2012, s. 29.

¹⁰⁹ Öztürk/Gözütok, a.g.e., s. 38.; Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 535-536.; Ücretin eser sözleşmesinin ana unsuru olduğuna dair bkz. Aşçıoğlu, a.g.e., s. 18.; Eren, Özel Hükümler, a.g.e..

¹¹⁰ Zevkliler/ Gökyayla: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, a.g.e. s. 483., Eren, Özel Hükümler, a.g.e. s.608.; Aydın Zevkliler, Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayıncılık, 2004, Ankara, s. 174.; “Bir eser meydana getirme” kavramı için bkz. Yavuz/Acar/Özen, a.g.e s. 534.; T. Şahin, a.g.e., s. 41.

¹¹¹ Zeynep Özcan, Ayşe Betül Özcanoglu, “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayırımına Bağlı İspat Sorunları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 8, Sayı 16, Aralık 2020, s.292.

¹¹² Bkz. Yargıtay 15. H.D. E. 2020/1808 K. 2020/2925 T. 9.11.2020; Yargıtay 15. H.D. E. 2020/1854 K. 2021/619 T. 3.3.2021, Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 27.03.2021.

arasında tedaviye ilişkin sözleşmeden farklı olduğu, zira karın gerdirmeye ve göğüs küçültme operasyonlarının eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir¹¹³. Ancak az da olsa estetik operasyonların vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği Yargıtay kararları da mevcuttur¹¹⁴.

Yine Yargıtay'ın 2017 tarihli kararında kepçe kulak operasyonunun eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmeye alınması gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁵.

Vekalet sözleşmesinde vekil, üstlendiği işi sadakat ve özen ilkelerince yerine getirmekle sorumlu olup ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulamazken, eser sözleşmesinde bir sonuç taahhüdü bulunduğundan hukuki sorumluluk daha ağırdır. Zira eser sözleşmesinde vekalet ilişkisinden farklı olarak, hedeflenen sonucunun mutlaka elde edilmesi ve teslim edilmesi amaçları güdülmektedir. Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleşen sonuç olup; sözleşme ve eklerine, fen ve tekniğe, sahibin ondan beklediği amaca uygun biçimde meydana getirilmelidir¹¹⁶. Bu borcun altına giren taraf, işi sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Ortaya çıkan sonuç, sözleşmede kararlaştırılan eserden farklı ise sözleşmedeki menfaat dengesi iş sahibi aleyhine bozulacaktır. Zira ortaya çıkan eserin iş sahibinin beklentilerini karşılayacak nitelikte olması gerekmektedir. Aksi takdirde eser ayıplı kabul edilecektir.

Yargıtay hatalı yüz gerdirmeye ameliyatından doğan tazminat davasında: *“Meydana getirilen eserin, iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde, sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan, eserin, fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özelliği taşıması gerekir. Aksi halde, ayıplı*

¹¹³ Yargıtay 15. H.D. 09.11.2020 T. E. 2020/1808 K. 2020/2925. Kazancı İçtihat Bankası E.T. 19.05.2021.

¹¹⁴ Bkz. Yargıtay 13. H.D. 2008/4519 Esas, 2008/10750 Karar ve 18.09.2008 tarihli kararında: *“Davacı yüzündeki kırışıkların giderilmesi için davalı doktorun yaptığı müdahalenin özensiz ve kusurlu olması nedeniyle kalıcı zararlara yol açtığı iddiası ile manevi tazminat istemiştir. Davanın temeli vekillik sözleşmesine ve özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır.”* Şeklinde estetik operasyon niteliğindeki kırışıklıkların giderilmesi amaçlı müdahalenin vekillik sözleşmesi olarak nitelendirildiği görülmektedir. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 19.05.2021.

¹¹⁵ Kerem İlgin, Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 2021 s. 178-179.

¹¹⁶ Eren, Özel Hükümler a.g.e. s.608.; Öztürk/Gözütok, a.g.e., s.125 vd.; Zarife Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı. Ankara 2002, s. 12.

olduğu kabul edilir. Yüklenici, meydana getirdiği eserde, ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden, ayıba karşı tekeffül borcu gereğince sorumludur.” Şeklinde yüklenicinin, somut olayda hekimin ayıptan sorumluluğuna atıf yapmıştır¹¹⁷. Kararda açıkça belirtildiği üzere yüklenici, meydana getirdiği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden sorumludur¹¹⁸. Aynı kararın devamında iş sahibinin eserdeki ayıbın niteliğine göre; eserdeki ayıpların giderilmesini (onarım) talep hakkı, ayıplı eserden ötürü ücretten indirim isteme hakkı ve eseri kabulden kaçınma hakkı bulunduğu belirtilmiştir.

2.4.Haksız Fiil İlişkisi

TMK m. 24 ve m. 25 uyarınca haksız fiilin kişilik haklarını ihlal etmesi halinde hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesinin, devam eden saldırıya son verilmesinin, sona ermesine rağmen devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitinin talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu’nda ise haksız fiil karşısında zarar ve bu zararın tazmini öngörülmüştür. Borç kaynakları arasında yer alan haksız fiil, TBK m. 49 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu maddeler uyarınca haksız fiil; *“Bir kimsenin şahsına veya mal varlığına hukuka aykırı olarak zarar veren fiil”* olarak tanımlanmakta olup, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kimse, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Bununla birlikte ilgili maddelerde; hukuka aykırılık-kusur kavramları ile kastedilenin ne olduğu, hangi zararların tazmin edileceği, nedensellik bağının nasıl kurulacağına ilişkin doğrudan düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucu bu kavramların içeriğinin doldurulmasını öğretiyeye ve yargıya bırakmıştır.

Haksız fiil sorumluluğunun ilk kurucu unsuru davranıştır¹¹⁹. Eylem, bireylerin iradi davranışlarını ifade etmektedir. Davranış maddi ve manevi olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Maddi unsur dışa yansıyan vücut hareketi iken manevi unsur ise hareketi

¹¹⁷ Yargıtay 3. H.D. 07.12.2015 tarihli ve 2015/12079 E., 2015/19759 K. sayılı kararı, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, ET. 11.04.2022.

¹¹⁸ Eren, Özel Hükümler, a.g.e., s. 641.; Turan Şahin, “Borçlar Kanunu Ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* C.I, S.2, Yıl 2011, s.136.

¹¹⁹ Başak Baysal, Haksız Fiil Hukuku, BK m. 49-76, 1. Baskı, İstanbul, 2019, s. 85.

meydana getiren iradedir¹²⁰. Fiil kavramı sözlük anlamı itibarıyla olumlu davranışı ifade etse de hukuki anlamda fiil kavramı olumlu (aktif) davranışın yanı sıra olumsuz (pasif) davranışları da kapsamaktadır¹²¹. Dolayısıyla eylem bireyin aktif bir hareketi ile gerçekleşebileceği gibi bireyin bir hareketten kaçınması şeklinde de gerçekleşebilir. Hemşirenin hastaya iğne yapması da yapması gereken bir iğneyi yapmaması da bir eylemdir. Örnekten de anlaşılacağı üzere olumsuz davranış; hiçbir şey yapmama değil, belirli bir davranışı yapmama olarak ifade edilmektedir. Olumsuz bir eylemin hukuka aykırılık teşkil edebilmesi, ancak zarara uğrayan kişiye karşı failin kaçınılan bir davranışta bulunmasına bağlıdır. Aksi takdirde hukuka aykırı fiilden bahsedilemez¹²².

Haksız fiil kurumu çerçevesinde “hukuka aykırılık”, kişinin eylemini nitelendiren bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Genel davranış kurallarına aykırılık teşkil eden, hukuk düzeninin, şahısların mal ve/veya şahıs varlıklarını korumaya yönelmiş kurallarına aykırı eylemler hukuka aykırılık teşkil edecektir. TBK 49/2 hükmü uyarınca ahlaka aykırılığın da haksız fiil oluşturabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla hukuka aykırılık kavramı geniş anlamda ahlaka aykırılık hallerini de kapsamaktadır. İlgili hükümde: “*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” Şeklinde ahlaka aykırı eylemlerin de haksız fiil oluşturacağı ifade edilmiş ve hukuka aykırılıktan farklı olarak bir fiilin ahlaka aykırılık nedeni ile haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için eylemin zarara bilerek sebebiyet verme kastını içermesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu, genel olarak bir hakkın veya emredici bir davranış kuralının ihlalini hukuka aykırı olarak nitelendirmekle birlikte, kamu vicdanını tatmin etme ve adaleti tesis etme amaçlarına istinaden ahlaka aykırı bir fiille kasten başka bir kimseye zarar vermeyi de hukuka aykırılık ile bir tutmuştur¹²³.

¹²⁰ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s.583.

¹²¹ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 179.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 582.; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 11. Bası, İstanbul 2014, s. 13.

¹²² Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 20.

¹²³ Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 674.

Sorumluluk hukukunda tazminat borcunun doğması ancak zararın var olduğu hallerde mümkündür¹²⁴. Zarar vermeye teşebbüs tazmin yükümlülüğünü doğurmaz zira sorumluluk hukukunun asıl amacı cezalandırmak değil, zararın tazmin edilmesidir¹²⁵. TBK 50. Maddesi uyarınca zararın ve zarar verenin kusurunun ispat yükümlülüğü zarar görene aittir. Zarar kavramı mevzuatta tanımlanmamış olup, tanımı öğreti ve yargıya bırakılmıştır. Zarar, maddi ve manevi olmak üzere iki biçimde ortaya çıkmaktadır. Dar anlamda zarar yalnızca maddi zararı kapsarken, geniş anlamda zarar manevi zararı da kapsamaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 20.02.2020 tarihli kararında, yetişkin bir insanın bile dış tedavisinden korktuğu tedirginlik duyduğundan bahisle davacıların çocuğunun uzun süre bu korkuyu ve sıkıntıyı yaşamış olmasını dikkate alarak davacı için manevi tazminat koşullarının oluştuğunun kabulü gerektiği şeklinde hüküm kurmuştur¹²⁶.

Zararın nasıl belirleneceği hakkında Yargıtay’ın bir kararında: “*Zarar, malvarlığının zararlandırıcı eylemin işlenmesinden sonraki durumu ile bu eylem gerçekleşmediği takdirde mevcut durumun karşılaştırılması sonucu belirlenir.*” Şeklinde haksız fiil eylemi öncesi ve sonrası durumlarının karşılaştırılarak zararın belirleneceği açıkça ifade edilmiştir¹²⁷.

Haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi ancak meydana gelen zarar ile fiil arasında illiyet bağı ilişkisinin var olması halinde mümkündür¹²⁸. Bir başka deyişle hukuka aykırı fiili işleyen kimse yalnızca bu fiilin sebep olduğu zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Aksi halde, zarar ile fiil arasında illiyet bağı yok ise, diğer tüm unsurlar sağlanmış olsa dahi haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. İlliyet bağı, bir fiilin hayatın olağan akışına göre meydana getirebileceği zararlarla arasındaki

¹²⁴ Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 587.; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 38.; Şaban Kayıhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, 2014, Ankara, s. 219.

¹²⁵ Akt. Sami Narter, Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku 2. Baskı Ankara, 2016, s.418.

¹²⁶ YHGK E. 2017/3-960 K. 2020/187 T. 20.2.2020, (Kazancı İçtihat Bankası) E.T. 07.04.2022.

¹²⁷ Yargıtay 4. H.D. 2009/4929 E. 2010/3231 K. Kazancı İçtihat Bankası E.T. 10.01.2022.

¹²⁸ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 103.; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, a.g.e., s. 225.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 605.; Kayıhan, a.g.e., s. 224.; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 44.

bağ illiyet bağı olarak nitelendirilmektedir¹²⁹. Ancak sebep ile zarar arasındaki bağ bazı durumlarda uygun olmayabilmektedir. Bir sebep hayatın olağan akışına göre meydana gelen zararlı sonucu meydana getirmeye elverişli olmayabilir. Bu durumda uygun olmayan illiyet (elverişsizlik) söz konusu olur. Elverişsizlik hali uygunluğun yokluğu ve uygunluğun kesilmesi olmak üzere iki halde meydana gelmektedir. Uygunluğun yokluğu, yukarıda bahsettiğimiz üzere en başta sebep, meydana gelen sonucu meydana getirmeye elverişli değildir. Uygunluğun kesilmesinde ise sebep, meydana gelen sonucu meydana getirmeye elverişlidir ancak illiyet bağı birtakım nedenlerle kesilmektedir¹³⁰.

Haksız fiil sorumluluğunda bir diğer kurucu unsur, kusurdur. Kusur, hukuk düzeninin kınadığı davranış biçimlerini ifade edilse de Borçlar Kanunumuzda bir tanımı bulunmamaktadır. Aynı zarar kavramında olduğu gibi kusur kavramının da tanımı doktrine ve yargıya bırakılmıştır. Kusurlu bir davranış daima hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir. Toplumdaki her birey, diğer bireylerle birlikte ve uyum içerisinde yaşayabilmesi için belirli bir davranış biçimine uygun davranmak zorundadır. Bu ortalama davranış biçimine uymayan davranış biçimi kusur olarak ifade edilmektedir¹³¹.

En hafif kusur dahi sorumluluk için yeterli kabul edilmekle birlikte kusurun kast ve ihmal olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Kast kusurun en ağır derecesidir. Kast, kişinin hukuka aykırı sonucu bilmesini ve bu sonucu istemesini ifade etmektedir¹³². Hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte bu sonucun meydana gelmesini göze alma ise “olası kast” şeklinde ifade edilmektedir. Kusurun bir diğer çeşidi olan ihmal ise kişinin hukuka aykırı sonucu arzu etmemesine rağmen bu sonucun meydana gelmemesi adına göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesi olarak ifade edilmektedir. İhmal de kendi içerisinde ağır ve hafif ihmal olarak iki türe ayrılmaktadır. Ağır ihmal hukuka aykırı neticeyi meydana getiren olayın, normal bir kişinin göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi neticesinde gerçekleşmiş

¹²⁹ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 103.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e. s. 605.; Kayıhan, a.g.e., s. 224.; Oğuzman/Öz. (2014) a.g.e. s. 44.

¹³⁰ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 104.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e. s. 626.; Kayıhan, a.g.e., s. 228.

¹³¹ Ayan, Genel Hükümler, a.g.e., s. 220.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e. s. 641-642.; Kayıhan, a.g.e., s. 216.; Oğuzman/Öz. (2014) a.g.e. s. 54 vd.

¹³² Aşçıoğlu, a.g.e., s. 72.; Ayan, Genel Hükümler, a.g.e., s. 220.; Kayıhan, a.g.e., s. 221.

olmasını ifade etmektedir. Başka bir deyişle ağır ihmal, kişinin somut olaya göre kendisinden beklenen asgari düzeyde göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesidir. Hafif ihmalde ise failden göstermesi beklenen dikkat ve özen asgari düzeyde değildir. Dolayısıyla söz konusu fiili işleyen kişinin değil dikkatli ve tedbirli bir kişinin göstereceği özen kıstas olarak alınmaktadır. Dolayısıyla somut olaya göre kayda değer dikkat ve özen gösterse de kendisinden beklenebilecek tüm özeni ve dikkati göstermediği için yanlış davranan kişinin ihmali hafif ihmal olarak nitelendirilmektedir¹³³.

2.4.1. Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu

Hekimin meslek kurallarına aykırı her davranışı hukuka aykırı kabul edilmekte olup bu aykırılık; arada sözleşme var ise sözleşmeye aykırılık, arada sözleşme yok ise ve vekâletsiz iş görmenin şartları da mevcut değilse haksız fiil sorumluluğu şeklinde kendini göstermektedir¹³⁴. Dolayısıyla hekimin hasta ile arasında kurulmuş bir sözleşme ilişkisi yok ise hekimin sorumluluğu kural olarak genel haksız fiil hükümlerine göre belirlenir. Örneğin hastane ile hasta arasında kurulan tam hastaneye kabul sözleşmesinin mevcut olduğu durumda, hekim ile hasta arasındaki ilişki özel bir sözleşme ilişkisi olmadığından hekimin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğundan ibaret olacaktır¹³⁵.

Hekimin haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi, sözleşmesel sorumluluğa paralel olarak hukuka aykırılık, zarar, kusur ve illiyet bağı unsurlarının mevcut olmasına bağlıdır¹³⁶. Dolayısıyla hekimin haksız fiil kapsamında sorumlu tutulabilmesi için; yapma veya yapmama şeklindeki bir eylemi ile bir zarar meydana gelmesi, bu eylem ile bir hukuk kuralının ihlal edilmiş olması, hukuka aykırılık teşkil eden bu eylemi bilerek ve isteyerek yahut zararın meydana gelmesini önlemek adına

¹³³ Oğuzman/Öz, (2014), a.g.e. s. 57.; Ayan, Genel Hükümler, a.g.e., s. 222.

¹³⁴ Hakeri, a.g.e., s. 797.; H. Özdemir, a.g.e., s. 39.; İpekyüz, a.g.e., s. 41.; Yine hekimin sözleşme dışı sorumluluğu için bkz. Aşçıoğlu, a.g.e., s. 71.

¹³⁵ Hakeri, a.g.e., s. 799-800.; Damla Nur Gör, Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından (Malpraktis) Doğan Hukuki Sorumluluğu, (KTO Karatay Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2021), s. 103.

¹³⁶ Nazan Özkan, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, (Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005), s. 50 vd.; Gökçe Kurtulan, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23 (1), s. 466.

yeterli dikkat ve özeni göstermeyerek gerçekleştirmiş olması ve hekimin eylemi ile zarar arasında uygun illiyet bağının var olması şartlarının sağlanmış olması gerekmektedir.

Yukarıda izah edildiği üzere haksız fiil olumlu veya olumsuz bir eylem neticesinde meydana gelmektedir. Olumsuz bir davranışın haksız fiil teşkil edebilmesi için söz konusu eylemi yapma yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir¹³⁷. Hekimin de yapma şeklindeki yükümlülüklerini yapmaması, örneğin tıbbi müdahalenin standart tıp bilimi kurallarına uygun surette yapılması, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun tıbbi müdahalede bulunma ve benzeri yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde bir zarar meydana gelmişse haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Hekimin haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluğu bakımından; iki sorumluluk tipinde de hekim, hastanın vücut bütünlüğünü koruma, yaşam hakkına özen gösterme gibi çok sayıda yükümlülüğü vardır. Ancak kusurun ispat yükü açısından farklı hükümlere tabidirler.

TMK 6. Maddesi gereği bir hak iddiasında bulunan kişi, hakkını dayandırdığı olguyu ispat etmekle yükümlüdür. Bu temel ilkeyi sözleşme ilişkisine uyguladığımız takdirde normal şartlar altında hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi var ise ve hasta sözleşmesel ilişkiye dayalı olarak birtakım hak ve iddialarda bulunuyor ise bu hak ve iddiaların ispat yükünün hastanın üzerinde olması gerekirdi. Ancak sözleşme sorumluluğunda bir hak veya iddiada bulunan kimse bu hak ve iddialarının ispat etmekle yükümlü değildir. Dolayısıyla sözleşme sorumluluğunda ispat yükü ters çevrilmiştir. Sonuç olarak sözleşme ilişkisinde hasta, hekimin kusurunu ispatla yükümlü olmayıp, kusursuz olduğunu ispatlama yükü hekimin üzerindedir. Ancak haksız fiil sorumluluğunda, akdi sorumluluktan farklı olarak ispat yükü hastanın üzerindedir¹³⁸.

¹³⁷ Mustafa Tiftik, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara, 1994, s. 46.; Aylin Toker, Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları, (Başkent Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017), s. 11.

¹³⁸ Ece Sindel, “Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi* Sayı 119, Temmuz 2016, s. 247.

Hekim, kasti veya ihmali bir davranışı ile hastaya zarar verirse ve hasta ile arasında akdi bir ilişki mevcut değil ise hekimin sorumluluğu haksız fiil hükümlerine göre belirlenecektir. Ancak hekimlerin beden bütünlüğüne yönelik müdahaleleri aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ettiğinden hasta, hekim ile arasında bir sözleşme bulunsa dahi sorumluluğun kaynağı haksız fiil hükümlerine dayandırılabilir¹³⁹.

Tıbbi müdahale ancak yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilebilir. Müdahalenin yetkili kişi tarafından yapılması aynı zamanda tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biridir¹⁴⁰. Müdahale yetkisiz kimse tarafından yapıldığı takdirde, hastanın uğradığı zarardan kaynaklı olarak yetkisiz kimsenin sorumluluğu da haksız fiil hükümlerine tabiidir.

Hekimin haksız eyleminden kaynaklı kusur durumunun belirlenmesinde; mesleki koşulların yerine getirilip getirilmediği, tıp biliminin gereklerinin sağlanıp sağlanmadığı, alınması gereken tedbirlerin alınıp alınmadığı gibi birtakım hususlar göz önünde bulundurulmaktadır. Ancak bir hekimin veya bir hukukçunun bu değerlendirmeyi yapması çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Yargıtay bundan dolayı olacak ki hekimin kusurlu olup olmadığı tespit edilirken mutlaka adi tıp kurumundan rapor/görüş alınması gerektiği görüşündedir¹⁴¹. Dolayısıyla malpraktise dayalı davalarda malpraktis/komplikasyon ayrımı ve hatalı bir tıbbi müdahalenin mevcut olup olmadığı tespitleri tıp mesleği mensupları tarafından yapılmaktadır.

¹³⁹ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 65.; Hakeri, a.g.e., s. 796-797.; Battal Yılmaz, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 175.; Hayrunnisa Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2016, s. 39.; Hatice Nur Aktaş, Tıbbi Malpraktiste Sorumluluk Ve Komplikasyon, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021), s.88.; Berna Özpınar, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, Ankara Baro Dergisi, Yıl 66, Sayı 3, Yaz 2008, s. 98.; Merve Hazal Alguer Karagöz, Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, (Akdeniz Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2019), s.112.; Akın Tıkroğlu, Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Zararların Giderilmesi, (Pamukkale Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Denizli, 2017), s.24.

¹⁴⁰ Onur Kuru, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12/2, 2021, s.494.; Nermin Azgın, Zorla Tıbbi Müdahale, (İstanbul Medipol Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020), s. 27. Hakeri, a.g.e., s. 236.; Alguer Karagöz, a.g.e., s.7.; Tıkroğlu, a.g.e., s.5.

¹⁴¹ Yargıtay 13. H.D. 14.10.1974, 2637/2492 “... davalının kusurlu bulunup bulunmadığının tespiti için uzman kişilerden teşkil edilecek bir bilirkişi kurulu ile inceleme yaptırılmak, gerektiğinde adli tıp meclisinin düşüncesine de başvurmak zorunludur. Bu şekilde bir inceleme yaptırılmadan sırf resmi mercilerden bilgi isteme niteliğinde Ankara Tıp Fakültesi göz hastalıkları profesörlerinden iki kişinin ayrı ayrı düşüncesine başvurulup gelen cevaplara dayanılarak davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirir.” Kazancı İçtihat Bankası E.T. 24.04.2022.

2.5.Hekimin İfa Yardımcısının Eyleminden Doğan Sorumluluğu

Hekim hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan borcun ifası esnası sırasında, her ne kadar vekalet ilişkisi gereği borcunu kural olarak bizzat ifa etmekle yükümlü olsa da bazı hallerde bir kısım faaliyetlerin icrasını yardımcı kişilere bırakabilir¹⁴². Örneğin estetik ameliyatı gerçekleştirecek olan hekim, hastanın ameliyata hazırlanması edimini yardımcı şahsa bırakabilir. Zira ameliyatı gerçekleştirme edimi bizzat hekimden beklenirken, ameliyata hazırlama edimi bizzat borçlu hekimin yerine getirmek zorunda olmadığı nitelikte bir edimdir.

Türk Borçlar Kanunu'nda yardımcı kişinin işin görülmesi sırasında başkalarına vermiş olduğu zarardan adam çalıştırının sorumluluğu iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırının sorumluluğu, ikincisi ise TBK m. 116'da düzenlenen yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluktur¹⁴³. TBK m. 66 uyarınca yardımcı kişi, üçüncü kişiye sözleşme dışı sorumluluk çerçevesinde zarar vermekte olup, meydana gelen zarar öncesinde zarar gören üçüncü kişi ile adam çalıştırın arasında hukuki ya da sözleşmesel hiçbir ilişki yoktur. Ancak TBK m. 116'da zarar gören ile adam çalıştırın arasında daha önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi mevcuttur¹⁴⁴.

Yardımcı şahıs kavramından bahsedebilmek için, kişinin borçluya maddi veya manevi herhangi bir bağlılığının bulunması gerekmez. Yardımcı kişi borçlunun emir ve talimatı altında ise “bağımlı yardımcı kişi”, hiçbir emir ve talimat altında olmayan yardımcı kişi ise “bağımsız yardımcı işi” olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla TBK 66. Maddesinde düzenlenen adam çalıştırının sorumluluğundan farklı olarak bu

¹⁴² Gezder, (Yükümlülük), a.g.e., s. 139 vd.; Eren, Özel Hükümler, a.g.e., s. 738.; Yağmur Ö. Yönet, a.g.e., s.45.; Kemale Leyla Aslan/ Ahmet Alper Güler, “Vekilin Özen Yükümlülüğü ve Basiretli Vekil Kavramı”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 6, Sayı 1, Haziran 2020, s.57.; Tay, a.g.e., s. 58.; Sinem Taştekin, “Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s. 97.; Şafak Parlak/Levent Börü, Alt Vekalet, *TBB Dergisi*, 2011, Sayı 96, s.18.

¹⁴³ Ümit Gezder, Adam Çalıştırının Sorumluluğu Karşısında Hastane ve Hekimin Hukuki Durumu (TBK m. 66), *Tip Hukuku Dergisi*, Sayı 9, Yıl 2016, s. 58.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 696.; Narter, a.g.e., s. 126.

¹⁴⁴ Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 696.; Gezder, (TBK m. 66) a.g.e., s. 58.; İnci Erbilin, Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştırının Sorumluluğu, (Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2017, s. 5.; Narter, a.g.e., s. 126.

sorumluluk tipinde yardımcı şahıs ile borçlu arasında bir bağımlılık ilişkisinin varlığı aranmaz¹⁴⁵.

Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk TBK 116. Maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: *“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.”*

Hükümden de anlaşılacağı üzere TBK. m. 116 kapsamında sorumluluktan söz edilebilmesi için her şeyden önce borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisinin bulunması gerekmektedir¹⁴⁶.

TBK m.116/3’e göre; *“uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat kanun veya yetkili makamların izni ile yürütülüyorsa”* yani borçlu, imtiyaz suretiyle verilen bir işi icra etmekte ise yardımcı kişilerin verdiği zararlara ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün değildir. Bu madde ile borçlunun yardımcı kişilerin hafif kusurundan bile sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. TBK m.116/III’e aykırı yapılan anlaşma da kesin olarak hükümsüzdür¹⁴⁷.

Hastane işleticisinin en önemli organizasyon yükümlülükleri arasında ifa yardımcısından kaynaklanan durumlar yer almaktadır¹⁴⁸. Örneğin hastane bakımını gerçekleştiren hastane personeli hastane işleticisinin ifa yardımcısı durumundadır. Ancak bu sorumluluk özel hukuk sorumluluğudur ve kural olarak kamu kurumlarındaki tıbbi müdahaleler bakımından söz konusu değildir. Kamu hukukundan kaynaklanan bir görev bir görevin ya da yetkinin kullanılması halinde TBK m. 116

¹⁴⁵ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, a.g.e., s. 143.; Narter, a.g.e., s. 127.; Yağmur Öykü Yönet, Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi 2019, Yüksek Lisans Tezi) S.54-55.; Hayrunnisa Özdemir, Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukukî Niteliği Ve Yargıtayın Görüşü, TBB Dergisi 2013 (105), s. 285.

¹⁴⁶ Bkz. Eren Genel Hükümler, a.g.e., s. 696.; H. Özdemir, (Hukuki Nitelik), a.g.e., s. 265.

¹⁴⁷ Fatih Gültekin, Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu, TAAD, Yıl:9, Sayı:34 Nisan 2018, s.393.

¹⁴⁸ Murat Doğan, "Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu." *Hakan Hakeri ve Cahid Doğan*. Ankara: TBB Yayınları (2015), s. 173.

uygulamasına yer olmamalıdır. Bu halde uyuşmazlık idari yargıda görülecek idari işlemde/eylemde kaynaklanan bir uyuşmazlıktır. Aksinin kabulü halinde idarenin tüm memur ve kamu görevlilerinin kusurlu davranışlarından sorumluluğu ve tazminat davalarının adli yargıda görülmesi söz konusu olacaktır ki, bu Anayasa'ya aykırı olacaktır¹⁴⁹.

İfa yardımcısının fiilinden sorumluluk bir sebep sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk halidir¹⁵⁰. Hasta, hastane işleticisine karşı TBK m. 116'ya dayanarak dava açabilir. Zararı meydana getiren davranış haksız fiil niteliği taşıyorsa hasta, TBK m. 66'ya dayanarak da dava açabilir. Gezder, hastanenin adam çalıştıran olarak sorumlu olabilmesi için hekimin hizmetini ifa ederken bir zarara hukuka aykırı fiiliyle sebebiyet vermesi ve hekimin hukuka aykırı fiili ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerektiğini belirtmiştir¹⁵¹. Zarar verici davranışı gerçekleştiren hastane personeli ise yalnızca genel haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilir¹⁵². Hekimin hasta ile arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı, hastanın hastane ile sözleşme ilişkisinin bulunduğu hallerde de hekim TBK m. 116 kapsamında yardımcı şahıs durumundadır¹⁵³.

Hekim yanında çalıştırdığı yardımcı şahısların fiillerinden TBK m. 116 kapsamında sorumludur¹⁵⁴. Ancak hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusu değil ise ve ifa yardımcısının fiili haksız fiil teşkil ediyorsa TBK m. 66 kapsamında hekimin adam çalıştıranın sorumluluğu hükümleri kapsamında sorumluluğuna gidilebilecektir. Adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilebilmesinin genel koşullarını zarar, hukuka aykırılık ve illiyet bağı olarak belirtmiştir¹⁵⁵. Adam çalıştıranın sorumluluğu, kusursuz

¹⁴⁹ Hakeri, a.g.e., s. 958.

¹⁵⁰ Gezder, (TBK m. 66), a.g.e., s. 61-62.; Hakeri, a.g.e., s. 958.

¹⁵¹ Gezder, (TBK m. 66), a.g.e., s. 66-67.

¹⁵² Narter, a.g.e., s. 150.

¹⁵³ Murat Doğan, a.g.e., s. 26.; Nuriye Savaş, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10/17 Eylül 2011, s. 176.; Erhan Temel, Alman Sağlık Sisteminde Hastaneler ve Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu, İÜHFM, C. 68, Sayı (1-2), 2010, s. 262.

¹⁵⁴ Hakeri, a.g.e., s. 957-958.; H. Özdemir, (Hukuka Uygunluk), a.g.e., s. 52.; Ayan, intörn hekimlerin katıldıkları tıbbi müdahaleler açısından yardımcı kişi konumunda olduğunu belirtmiştir. Bkz. Ayan, a.g.e., s. 6.

¹⁵⁵ Gezder, (TBK m. 66), a.g.e., s. 62 vd.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 710.; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, a.g.e., s. 143.; Sami Narter, a.g.e., s. 128.

sorumluluk türlerinden özen sorumluluğu olduğundan sorumluluğun doğması için “kusur” şart değildir¹⁵⁶.

Hekimin TBK m. 66 çerçevesinde sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, TBK m. 116’dan farklı olarak öncelikle hekim ile yardımcı personel arasında bir bağımlılık ilişkisi bulunması şarttır¹⁵⁷. Ek olarak ortaya çıkan zarar; çalışanın özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda, işin görülmesi sırasında ve işle ilgili olmalıdır¹⁵⁸.

Bu sorumluluk tipinde (TBK m. 116) hekim, yardımcı şahsı seçmede gerekli özeni gösterdiğini, işi hukuka uygun biçimde yardımcı şahsa devrettiğini vb. hususları ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Ancak TBK 66. Maddesi kapsamında hekim, durumun gerektirdiği tüm dikkat ve özeni gösterdiğini veya gerekli tüm dikkat ve özeni göstermiş olsa dahi aynı neticenin meydana geleceğini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir. Ayrıca TBK 66. Maddesinin son kısmında: “*Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.*” Şeklinde belirtildiği üzere hekim hastaya tazminat ödediği takdirde, yardımcı personele kusuru oranında rücu etme imkanına da sahiptir.

Hekimin sorumluluğu belirlenirken, ikamenin caiz olup olmadığı, bir başka deyişle hekimin yardımcı şahsa bir faaliyetin icrasını devretmesinin hukuka uygun olup olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. TBK 506. Maddesi’nde: “*Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür.*” Şeklinde ifade edildiği üzere hekim, vekil olarak hasta ile arasındaki ilişkiden doğan edimleri kural olarak bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak ilgili maddenin devamında: “*Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.*” şeklinde bazı hallerde vekilin işi başkasına yaptırabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeye göre vekil, kural olarak borcu bizzat ifa

¹⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 699.; Hakeri, a.g.e., s. 958.; Narter, a.g.e., s. 125.

¹⁵⁷ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, a.g.e. 144.; Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2010, s.323.; Sami Narter, a.g.e., s. 157.

¹⁵⁸ Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 694 vd.; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, a.g.e., s. 146.; Yılmaz Battal, a.g.e. s.177.; İnci Erbilin, Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, (Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2017, s. 10.

etmekle yükümlüdür ancak somut olayın özelliğine göre zorunluluk halinde veya teamülün mümkün kıldığı hallerde işi başkasına da yaptırabilir¹⁵⁹. Örneğin bir klinik içinde hekimin vekalet konusu işi bir başka hekime devretmesi teamül gereğidir¹⁶⁰.

Vekilin/hekimin borcunu şahsen/bizzat ifa etmekle yükümlü olmadığı hallerden ilki, hastanın muvafakatidir. Hasta, yardımcı şahsın hekimin yerine geçmesine açık veya örtülü biçimde rıza gösterebilir. Hasta yalnızca birtakım faaliyetler bakımından işin başkasına gördürülmesine muvafakat verebilir. Bu şekilde sınırlı bir muvafakatin olduğu hallerde hekim ancak hastanın muvafakatine uygun biçimde işi yardımcı şahsa bırakabilir. İkinci hal, hekimin örf ve teamüller uyarınca işi başkasına bırakmaya yetkili olmasıdır. Bu halde hastanın rıza verip vermediğine bakılmaksızın hekimin doğrudan işi başkasına gördürme yetkisinin var olduğu kabul edilmektedir. Üçüncü ve son hal ise hekimin işi başkasına gördürme mecburiyetinde bulunduğu hallerdir. Bu halde somut olayın şartlarına göre hekimin işi bizzat görebilmesi imkânsız olmalıdır¹⁶¹.

TBK 506. Maddesine uygun olmak koşulu ile hekim, borcunu şahsen ifa etmeyip işi başkasına yaptırıyorsa yalnızca yerine geçecek kişiyi seçmede ve talimat vermede yeterli özeni göstermekle yükümlüdür. Dolayısıyla yerine geçen hekimi gözetmek ve denetmekle yükümlü değildir. Ancak TBK 506. Maddesindeki şartlar mevcut değilse ikame caiz değildir. Caiz olmayan ikamede hekim, yerine geçen hekimin eylemini bizzat yapmış gibi sorumlu kabul edilmektedir¹⁶².

2.6.Sorumlulukların Yarışması

TBK 60. Maddesinde sorumluluğun birden çok sebebe dayandırılabilirdiği hallerde hâkimin, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe,

¹⁵⁹ Eren, Özel Hükümler, a.g.e., s. 738.; Gezder, (Yükümlülük), a.g.e., s. 139 vd.; Yağmur Ö. Yönet, a.g.e., s.45.; Tay, a.g.e., s. 60.

¹⁶⁰ Eren, Özel Hükümler, a.g.e., s. 735.

¹⁶¹ Tay Serhat. a.g.e. s. 88.; Yağmur Ö. Yönet, a.g.e., s.18.

¹⁶² H. Özdemir, a.g.e., (Hukuki Sorumluluk), s.52 vd.; Yeşiller, a.g.e., s. 71.; Tay, a.g.e., s. 83.

zarar görenin lehine olacak şekilde en uygun tazmin imanını sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vereceği düzenlenmiştir¹⁶³.

Zarara sebep olan eylemin hem borca aykırılık teşkil ettiği ve hem de haksız fiil niteliği taşıdığı hallerde adam çalıştıranın sorumluluğu (TBK 66) ve yardımcı şahsın fiilinden doğan sorumluluğu (TBK 116) kurumları yarışabilir¹⁶⁴. Bu halde zarara uğrayan borçluya karşı hem TBK m. 116 hem de TBK m. 66 uyarınca başvurulabilme imkanına sahip olacaktır¹⁶⁵. Tabi ki zarar, yalnızca bir kere ve zarar görenin başvuracağı sorumluluk tipine göre tazmin edilecektir.

İki sorumluluğun yarıştığı halde mağdur; davasını TBK m. 66'ya dayandırır, adam çalıştıran konumunda olan kişi, özen yükümlülüğünü yerine getirse bile zararın meydana gelmesini önleyemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin hastane TBK m. 66 kapsamında sorumluluktan; hekimi seçerken mesleki, ahlaki ve nitelik olarak uygun bir kişiyi seçerken; hekime işiyle ilgili talimat verirken ve hem gözetim hem de denetimde bulunurken gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse TBK m. 66/2 uyarınca sorumlu olmayacaktır¹⁶⁶. Ancak mağdurun davasını TBK m. 116'ya dayandırması halinde borcun ifasında yardımcı şahıs kullanan borçlu aynı imkana sahip değildir. Bu durumda borçlu, ancak borcu kendisi ifa etmiş olsa dahi aynı zararın ortaya çıkacağını ve kendisinin de bundan sorumlu tutulamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir¹⁶⁷.

¹⁶³ Baysal, a.g.e., s. 595.

¹⁶⁴ Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 697.; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, a.g.e., s. 141.; Gezder, (TBK m. 66), a.g.e., s. 58.

¹⁶⁵ Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 698.; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 142.

¹⁶⁶ Gezder, (TBK m. 66), a.g.e., s. 69. Ayrıca Gezder, adam çalıştıran eğer bir işletmede adam çalıştırıyorsa işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunun da ispat edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Gezder, (TBK m. 66), a.g.e., s. 70.

¹⁶⁷ Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 697.; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 142-143.; Sami Narter, a.g.e., s. 158.;

3. Özel Hastane Hekimi ile Hasta Arasındaki İlişki

3.1.Özel Hastane Kavramı

Özel hastane kavramı; ücret karşılığında sağlık hizmet sunmak üzere özel hukuk normları çerçevesinde kurulan ve devlet denetimi altında olan sağlık tesisini ifade etmektedir. 2219 Sayılı Hususi Hastaneler Kanunu¹⁶⁸,nun 1. Maddesinde özel hastaneler; kamu hizmeti dışında yer alan, yatırılarak hasta tedavi etme, doğum yardımlarında bulunma gibi amaçlar taşıyan sağlık merkezleri olarak tanımlanmıştır. Özel hastanelerin kuruluşu Hususi Hastaneler Kanunu'nun 7. Maddesinde düzenlenmiş olup, bu madde gereği özel hastanelerin bir gerçek kişi, dernek yahut vakıf tarafından işletilmesi mümkün olduğu gibi, TTK kapsamında bir şirket de özel hastane işleticisi olabilmektedir¹⁶⁹. Aynı Kanun'un 3. Maddesi uyarınca bu kurumlar yalnızca Sağlık Bakanlığı izni ile açılabilir.

Hekimin hastaya karşı yükümlülükleri ile hastanenin hastaya karşı yükümlülükleri arasında ciddi bir farklılık bulunmamaktadır. Hastane, teşhis tedavi borçları, bakım sağlık koşullarını sağlama, tıbbi araç gereçleri tıbbi standartlara uygun ve çalışır durumda bulundurma, bilgilendirme ve aydınlatma, yüksek özen gösterme vb. borçlar ile yükümlüdür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2004 tarihli bir kararında özel hastane işletenin öncelikle basiretli tacir gibi davranması gerektiği, buna ek olarak verdiği hizmetin yaşam hakkını doğrudan ilgilendiriyor olması sebebi ile hastanın zarar görmemesi adına gerekli tüm özen ve dikkati göstermek zorunda olduğu belirtilmiştir¹⁷⁰.

3.2.Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Özel hastanelerde sözleşme ilişkisi hastane ile hasta arasında kurulmaktadır. Tedaviyi yürüten hekim veya yardımcı personel bu sözleşmesel ilişkinin tarafı olmaz¹⁷¹.

¹⁶⁸ RG., 05.06.1933, S. 2419.

¹⁶⁹ Gözpınar Gülşah Karan, "Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi* sayı 119, Temmuz 2016, s. 139.

¹⁷⁰ YHGK E. 2004/13-291, K. 2004/370, T. 23.6.2004, Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 09.04.2022).

¹⁷¹ Hakeri, a.g.e. s. 799.; Narter, a.g.e., s. 139.; İlgin, a.g.e., s. 54.

Hastane bünyesinde yapılacak tıbbi müdahale/işlemler için hasta ile özel hastane arasında düzenlenen sözleşmeye “hastaneye kabul sözleşmesi” adı verilmektedir¹⁷².

Özel hastane ile hasta arasında kurulan ilişkinin kapsamına; teşhis ve tedaviye dair tüm hizmetlerin yanı sıra yatak, ısıtma servisi, banyo gibi hizmetler girmektedir. Hastanın hastaneye başvurması ile kurulan ve tüm bu hizmetleri kapsayan sözleşmeye dair Türk Borçlar Kanunu’nda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Hasta ile hastane arasında kurulan ve hastanenin yukarıda bir kısmı belirtilmiş olan edimlerin tamamını yerine getirmeyi üstlendiği sözleşme hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır.

Hastaneye kabul sözleşmesi, kanunda aksi belirtilmemiş olması sebebi ile TBK 12. Maddesi uyarınca herhangi bir şekli şarta tabi değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurul’unun 04.06.2020 tarihli kararında bu durum: “*Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır; hatta bu sözleşmenin zımni irade açıklaması ile kurulması dahi mümkündür.*” şeklinde ifade edilmiştir¹⁷³. Dolayısıyla hastanın tedavi hizmeti almak üzere hastaneye gelmesi, muayene olmak üzere beyanda bulunması ve belirlenen tedaviye onay vermesi halinde sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

Hastaneye kabul sözleşmesi ile tıbbi tedavi ediminin sağlanması amaçlanmasına rağmen bu sözleşme; hekimlik yahut tedavi sözleşmelerinden farklı olarak birtakım edimleri de içermektedir. Barındırma, genel temizliğin sağlanması, yedirip içirme, malzeme temini vb. edimleri de kapsayan hastaneye kabul sözleşmesi; vekalet, hizmet, satım ve kira sözleşmelerinin unsurlarını da barındırmaktadır¹⁷⁴. Teşhis/tedavi edimi vekalet yahut hizmet sözleşmesinin niteliklerini, oda-yatak tahsis edilmesi kira sözleşmesinin niteliklerini, yeme içmeye dair edimlerin ise satım sözleşmesinin niteliklerini taşımaktadır. Kural olarak tedavi edimi dışındaki yan edimler hastane

¹⁷² Hakeri, a.g.e., s. 800.; Hatırnaz Erol (2013), a.g.e., s. 43.; Narter, a.g.e., s. 139.; G. Candaş, a.g.e., s. 4.; İlgün, a.g.e., s. 55.

¹⁷³ YGHK E. 2017/13-669 K. 2020/346 T. 4.6.2020, Kazancı İċtihat Bankası, (E.T. 09.04.2022).

¹⁷⁴ Hakeri, a.g.e., s. 800.; İlgün, a.g.e., s. 55.; Tuğçe Kılıçgil Çiçek, Türk Hukuku Açısından Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Haziran, 2019), s.44.

tarafından gerçekleştirilmektedir¹⁷⁵. Ancak bazen tedavi edimi de hastaneye ait olabilmekte yahut hem hastaneye hem hekime ait olabilmektedir. Bu nedenle hastane sözleşmesi iki tipte kurulabilmektedir. Bunlar tam hastaneye kabul sözleşmesi, bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesidir.

3.2.1. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde hastane işleticisi; teşhis ve tıbbi tedaviye ek olarak barındırma, genel temizliğin sağlanması, yedirip içirme ve sair hastane bakımı şeklinde bütün yükümlülükleri taahhüt etmektedir. Tam hastaneye kabul sözleşmesi ikiye ayrılmaktadır.

a. Hekimlik Sözleşmesi Olmadan Kurulan Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde sözleşmesel ilişki hastane ile hasta arasında kurulmaktadır. Dolayısıyla hasta tarafından talep edilen her iki hizmetin de (hekimlik ve diğer hizmetler) borçlusu hastane olmaktadır. Bunun bir sonucu olarak teşhis/tedavi edimlerinin yanı sıra birden fazla edim içeren hastaneye kabul sözleşmesinde hastanın akdi tek muhatabı sözleşmenin tarafı konumundaki özel hastane işletmecisidir¹⁷⁶. Eğer şartları mevcut ise ancak hekime haksız fiil sorumluluğu kapsamında başvurulabilecektir. Dolayısıyla hasta hekimlik hizmetinden kaynaklı başvurularını yalnızca hastaneye yöneltebilmektedir. Burada hastane, bünyesinde çalıştırdığı hekimin hekimlik hizmeti dolayısıyla hastaya verdiği zarardan yardımcı kişilerin sorumluluğu kapsamında sorumlu olacaktır. Ayrıca hekimin hastaya yönelik haksız fiili söz konusu ise ve hasta hekime başvurmuşsa burada hastane de adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında sorumludur¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Narter, a.g.e., s. 140.

¹⁷⁶ Mehmet Demir, Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 128; G. Candaş, a.g.e., s. 22.; Narter, a.g.e., s. 141.; T. Çiçek, a.g.e., s. 3.

¹⁷⁷ Gezder, (TBK m. 66), a.g.e., s. 71.; Firdevs Arslan, a.g.e. s. 414.; Gökçe Şahin Candaş, Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu, (İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019), s. 20.; Narter, a.g.e., s. 142.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinin hekimlik sözleşmesi olmadan kurulduğu hallerde yukarıda belirtildiği üzere tedavi, yeme içme, barınma gibi tüm edimler hastane tarafından yerine getirilecek olup, işbu edimlerin sorumlusu da hastane olmaktadır. Dolayısıyla olası bir sözleşme ihlali halinde muhatap hastane işleticisi olacaktır¹⁷⁸. Adından da anlaşılacağı üzere, hekimlik sözleşmesi olmadan kurulan bu sözleşme tipinde hasta ile hekim arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki kurulmamaktadır. Bu noktada hekim, yalnızca özel hastanenin sözleşme ile üstlenmiş olduğu tedavi edimini yerine getiren TBK 116. Maddesi uyarınca ifa yardımcısı konumundadır. Tedaviyi üstlenmiş olan ifa yardımcısı konumundaki hekimin yahut diğer hastane personelinin kusurlu işlem veya eyleminden kaynaklı olarak zarara uğrayan hasta TBK m. 116 gereği hastane işleticisi aleyhine dava açabilecektir. Zira tedaviyi üstlenmiş olan hekim yahut diğer personel sözleşmenin tarafı değildir. Dolayısıyla sözleşmenin ihlali iddiası ile hekim aleyhine dava açılması da mümkün değildir. Ancak bu durum sözleşmesel sorumluluk hükümleri özelindedir. Şartlara bağlı olarak hastanın haksız fiil hükümlerine dayanarak hekime dava açabilmesi de mümkündür. Hekimin, hastane ile hasta arasındaki sözleşmenin ihlaline sebep olan davranışı aynı zamanda hastaya yönelik haksız fiil oluşturmuş ise bu durumda hasta hekime haksız fiil hükümleri kapsamında başvurabilecektir¹⁷⁹.

b. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde nadir uygulanan yöntemlerden birisi “hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi”dir. Bu sözleşme tipi uygulamada nadiren görülmektedir. Burada tam hastaneye kabul sözleşmesinden farklı olarak ayrıca bir hekimle sözleşme yapılmaktadır. Dolayısıyla hastane ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulurken bunun yanında hekim ile hasta arasında hekimlik sözleşmesi şeklinde iki bağımsız tedavi sözleşmesi kurulmaktadır¹⁸⁰. Bu

¹⁷⁸ Narter, a.g.e., s. 141 vd.; G. Candaş, a.g.e., s. 22.; T. Çicek, a.g.e., s. 2.

¹⁷⁹ Gözpinar Gülşah Karan, “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi* sayı 119, Temmuz 2016, s. 141-142.; G. Candaş, a.g.e., s. 22, 137.

¹⁸⁰ Narter, a.g.e., s. 143.; Ebubekir Elmalı, *Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Ve Sonuçları*, (Ufuk Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi Ankara 2019), s.4.

durumda hastane ve hekim tedavi hizmetini müşterek ve müteselsilen taahhüt etmektedir¹⁸¹.

3.2.2. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu sözleşme tipinde birbirinden bağımsız iki sözleşme ilişkisi bulunmaktadır¹⁸². Bu sözleşme tipinde hasta doğrudan tedavisini üstlenmesini istediği hekime başvurmaktadır. Dolayısıyla öncelikle hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi kurulmaktadır. Daha sonra ise barınma yeme içme gibi diğer hizmetlerin hastane tarafından temin edilebilmesi için hastane ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulmaktadır¹⁸³. Dolayısıyla bu sözleşme tipinde hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi kurulmuş olduğundan hastane, tedavi süreci ile ilgili herhangi bir sorumluluk yüklenmemektedir. Burada hastane, yalnızca tedavi edimi dışındaki diğer edimler bakımından sorumlu kabul edilmektedir¹⁸⁴. Bir başka deyişle tedavi yükümlülüğünü hekim üstlenmiş olup, hastanenin tedaviye dair herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Hekimlik sözleşmesinin özel hastane kadrosundaki bir hekim ile kurulma zorunluluğu bulunmamaktadır. Sözleşme ilişkisi hastane kadrosundan bir hekim ile kurulabileceği gibi hastane dışından bir hekim ile de kurulabilir¹⁸⁵. Örneğin, hekimin ayakta tedavisini üstlendiği özel hastasını hastaneye yatırması söz konusu olabileceği gibi hastanın sağlık kuruluşunu ve sağlık personelinin serbestçe seçebilme hakkına istinaden dışarıdan istediği hekimin çağırılmasını da talep edebilir¹⁸⁶.

Bu sözleşme tipinde, tam hastaneye kabul sözleşmesinden farklı olan husus, hekimin ifa yardımcısı konumunda olmamasıdır. Bu sözleşme tipinde hekimin sorumluluğu

¹⁸¹ Ayan, a.g.e., s. 136-137.

¹⁸² Gültezer Hatırnaz Erol, Özel Hastaneler ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10/17 Eylül 2011, s.199.; Erhan Temel, a.g.e., s. 268.; Narter, a.g.e., s. 144.

¹⁸³ Narter, a.g.e., s. 144.; Gültezer H. Erol, a.g.e., s. 196.; T. Çiçek, a.g.e., s. 5.; G. Candaş, a.g.e., s. 22.

¹⁸⁴ Arslan, a.g.e. s.415.; Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde tıbbi müdahalenin hatalı yapılması durumunda hastanenin değil, hekimin dava edilmesi gerektiğine dair bkz: Hakeri, a.g.e., s. 800-801.

¹⁸⁵ Ayan, a.g.e., s. 136-137.; T. Çiçek, a.g.e., s. 28.

¹⁸⁶ G. Candaş, a.g.e., s. 23-24.

bizzat tedavi sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Tedavi borcu bizzat hekime ait olup, hekim kendi borcunu yerine getirmektedir.

3.3.Hastanede Sözleşmeli Çalışan Hekimin Hastaya Verdiği Zarardan Hastanenin Sorumluluğu

Özel hastane işleticisi; hemşire, hasta bakıcı, hekim, yardımcı hekim gibi yardımcı personeller ile arasındaki hizmet sözleşmesi kapsamında bu personeller vasıtasıyla teşhis ve tedavi edimlerini yerine getirmektedir. Hekimin bir özel sağlık kurum veya kuruluşunda çalıştığı hallerde Türk Borçlar Hukuku genel ilkeleri uygulama alanı bulacak olup, maddi/manevi tazminat davaları da adli yargıda açılacaktır. Bu durumda dava; doğrudan hekime, hekimi çalıştıran kurum veya kuruluşa ya da hem hekime hem de hekimi çalıştıran kuruma/kuruluşa karşı birlikte açılabilir¹⁸⁷.

Gezder, hastanenin adam çalıştıran olarak sorumluluğundan bahsedilebilmesi için hekim ile arasında bir istihdam ilişkisinin bulunması gerektiğini belirtmiştir¹⁸⁸. Gezder ayrıca çalışanın adam çalıştırana karşı bir itaat ilişkisinin gerekli olduğunu, bu hususun da adam çalıştıranın çalışana karşı emir ve denetleme yetkisi ile belirleneceğini ifade etmiştir¹⁸⁹.

Özel hastanede çalışan hekim de TBK 116. Maddesi kapsamında sözleşmeden doğan bir edimin kendisine bırakıldığı yardımcı kişi konumunda kabul edilmektedir¹⁹⁰. Bu minvalde ifa yardımcısı durumundaki hekimin vermiş olduğu zararlardan dolayı hastane, kurtuluş kanıtı getiremeyecektir¹⁹¹.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde sözleşmeden doğan tüm hak ve yükümlülüklerin muhatabının hastane olduğunu belirtmiştik. Bu sözleşme tipinde hasta, sözleşmeden

¹⁸⁷ Gezder, (Yükümlülük), a.g.e., s. 136.

¹⁸⁸ Gezder, (TBK m. 66), a.g.e., s. 62.; Benzer şekilde Hakeri de hekimin sorumluluğu için hekim ile yardımcı personel arasında bir istihdam ilişkisi olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Hakeri, a.g.e., s. 958.

¹⁸⁹ Gezder, (TBK m. 66), a.g.e., s. 63.

¹⁹⁰ Gülşah Gözpınar Karan, “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2016, C. 11, S. 119, s. 75.; Ulaş C. Değdaş, a.g.e., s. 45.; Gezder burada özel sağlık kurum/kuruluşunun sorumluluğunun TBK m. 116’ya dayandığını belirtmiştir. Bkz. Gezder, (Yükümlülük), a.g.e., s. 136.

¹⁹¹ Narter, a.g.e., s. 159, 160.

doğan talepleri için yalnızca hastaneye başvurma imkanına sahip olmaktadır. Hasta, hekimi değil, hastaneyi seçmekte olup hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır. Dolayısıyla hekim, hastane ile hasta arasında kurulan sözleşmedeki edimleri yerine getirirken, hastanenin borcunu yerine getiren ifa yardımcısı konumunda olacaktır. Zira hastane işleticisi, üstlendiği sözleşme kapsamındaki teşhis tedavi edimlerinin yerine getirilmesi borcunu personeli konumundaki hekime aktarmıştır. İfa yardımcısı konumundaki hekimin eyleminden kaynaklanan zarar bakımından özel hastanenin de sorumluluğu söz konusu olabilecektir¹⁹².

Yargıtay bir kararında:

“Adli Tıp Kurumu ameliyatı yapan doktora 1/8 kusur izafe etmiş, kalan 7/8 kusurun kime ait olduğunu bildirmemiştir. Mahkemece bu kusur oranı gözetilerek maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir. Davalı istihdam eden durumunda olup kendi hastanesinde çalışan doktorun kusurundan Bk. 55 maddesine göre sorumludur.”

Şeklinde hekimin kusurlu olduğu durumlar bakımından hastanenin de TBK 66. Maddesi kapsamında sorumlu olacağını ifade etmiştir¹⁹³.

Kaldı ki 2009 tarihli bir Yargıtay kararında hastane ile hekim arasında bir istihdam ilişkisi bulunmadığı halde, hastanın hekimin tıbbi müdahalesini özel sağlık kuruluşuna güvenerek kabul ettiği göz önünde bulundurarak hekimin eyleminden hastanenin de sorumlu tutulması gerektiği şeklinde hüküm kurmuştur¹⁹⁴.

TBK 116. Maddesi kapsamında yardımcı şahısların fiilinden doğan sorumlulukta hastane işleticisi kurtuluş beyyinesinden yararlanamayacaktır. Kanun lafzından da

¹⁹² Mehmet Demir; Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 130.; Ulaş C. Değdaş, a.g.e., s. 48.

¹⁹³ Yargıtay 13. H.D. E. 2002/12276 K. 2003/1077 T. 4.2.2003, Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 17.01.2022.

¹⁹⁴ Yargıtay 13. H.D. 08.06.2009 tarihli ve 2009/1747 E., 2009/7810 K. s, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 09.04.2022.

açıkça anlaşıldığı üzere hastane teşhis tedavi borçlarını kanuna uygun surette hekime bırakmış olsa dahi hekimin zararını gidermekle yükümlü olacaktır.

Ancak bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi bakımından hastanenin sorumluluğu yalnızca hastane bakımından ibarettir. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde iki sözleşme ilişkisinin kurulduğunu belirtmiştik. Hasta ile hastane arasındaki kurulan sözleşme ilişkisi kapsamında hastane, hastanın tedavisine ilişkin herhangi bir borç altına girmemektedir. Hastane yalnızca tedavi dışındaki hastane bakımı vs. edimleri üstlenmektedir. Hastanın tedavi edimini bizzat hekim üstlenmekte olduğundan hatalı tıbbi müdahalenin sorumlusu da yalnızca hekim olacaktır¹⁹⁵. Bu sözleşme tipinde hastanenin sorumluluğu yalnızca hastane bakımı ile ilgili eylemlerden kaynaklanabilir.

4. Kamu Hastanesi Hekimi ile Hasta Arasındaki İlişki

Kamu hastaneleri, vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak amacıyla kamu idaresi tarafından kurulmuş sağlık kuruluşlarıdır¹⁹⁶. Ancak bir hastanenin kamu hastanesi olup olmadığı yalnızca kamu hizmeti kriterine bağlı değildir. Hastane kuruluşu, yönetimi, işleyişi itibarıyla da kamu tüzel kişiliğine bağlı olması gerekmektedir. Dolayısıyla bir hastanenin kamu hastanesi sıfatını haiz olabilmesi ancak kamu yararına hizmetin yanında kamu tüzel kişileri tarafından kurulmuş olmasına bağlıdır¹⁹⁷. Hususi Hastaneler Kanunu 1. Maddesinde:

“Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları "husussi hastaneler" den sayılır.”

¹⁹⁵ Gözpinar Karan, a.g.e., s. 78; Ece Ayça Kitiz Eker, “Özel Hastanelerin Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Mart-Nisan 2021, Cilt 95, Sayı 2021/2, s. 236.; G. Candaş, a.g.e., s. 24.; T. Çiçek, a.g.e., s. 73.

¹⁹⁶ Yılmaz, s.g.e. s. 235.

¹⁹⁷ Hakeri, a.g.e., s. 804.; Narter, a.g.e., s. 182.; G. Candaş, a.g.e., s. 137.; T. Çiçek, a.g.e., s. 13 vd.; Olcay Işık, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu, (Atatürk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2010), s. 42.

Şeklinde hususi hastaneler belirtilmiş olup altı çizili kısımlardan kamu hastanelerinin devletin resmi hastaneleri, hususi idareler ve belediye hastaneleri olduğu sonucuna varılabilmektedir¹⁹⁸.

Kamu hastanesi-hasta ilişkisinde, özel hastane-hasta ilişkisinden farklı olarak sözleşme ilişkisi söz konusu değildir. Hasta kamu hizmetinden yararlanan kişi konumunda olup, hastane de kamu hizmeti sunan idari mercii konumunda olduğundan bu ilişkiden doğan uyuşmazlıklar özel hukuk kurallarına değil, kamu hukuku (idare hukuku) kurallarına tabiidir. Kamu hastanelerinde verilen hizmet kamu yararı taşıyan kamu hizmeti niteliğinde olduğundan, bu hizmetten kaynaklanan zararların birinci dereceden sorumlusu devlettir. Keza zarara hekim sebep olmuş olsa dahi, hukuken yine devlet sorumlu olacaktır. Zira kamu hastanesinde görev yapan hekim kamu görevlisidir. Anayasa'nın 129/5 sayılı maddesinde:

“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.”

Şeklinde belirtildiği üzere kamu görevlilerinin işledikleri kusurlardan kaynaklanan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilmektedir. Bir başka ifade ile bağımlılık altında çalışan kamu hukuku kurallarına tabi ise verilen zararlardan devlet veya diğer kamu tüzel kişileri sorumlu olacağından idare hukuku esasları uygulanacak ve uyuşmazlık için kural olarak idari yargıda tam yargı davası açılacaktır¹⁹⁹. Dolayısıyla hasta tazminat davasını, tam yargı davası olarak ve ancak Sağlık Bakanlığı'na yöneltmek suretiyle ikame edebilecektir. Bakanlık aleyhine ikame edilen bu dava neticesinde tazminata hükmedilirse, Bakanlığın sorumlu hekime rücu davası açabilmesi mümkündür²⁰⁰.

¹⁹⁸ Ferhat Canbolat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 80, 2009, s. 157-158.

¹⁹⁹ Gezder, (TBK m. 66), a.g.e., s. 64.; İ. Hamit Hancı, *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara, 2002, s. 150.; Battal Yılmaz, a.g.e., s. 235.; Devletin, yani idarenin görevlendirdiği memur ve kamu görevlilerinin kusurlu davranışlarından sorumlu olduğuna dair bkz. Aşçıoğlu, a.g.e., s. 114.

²⁰⁰ Narter, a.g.e., s. 182-183.; Battal Yılmaz, a.g.e., s. 235.; Hancı, a.g.e., s. 151.

Yargıtay bir kararında davalı doktorun kamu görevlisi olarak yetkilerini kullanırken işlediği kusurlu eylemden doğan tazminat davasının, kendisine rücu edilmek koşulu ile ancak idare aleyhine açılabileceği, davalı doktor gerçek kişi olduğundan bahisle idari yargıda aleyhine dava açılmayacağı, dolayısıyla davalı doktor hakkındaki davanın husumet nedeniyle reddinin gerektiğini belirtmiştir²⁰¹.

Hekimin görevi sırasında dikkatsiz ve tedbirsiz eylemleri neticesinde hastanın ölümüne sebep olduğu iddiası ile ikame edilen davada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kamu görevlisinin işlediği eylemin kasten veya ihmalen işleyip işlemediğine bakılmaksızın, bu eylemlerden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin kabulünün zorunlu olduğunu belirtmiştir. Söz konusu davada hekimin dikkatsiz ve ihmalkâr davrandığı iddialarının, davalı hekimin görevi dışında kalan kişisel bir kusuruna dayanılmadığından bahisle hekime yöneltilemeyeceğini belirtmiş ve husumetin kamu görevlisine değil, idareye yöneltilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁰². Nitekim devlet hastanesinde çalışan doktorun, ameliyat sırasında yapmış olduğu haksız eylemine istinaden maddi manevi tazminat talebi ile doktora karşı ikame edilen davada Yargıtay, davalının kamu görevlisi sıfatını haiz doktor olduğundan bahisle davanın husumet yönünden reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁰³.

Yine Yargıtay'ın 2009 tarihli bir kararında, devlet hastanelerinde yapılan hizmetin kamu yararı amacı taşıyan kamu hizmeti niteliğinde olduğu, kamu hizmetinden kaynaklı zararların idare aleyhine açılacak tam yargı davası altında talep edilebileceği ifade edilmiştir²⁰⁴.

Konu ile ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, TCDD İşletmesinin sağlık hizmeti vermek amacıyla kurduğu Ankara Hastanesi'nde yürütülen hizmetin işleyişindeki yetersizlik nedeniyle hizmet kusurunun ortaya çıktığı ve bu nedenle uğranılan zararların kusurlu hizmeti işleten davalı idarece tazmininin talep edildiği bir olay hakkında vermiş

²⁰¹ Yargıtay 13. H.D. 2002/5171 E. 2002/6918 K., Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 08.01.2022.

²⁰² YHGK 2012/4-729 2013/163 K. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 08.01.2022.

²⁰³ Yargıtay 4. H.D. 2013/9945 E. 2013/12172 K., (Sami Narter, a.g.e., s. 197).

²⁰⁴ Yargıtay 13. H.D. 2008/14648 E. 2009/689 K (Sami Sami, (2016), a.g.e., s. 200).

olduğu 2003 tarihli bir kararında: “zararın kamu hizmetinin yürütölmesi sırasında doğduğu nedeniyle idarenin hizmet kusuruna dayanılmış olması karşısında, kamu hizmeti yürüten TCDD İşletmesinin bu hizmeti yürüttüğu sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan dava, olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütölüp yürütölmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanmasını gerektirmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2/1-b. maddesi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir.” Şeklinde Ankara 23. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin davalı TCDD İşletmesinin görev itirazının reddine ilişkin kararının kaldırılması şeklinde hüküm kurulmuştur²⁰⁵.

Yargıtay şahsi kusur veya hizmet kusuru fark etmeksizin davanın idare aleyhine açılabilceğini içtihat etmektedir. Ancak bununla birlikte istisnai olarak bir kamu görevlisinin görev yetkisini aşan eylemleri bakımından (örn: cinsel taciz, kasten yaralama) kamu görevlisi aleyhine dava açılabilceği belirtilmektedir²⁰⁶.

²⁰⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü E. 2003/16 K. 2003/23 Kazancı İctihat Bankası, E.T. 18.08.2022.; Bu konuda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin farklı kararlar için bkz. E. 2020/657 K. 2020/769; E. 2006/251 K. 2006/271.

²⁰⁶ Hakeri, a.g.e. s.804.

BÖLÜM IV

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALE

1. Genel Olarak;

1948 Tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin²⁰⁷ 3. Maddesinde: “*yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır*” şeklinde ve yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin²⁰⁸ 2. Maddesinde: “*Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.*” şeklinde düzenlendiği üzere çağdaş hukuk sistemi yaşama hakkına saldırıyı kişilik hakkına saldırı olarak kabul etmiştir²⁰⁹. Türk Hukuk sisteminde de insan sağlığına ve/veya vücut bütünlüğüne yönelmiş bir müdahale, bireyin kişilik hakkı ihlaline sebep olmaktadır. Zira Anayasamızın 17. Maddesinde yer alan: “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” İfadeleri ile bireyin vücut bütünlüğünün ve maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının en temel kişilik haklarından olduğu açıkça ifade edilmiştir.

TMK m. 24/2'de kişilik haklarına yapılan müdahaleyi hukuka uygun kılan hallerden birinin varlığı kanıtlanmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırılık teşkil edeceği düzenlenmiştir. Maddeye göre kişilik hakkına yapılan bir saldırının hukuka uygun olabilmesi ancak zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınması ile mümkündür²¹⁰.

Anayasamızın 17. Maddesinin 2. Fıkrasında da: “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz.*” İfadeleri ile de istisnai durumlarda bireyin vücut

²⁰⁷ 10 Aralık 1948'de Paris'teki Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından tüm halklar ve tüm uluslar için ortak bir başarı standardı olarak ilan edildi. [udhr.pdf \(un.org\)](https://www.un.org/ruhr.pdf) E.T. 18.08.2022.

²⁰⁸ 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan “İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS). RG T. 19.03.1954, S. 8662. [European Convention on Human Rights \(coe.int\)](https://www.coe.int/turkey/Convention_on_Human_Rights) E.T. 18.08.2022.

²⁰⁹ Aşçıoğlu, a.g.e.,s. 11.

²¹⁰ Hatemi/ Oğuztürk, a.g.e., s. 58 vd.; Gör, a.g.e., s. 47.

bütünlüğüne yönelik müdahalede bulunulabileceği düzenlenmiş olup, bu istisnai durumlar “tıbbi zorunluluk” ve “kanunda yazılı haller” olarak sınırlı sayıda düzenlenmiştir.

Tıbbi müdahaleler, tıp biliminin doğası gereği kişilik hakkı ve onun koruduğu maddi ve manevi değerlerle iç içedir. Kişilik hakkına yapılacak her müdahalenin hukuka aykırı olduğu ancak birtakım hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde müdahalenin hukuka aykırılık teşkil etmeyebileceğini belirttik. Bu minvalde tıbbi müdahaleler bakımından belirli koşulların varlığı sağlandığı takdirde hukuka uygun biçimde bireyin vücut bütünlüğüne müdahale edilebilmesi mümkündür.

Öğretide tıbbi müdahale kavramının birçok farklı tanımı bulunmakta olup, tek bir tanımda fikir birliğinin olduğunu söylemek mümkün değildir. Özellikle tıp biliminin yapısı gereği gelişen teknolojiden doğrudan etkilenmesi, yapay döllenme, kürtaj, doku alımı gibi birtakım tedavi amacı dışında tıbbi müdahalelerin söz konusu olması tek bir tanımda hem fikir olunmasını zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte tıbbi müdahalenin yaşam hakkı başta olmak üzere özel yaşam hakkı, sağlık hakkı ve bunun gibi birçok temel hak ve özgürlükle doğrudan veya dolaylı bir ilişki içerisinde olması tıbbi müdahale kavramını hukuk bilimi açısından önemli bir mesele haline getirmektedir²¹¹. Nitekim zorluk derecesi fark etmeksizin en basit tedavi işleminden en zorlu cerrahi operasyonlara kadar tıbbi eylemlerin tamamı tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilmektedir²¹². Bu minvalde oldukça geniş bir kavram olan tıbbi müdahale kavramı için hukuk sistemimizde birtakım kıstaslar belirlenerek belirli tanımlamalar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği 4. Maddesinde tıbbi müdahale: “*Tıbbi müdahale: Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi,*” şeklinde tanımlanmıştır.

²¹¹ Meral Ekici Şahin, “Ceza Hukukunda Rıza”, (Ankara Üniversitesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010), s. 271.

²¹² Mustafa Kıcıoğlu, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, 1.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s. 1.

Ayan, tıbbi müdahaleyi: “tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet” şeklinde tanımlamıştır²¹³. Tıbbi müdahaleyi tıp mesleğini icra etme yetkisini haiz kişiler tarafından fiziksel ya da psikolojik rahatsızlıkların teşhisi, tedavisi ve/veya önlenmesine yönelik faaliyetler olarak tanımlamak da mümkündür²¹⁴. Yine farklı bir tanımda tıbbi müdahale yetkili kişiler tarafından kişinin yaşamını, vücut bütünlüğünü ve sağlığını tehdit eden fiziksel ya da psikolojik hastalıkları, hastalık niteliği taşımayan fiziksel ya da psikolojik bozuklukları teşhis etmek, tedavi etmek, hastalıklardan korumak veya nüfus planlaması yapabilmek amacıyla gerçekleştirilen her türlü tıbbi girişim olarak ifade edilmiştir²¹⁵.

Tıbbi müdahale “fiziki ve ruhi girişim” olarak ifade edilmiş olup, en basit teşhis veya muayene işlemlerini de en ağır cerrahi müdahaleleri de bünyesinde barındırmaktadır. Aşı vurulması, dolgu yapılması yahut kök hücre tedavisi, hepsi tıbbi müdahale kapsamındadır. Kapsamının bu denli geniş olması sebebi ile tıbbi müdahaleler Eğitim amaçlı tıbbi araştırma ve denemeler, önleme amaçlı tıbbi müdahaleler, teşhis/tedavi etme amaçlı tıbbi müdahaleler gibi çeşitli şekillerde sınıflandırılabilir.

Tıbbi müdahaleler, doğrudan bireyin maddi manevi bütünlüğüne yönelik müdahalelerdir. Ancak diğer müdahalelerden farklı olarak tıbbi müdahale, dayandığı hukuki sebep ve şartları eksiksiz biçimde mevcut olduğu sürece hukuka uygun müdahale olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda da değindiğimiz üzere özel hukuk çerçevesinde tıbbi müdahale kişilik haklarının ihlali anlamına gelmekte olup, ceza hukuku kapsamında da kasten yaralama niteliğinde kabul edilmektedir²¹⁶. Dolayısıyla bir tıbbi müdahalenin meşru kabul

²¹³ Ayan, a.g.e., s. 5.

²¹⁴ İsmail Atak, “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları”, *Totbid Dergisi* 2020;19:19–26, s.19.

²¹⁵ Ayça Çakal, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*, (Akdeniz Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2018), s. 5

²¹⁶ Hakeri, a.g.e. s. 235.; Filiz Yavuz İpekyüz, Filiz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:20, Sayı:33, (2015) s.41.

edilebilmesi için aşağıda başlıklar altında izah ettiğimiz birtakım şartların varlığı aranmaktadır.

2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için öncelikle müdahalenin ehil kişi tarafından gerçekleştirilmesi, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi veya güzelleştirme gibi hukuken kabul edilebilir amaca yönelik olması, hastanın rızasının alınması ve müdahalenin tıp biliminin sınırları içerisinde kalması gerekmektedir²¹⁷. Dolayısıyla bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu şu üç şart ile özetlenebilir; tıbbi müdahalenin ehil kişi (sağlık personeli) tarafından gerçekleştirilmesi, aydınlatılmış hastanın rızasının alınması, müdahalenin meşru bir amaca yönelik olarak (müdahale gerekliliği) ve tıp biliminin verilerine göre uygun olması.

2.1. Tıbbi Müdahalenin Ehil Kişi (Sağlık Personeli) Tarafından Gerçekleştirilmesi

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için ve hatta müdahalenin “tıbbi müdahale” olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle müdahalenin yetkili bir kişi tarafından yapılmış olması gerekmektedir²¹⁸. Yetkisiz kimselerin tıbbi müdahalede bulunması halinde hem tıbbi müdahale yapma yetkisini haiz kimselerin subjektif hakkı zedelenmekte hem de kamu sağlığı ve düzeni açısından telafisi güç zararlar ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple kamu yararı gereği tıbbi müdahalede bulunma yetkisine sahip kimseler birtakım hukuki düzenlemeler ile sınırlandırılmaya çalışılmıştır.

Bireyin maddi manevi vücut bütünlüğünü doğrudan ilgilendiren tıbbi müdahalede bulunabilme yetkisi hukuk sistemimizde yalnızca sağlık personellerine verilmiştir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 1. Maddesinde hasta tedavi edilebilmesi için tıp fakültesi diploması sahibi olunması bir şart olarak belirtilmiştir. Nitekim bu nitelendirme ile de tıbbi müdahale yetkisinin

²¹⁷ Berna Özpınar, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s. 18.; Hakeri a.g.e. s.50.; Mahmut Koca, “Yeni TCK’da Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, 2006, s. 162.

²¹⁸ Kayıhan İçel ve Diğerleri, Suç Teorisi 2. Kitap, 3. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2004, s.75.

hekimler başta olmak üzere yalnızca sağlık mesleği mensuplarına tanındığı anlaşılmaktadır²¹⁹. Bu düzenlemeler tıbbi müdahalenin eğitimsiz kimseler tarafından yapılmasını önleme, bireyin ve toplumu koruma amacı taşımaktadır²²⁰.

Hekimlerin yanı sıra kimlerin tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olduğu da 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda belirtilmiştir. Bu kimseler hekimler ve dış hekimleridir. Kanun'un Ek 13. Maddesinde tabipler ve dış tabipleri dışındaki sağlık personellerinin hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi icraatında bulunamayacağı ve reçete yazamayacağı şu şekilde hüküm altına alınmıştır: *“Tabipler ve dış tabipleri dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamaz ve reçete yazamaz.”*. Bir başka ifade ile madde metninde sayılan sağlık mesleği mensuplarının²²¹ yalnızca yetkili hekimin teşhis ve tedavi planlamasına bağlı olarak tıbbi müdahaleye dahil olabileceği düzenlenmiştir.

1219 sayılı Kanun'un 8. Maddesinde ülkemizde hekimlik yapılabilmesi bakımından belirli bir alanda uzmanlık şartı aranmadığı, işbu kanunda belirtilen niteliklere sahip kimselerin hekim olarak görev yapılabileceği düzenlenmişse de aynı Kanun'un 3. Maddesinde cerrahi müdahalelerde bulunulabilmesi için uzmanlık belgesine sahip olunması gerektiği belirtilmiş, yine 23. Maddede önemli cerrahi müdahale esnasında mutlaka uzman hekimin bulunması gerekliliği de hüküm altına alınmıştır²²². Dolayısıyla uzmanlık eğitimi/belgesi almamış bir hekimin, istisnai/zorunlu haller dışında söz konusu uzmanlık gerektiren alanda tıbbi müdahalede bulunmayacağı, aksi takdirde müdahalenin hukuka aykırı olacağı açıktır²²³. Nitekim Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün 4. Maddesine göre uzmanlık belgesi almayan hekimlerin hiçbir şekilde

²¹⁹ Yenerer Çakmut, a.g.e., s.27; Atak, a.g.e. s.20; Hakeri, a.g.e. s. 236.; Ezhan Doğan Pakel, Tıp Hukukunda İzin Verilen Risk, (İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2019), s.17.; Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul: Sermet Matbaası, 1972, s. 112.

²²⁰ Hakeri, a.g.e., s. 236-237.; Kayaer, a.g.e., s.78.

²²¹ Örn: anestezi teknisyeni, diyetisyen, fizyoterapist.

²²² Atak, a.g.e. s.21.; Hakeri, a.g.e., s. 240.

²²³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.s.380.

uzmanlık yetkisini kullanamayacağı ve uzmanlık alanı ile ilgili faaliyetlerde bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır²²⁴.

Tıbbi müdahalenin yetkili sağlık personeli tarafından yapılmaması durumunda yetkisiz hekimlik suçu gündeme gelecektir. 1219 Sayılı Kanun'un 25. Maddesinde yetkisiz hekimlik suçu düzenlenmiş olup, diploması olmadığı halde hekimlik faaliyetlerinde bulunan kişilerin hapis ve adli para cezası ile cezalandırılacakları hüküm altına alınmıştır. Bu suç tipi ile korunması amaçlanan hukuki yarar kamu sağlığı olup, suç tipinin mağduru ise toplumu oluşturan tüm bireylerdir. 1219 Sayılı Kanun'un 25. Maddesinde suçun, diplomasız fail tarafından birtakım tedavi işlemlerine girişilmesi yahut hekim unvanının takınılması fiilleri ile işlenebileceği belirtilmiştir.

Diplomasız kişinin birtakım tedavi faaliyetlerinde bulunmuş olması durumunda, kişinin fiillerinin tedavi mahiyetinde olup olmadığı yetkin bilirkişilerce yapılacak inceleme ile belirlenecektir. Örneğin alternatif tıp olarak bilinen, geleneksel tıp ürünlerinin satışı yahut zencefil, melisa çayı gibi tavsiyeler tedavi niteliğini karşılamamakta olup, bu tip fiiller yetkisiz hekimlik suçunu oluşturmayacaktır. Yetkisiz hekimlik suçunun söz konusu olabilmesi için kişinin eyleminin hekimlik sıfatını gerekli kılacak ölçü ve yoğunluğa ulaşması gerekmektedir. Bunun tespiti ise tıp bilimi alanında uzman bilirkişilerce yapılacaktır. Örneğin güzellik salonu işleten ve hekimlik diploması bulunmayan ancak IPL cihazı kullanmak suretiyle lazerli epilasyon işlemleri yapan sanık hakkında Yargıtay, lazerli epilasyon işleminin hasta tedavi etmek olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususlarında dermatoloji uzmanından bilirkişi raporu alınması gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur²²⁵.

Yukarıda bahsi geçen 25. Maddede yalnızca tedavi düzenlenmekte olup, iyileştirme amacı bulunmayan tıbbî müdahalelere yer verilmemiştir. Dolayısıyla iyileştirme amacı

²²⁴ Hakeri, hekimin bilgi, tecrübe ve donanım olarak tıbbi standardı sağlayamayacak durumda olmasına rağmen müdahalede bulunduğu durumda üstlenme kusurunun ortaya çıkacağını belirtmiştir. Bkz. Hakeri a.g.e. s. 915.

²²⁵ T.C. Yargıtay 19. Ceza Dairesi E. 2016/7814 K. 2017/11236 T. 18.12.2017, Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 09.01.2022.

bulunmayan tıbbî müdahaleler 25. Madde kapsamında yaptırım altına alınmamaktadır. Örneğin estetik müdahaleler tedavi kapsamında değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla salt güzellik amaçlı icra edilen estetik faaliyetler diplomasız kişiler tarafından yapılsa da bu eylemler 25. Madde kapsamında girmemektedir. Bu halde kişilerin vücut dokunulmazlığının ihlali kapsamında kasten yaralama kapsamında sorumlu tutulması mümkündür²²⁶.

Türk Ceza Kanunu'nda²²⁷ yetkisiz kimseler tarafından gerçekleştirilen birtakım müdahaleler bakımından doğrudan düzenlemeler mevcuttur. Örneğin TCK 101. Maddesi'nin 2. Fıkrasında: *“Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”* Şeklinde, kısırlaştırmanın yetkisiz bir kişi tarafından yapılması hali ayrıca hüküm altına alınmıştır.

Ön hekimler (intörn) henüz diplomalarını almamış olduklarından, bir başka deyişle henüz hekim kabul edilmediklerinden özel hukuk bakımından sorumlulukları yardımcı şahıs sorumluluğuna tabii olup, ceza hukuku bakımından ise yalnızca sorumlu hekimin gözetimi altında yapacakları tıbbi müdahalelerden sorumlu olmayacaklardır²²⁸.

2.2.Aydınlatılmış Hastanın Rızasının Alınması

Geleneksel anlayışta, hastanın düşüncesi ne olursa olsun onun yararına davranma, zarar vermeme anlayışı yatmaktadır. Hasta için en doğru kararın hekim tarafından verilebileceği paternalist yaklaşımın 20. Yüzyıl itibarıyla son bulduğundan detaylıca bahsetmiştik. Özellikle yaşama hakkı, sağlık hakkı, vücut bütünlüğü gibi kavramların gündeme gelmesi ve hastanın edilgenlikten sıyrılıp ilişki sürecinde katılımcı ve söz sahibi konuma gelmesi aydınlatma ve rıza kavramlarını da beraberinde getirmiştir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün tartışıldığı; hastanın aydınlatılmasına, rızasının alınmasına ve ilgili hukuki ve etik sorumluluğunun tamamlanmasına önemli katkıda

²²⁶ Emre Dizdar, “Yetkisiz Hekimlik Suçu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 11, Sayı: 38 (Nisan 2019), s.306.

²²⁷ RG T. 12.10.2004, S. 25611.

²²⁸ Hakeri, s. 239.

bulunan davalardan birisinin 1905 tarihli Mohr/Williams davası olduğu ifade edilmektedir²²⁹. Yapılan muayeneler neticesinde sağ kulağından ameliyat olmayı kabul eden Mohr'un ameliyat sırasında ve bilinci kapalı iken sol kulağının sağ kulağından daha kötü durumda olduğunun tespit edilmesi üzerine Dr. Williams hastanın rızasını almadan ameliyatı sol kulak üzerinde gerçekleştirmiştir. Daha sonra Mohr Dr. Williams'ı taraf göstererek müdahalenin hukuka aykırı olduğu iddiası ile dava açmış ve dava neticesinde her bireyin fiziksel dokunulmazlığa sahip olduğu ve üçüncü bir kişinin bireyin fiziksel dokunulmazlığına yönelik yetkisiz müdahalesinin saldırı olarak nitelendirileceği belirtilmiş, hastanın vücut bütünlüğüne yönelik girişimlerin ancak her bir girişim için ayrı ayrı onam alınmak suretiyle gerçekleştirilebileceği sonucuna varılmıştır²³⁰.

II. Dünya Savaşı esnasında Nazi kamplarında insanlar üzerinde rızaları dışında yapılan deneylerin mahkemelerde ortaya çıkması neticesinde tarihe “Nuremberg Kodları” olarak geçen 10 Madde Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komitesi'ne sunulmuştur²³¹. Nuremberg Kodları'nın ilk maddesinde: “*Kişinin gönüllü onayı kesinlikle gereklidir.*” Şeklinde kişinin gönüllü onayı, yani rızası açıkça vurgulanmıştır²³². Nuremberg Kodları hasta haklarının işlendiği ilk belgelerdendir. Sonraki yıllarda Lizbon Bildirgesi (1981), Amsterdam (1994) ve Bali (1995) bildirgeleri gibi birçok bildirmede rıza ve hasta hakları kavramları vurgulanmış, geliştirilmiştir²³³.

2.2.1. Aydınlatılmış Onamın Hukuki Dayanakları

Hukuk sistemimizde hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tüm tıbbi müdahaleleri kapsayacak şekilde ayrıntılı biçimde düzenleyen bir kanun bulunmasa da aydınlatma

²²⁹ Cemil Aykut Aykın, “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi uygulama Hatası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, sayı 119, Temmuz 2016, s.61.; Subaşı, a.g.e., s. 22-23. Ayrıca Subaşı, aydınlatılmış onam konusunda en erken davanın 1767 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde görüldüğünü ifade etmiştir. Bkz. Subaşı, a.g.e., s. 22.

²³⁰ Mine Kaya, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2012, Sayı 100, s.61.

²³¹ Hakan Ertin, M. Kemal Temel, İnsan Üzerindeki Deneyler ve İlgili Etik-Yasal Metinler, *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi*, Eylül 2016; Cilt 21, Sayı 3, s. 224.

²³² British Medical Journal No 7070 Volume 313: Page 1448, December 1996, [The Nuremberg Code \(1947\) | The BMJ](#) (E.T. 26.08.2022)

²³³ Funda I. Özcan, a.g.e., s. 53 Vd.; Subaşı, a.g.e., s. 34-35.

yükümlülüğüne dair kanuni birtakım dayanaklar mevcuttur. Bu yükümlülük en başta Anayasa'nın 17. Maddesine dayanmaktadır. İlgili maddede:

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”

Şeklinde aydınlatılmış rıza vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 90. Maddesi uyarınca ulusal mevzuatımızın bir parçası olan Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. Maddesinde, “rıza” ile ilgili olarak sağlık alanında herhangi bir müdahalenin dahi ilgili kişinin ancak bilgilendirilip özgür rızası alındıktan sonra yapılabileceği ve bu muvafakatin her zaman ilgili kişi tarafından geri alınabileceği düzenlenmiştir. Sözleşmede, sağlık alanında yapılacak herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin müdahaleye özgürce ve aydınlatılmış şekilde onam vermesinden sonra yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

TMK 23. Maddesinde kişinin hak ve fiil ehliyetlerinden vazgeçemeyeceği, özgürlüklerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine TMK m. 24/2’de kişilik haklarına yapılan her saldırının, kişinin rızası veya daha üstün nitelikli özel-kamu yararı ile haklı kılınmadıkça hukuka aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir. TMK 2. Maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı, kişilik haklarına saldırı halinde tazmin borcunun düzenlendiği TBK 49, 56 ve 58 sayılı maddeleri ve TBK m. 506’da düzenlenen vekilin özen yükümlülüğü aydınlatma yükümlülüğünün dayanaklarıdır²³⁴.

Anayasa ve Türk Medeni Kanun’un kişilik hakkını koruma amacına yönelik hükümleri dışında, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. Maddesinde rıza alma yükümlülüğü şu şekilde ifade edilmiştir:

²³⁴ İlhan Subaşı, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü Aydınlatılmış Onam Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2016, s. 37.

“Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.”

Öte yandan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 14. Maddesinde: *“Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lâzımdır.”* Şeklinde hastanın psikolojik hali üzerinde herhangi bir olumsuz etki yaratacak ve hastanın sağlığını olumsuz etkileyecek durumlar hariç olmak üzere kural olarak teşhise göre alınması gereken tedbirler hakkında hastanın aydınlatılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Hasta Haklar Yönetmeliği 31. Maddesinde: *“Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.”* Şeklinde hastanın rızası alınırken bilgilendirilmesi ve aydınlatılması gerektiği düzenlenmiştir. Nitekim tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılması için hastanın rızasının aydınlatılmış bir rıza olması gerekir²³⁵.

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 26. Maddesinde de: *“Hekim hastasını sağlık durumu ve konulan tedavi, yöntemin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır”* Şeklinde hekimin hastayı hangi hususlarda aydınlatmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Tüm bu yasal düzenlemeler hastanın aydınlatılmasının ve rızasının alınmasının hem önemini vurgulamakta hem de bir zorunluluk olduğunu göstermektedir.

²³⁵ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 27.; Baysal, a.g.e., s. 116.; Hancı, a.g.e., s. 72.

2.2.2. Aydınlatma Kavramı

Hasta Haklar Yönetmeliği 4. Maddesinde tanımlandığı üzere aydınlatma kavramı; tıbbi müdahalede bulunacak yetkili kişinin, ilgili kişiyi yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale hakkında müdahale öncesinde bilgilendirmesini ifade etmektedir. Hekimin, ilerleyen kısımda “aydınlatma kapsamı” başlığı altında belirttiğimiz hususlar bakımından hastayı bilgilendirmesi, hastayı uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin özgürce karar verebileceği duruma getirmesi, yani hastanın aydınlatılması tedavi akdinden doğan bir borç olarak kabul edilmektedir²³⁶.

Hekim aydınlatma borcunu yerine getirirken hastanın kültürel, toplumsal ve psikolojik hal ve durumlarına dikkat etmelidir. Hekim, hastanın bu özelliklerini de dikkate alarak onun açık ve net biçimde anlayabileceği şekilde, mümkün olduğu ölçüde tıbbi terimler kullanılmadan ve uygun bir ortamda aydınlatma borcunu yerine getirmelidir²³⁷.

Aydınlatma ile amaç, tıbbi müdahaleye onamın hastanın özgür iradesine dayanılarak sağlıklı ve hukuka uygun biçimde alınabilmesidir. Aydınlatılmış bir hasta tıbbi müdahale yapılıp yapılmamasına, müdahalenin ne şekilde gerçekleşeceğine özgür iradesi ile karar verecek, bir başka deyişle kendi geleceğini kendisi belirleyecektir. Dolayısıyla hasta ancak tıbbi müdahale hakkında gerekli aydınlatma yapıldığı takdirde özgür bir şekilde karar verebilecektir. Hastaya gerekli aydınlatmanın yapılmaması, hastanın geleceğini belirleme noktasında iradesini zedeleyecektir. Tıbbi müdahaleyi tüm risk ve sonuçları ile yeterince anlamamış olan hastanın rızasının özgür iradesine dayandığından bahsedilemeyecektir²³⁸. Hastanın tıbbi müdahale işlemine rıza göstermesi başlı başına yeterli kabul edilmemektedir.

Aydınlatma ile amaçlanan başka bir husus da hastanın teşhis-tedavi süreçlerine katılımının sağlanması, hastanın işbirliği yeteneğinin arttırılmasıdır. Bu şekilde aydınlatma neticesinde tedavi imkânlarından haberdar olan hastanın kendisini kurtarabilecek bir müdahale imkanından mahrum kalma ihtimali azalmaktadır. Yine

²³⁶ Ayan, a.g.e., s. 71.; Çilingiroğlu, a.g.e., s. 59.; Hancı, a.g.e., s. 52.

²³⁷ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 29.; Battal Yılmaz, a.g.e., s. 68.; Hancı, a.g.e., s. 54.; Subaşı, a.g.e., s. 36.

²³⁸ Hakeri, a.g.e., s. 266.; Kayaer, a.g.e. s. 164.; İlgin, a.g.e., s. 90.

aydınlatma ile hastanın sağığına yönelik tehlikelerin önlenmesi ve hastanın tedavinin başarısını olumsuz etkileyecek herhangi bir davranışta bulunmaması hedeflenmektedir²³⁹.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için hastanın herhangi bir talebi olması gerekmez. Aydınlatma açıkça istenmese bile hekim tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Ancak hekimin bu yükümlülük icap eden aydınlatmanın kapsamı ile sınırlıdır. Aydınlatmanın borcunun kapsamı somut olayın özelliğine göre genişleyebilir ve hatta daralabilir²⁴⁰.

2.2.3. Aydınlatma Kapsamı

Aydınlatma kapsamına giren hususlar Hasta Hakları Yönetmeliğı 15. Maddesinde: *“hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceğı, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceğı fayda ve riskler ile hastanın sağığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceğı”*, Şeklinde detaylıca belirtilmiştir.

Hekimlik Meslek Etiğı Kuralları’nın 26. Maddesinde de hekimin hastasını konulan tanı, önerilen tedavi, müdahalenin olası riskleri, kullanılan ilaçların olası yan etkileri, tedavinin reddedilmesi halinde meydana gelecek sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatmakla yükümlü olduğı düzenlenmiştir²⁴¹. Maddenin devamında aydınlatma esnasında hastaya verilen bilgilerin anlaşılır ve net biçimde verilmesi gerektiğı, eksik yapılan aydınlatmanın geçersiz olduğı ifade edilmiştir. Zira hastanın geleceğini bizzat belirlemesi hakkına saygı gösterilmesi, eksik veya yanlış bilgilendirilmemesi gerekmektedir.

²³⁹ Subaşı, a.g.e., s. 41.

²⁴⁰ Battal Yılmaz, a.g.e., s. 73.; Hancı, a.g.e., s. 56. Subaşı, a.g.e., s. 50.

²⁴¹ Aydınlatma kapsamı ile ilgili bkz. Aşçıoğlu, s. 31.; Hancı, a.g.e., s. 52-53.; Subaşı, a.g.e., s. 40-41.;

Yönetmeliğin 15. Maddesinin (ç) bendinden de görüleceği üzere muhtemel komplikasyonlar da aydınlatma yükümlülüğü kapsamına girmektedir. Gerçekten de hastanın rızasının hukuken geçerli kabul edilebilmesi için tıbbi müdahale esnasında veya sonrasında oluşması muhtemel risklerin anlaşılır biçimde hastaya izah edilmiş olması gerekmektedir²⁴². Hasta teşhis veya tedavi bakımından mevcut durumu ve olası riskleri kavramış olmalıdır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 02.07.2014 Tarihli kararında bu husus: *“Davacı tarafından 24.03.2008 tarihinde imzalanan ‘‘Bilgilendirilmiş Onam’’ belgesinde işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir.”* Şeklinde ifade edilmiştir²⁴³.

Yargıtay'ın 2020 tarihli kararında ortaya çıkan hasarın komplikasyon olmasının aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı zira hastanın komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmesinin aydınlatma yükümlülüğünün bir gereği olduğu şeklinde hüküm kurulmuştur²⁴⁴.

Yine Yargıtay 2018 tarihli bir kararında: *“... davacıya yapılan ameliyat sonucunda oluşabilecek olası komplikasyonların anlatıldığına ve davacının bu işleme rıza gösterdiğine dair aydınlatılmış onam alındığına dair bir belge sunmamışlardır. ... aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş oluşu, yapılan müdahaleyi hukuka aykırı hale getirdiğinden, davalıların manevi tazminat dışında maddi tazminattan da sorumlu olduklarının kabulü gerekir.”* Şeklinde olası komplikasyonların da aydınlatma yükümlülüğüne dahil olduğu açıkça belirtilmiştir²⁴⁵.

²⁴² Ayan, a.g.e., s. 72.; Çilingiroğlu, a.g.e., s. 57.; Hakeri, a.g.e., s. 263.; Funda I. Özcan, a.g.e., s. 79.; İlğün, a.g.e., s. 91.; Savaş, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 276.; Subaşı, a.g.e., s. 41.; Şenocak, (1998) a.g.e., s. 44.; Yener Ünver, Türk Tıp Hukukunda Rıza, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: 3, Sayı: 2, 2006, s. 239.

²⁴³ Gizem Oluş Alkan, Dâhili ve Cerrahi Tıp Hekimlerinin Tıbbi Müdahale Öncesinde Hastalardan Alınan Aydınlatılmış Onam Bilinci Ve Uygulamaları, (İstanbul Medipol Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2021) s.3.; Yine Bkz. Yargıtay 13. H.D. 2016/25663 E., 2018/7615 K. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 20.07.2021.

²⁴⁴ Yargıtay 13. H.D. 2017/8515 E., 2020/5427 K, Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 03.03.2022. Benzer bir karar için bkz. Yargıtay 13. H.D. 2015/30631 E. 2016/7474 K., Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 03.03.2022.

²⁴⁵ Yargıtay 13. H.D. E. 2016/25663 K. 2018/7615 T. 4.7.2018, Kazancı İçtihat Bankası E.T. 11.04.2022.; Yine bkz. Hancı, a.g.e., s. 53.; Yine bkz. Öztürkler, a.g.e., s. 74.

Hastanın açık bir talebi olmadığı sürece hekim, somut olayın gerektirdiği bir kapsamla sınırlı olacak şekilde yerine getirmekle yükümlüdür. Hastanın sağlık durumu, tıbbi müdahale, tıbbi müdahale risk, fayda ve sonuçları, komplikasyon ve tedavi süreçleri ile ilgili olarak hastanın aydınlatılması kural olarak yeterli olmakla birlikte hastanın, tıbbi müdahalenin ve somut olayın koşullarına göre aydınlatmanın kapsamı genişleyebilmekte ve hatta daralabilmektedir²⁴⁶. Örneğin tıbbi müdahalenin aciliyeti ile aydınlatmanın kapsamı arasında ters bir orantı mevcuttur²⁴⁷. Müdahalenin aciliyeti arttıkça aydınlatmanın kapsamı da daralmaktadır. Kişinin serbestçe düşünüp ciddi bir karar vermesi gereken estetik ameliyatlar bakımından ise aydınlatma kapsamı geniş tutulmaktadır. Hastanın kendi mesleğini icra etmesinde önemi bulunan organlarına ve yeteneklerine etkisi bulunan bir tehlikenin söz konusu olduğu hallerde de aydınlatma kapsamı genişleyecektir. Aydınlatmanın kapsamı doğrudan hastanın talebine göre de daralabilir veya genişleyebilir. Yine aydınlatmanın geniş tutulması durumunda hastanın psikolojik olarak olumsuz etkilenmesi söz konusu ise bu durumda da aydınlatmanın kapsamı dar tutulabilir²⁴⁸.

2.2.4. Aydınlatmanın Şekli

Hukukumuzca aydınlatmanın yapılmasında şekil serbestisi mevcut olup, hasta ve/veya yakınlarının yazılı ya da sözlü aydınlatılması mümkündür²⁴⁹. Aydınlatmanın şekli konusunda tercih hekime bırakılmıştır²⁵⁰. Bununla birlikte birtakım istisnai hükümler de mevzuatımızda yer almaktadır. Tababet ve Şubetai Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. Maddesinde: *“Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.”* Şeklinde büyük ameliyatlar için rızanın yazılı olmasının şart olduğu düzenlenmiştir.

²⁴⁶ Hancı, a.g.e., s. 56.; Subaşı, a.g.e., s. 50.

²⁴⁷ Battal, a.g.e., s. 74.; Hancı, a.g.e., s. 56.; Yine bkz. Hakeri, a.g.e., s. 286.

²⁴⁸ Subaşı, a.g.e., s. 51-54.; Hancı, a.g.e., s. 56.

²⁴⁹ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 27.; Ayan, a.g.e., s. 84.; Barış Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 104.; Cüneyt Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993, s. 72.; Hakeri, a.g.e., s. 319.

²⁵⁰ Funda I. Özcan, a.g.e., s. 100.; Hakeri, a.g.e., s. 320.; Kayaer, a.g.e. s. 268.; Subaşı, a.g.e., s. 58.

Yine Hasta Hakları Yönetmeliği 29. Maddesinde de organ ve doku alınmasına yönelik tıbbi müdahaleler öncesinde alınması gereken rızanın 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6. maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına tabi olduğu belirtilmiştir. İlgili hükümde organ ve doku verecek kişiden alınacak onamın yazılı ve imzalı olması gerektiği ayrıca iki tanık huzurunda alınması gerektiğini düzenlemiştir. Bu ve buna benzer sınırlı sayıdaki istisnai haller haricinde aydınlatılmış onamın yazılı olması zorunlu değildir.

Her ne kadar istisnai düzenlemeler dışında aydınlatmanın yazılı yapılması gerekmiyor olsa da sözlü yapılan aydınlatma ispat noktasında hekim aleyhine sorunlara sebebiyet verebileceğinden yazılı aydınlatma yapılması hekimin lehine olacaktır. Nitekim usulüne uygun aydınlatmanın yapıldığı konusunda ispat yükü hekime aittir. Dolayısıyla tıbbi girişim öncesinde aydınlatmanın yapılması ve onamın yazılı olarak alınması hekimin lehine olacak, olası bir uyuşmazlıkta ispat gücünü arttıracaktır²⁵¹.

Yargıtay, bir kararında matbu yapılan aydınlatma formları ile ilgili olarak, gerçekleştirilecek tıbbi müdahale ile ilgili sonuçlar ve komplikasyonlar hakkında ilgili kişinin yeterli derecede aydınlatılmadığı hususunun hekim tarafından ispat edilemediğini, hastaya imzalatılan formun daha önceden hazırlanmış matbu evrak niteliğinde olduğunu ve söz konusu tıbbi müdahale ile ilgili bilgilendirme içermediğini belirterek aydınlatmanın daha önce hazırlanmış form veya evraklar ile değil, kişiye özel olarak yapılması gerektiğinin altını çizmiştir²⁵².

2.2.5. Aydınlatılacak Kişi

Tıbbi müdahale bizzat hasta üzerinde uygulanacağından, müdahale hakkında direkt bilgi sahip olması gereken kişi de hastanın kendisidir. Dolayısıyla tıbbi müdahale bakımından aydınlatılması ve rızasının alınması gereken kişi hastadır²⁵³. Bu durum

²⁵¹ Hakeri, a.g.e., s. 321.; Subaşı, a.g.e., s. 58.

²⁵² Bkz. Yargıtay 13. H.D. 2016/7094 E. 2019/3740 K.; Yargıtay 13. H.D. 2015/32882 E. 2016/24003 K.

E.T. Lexpera Hukuk Bilgi Bankası, 19.04.2021.; Farklı kararlar için bkz. İlğün, a.g.e., s. 155.

²⁵³ Ayan, a.g.e., s. 82.; Çilingiroğlu, a.g.e., s. 70.; Hakeri, a.g.e., s. 308.; Subaşı, a.g.e., s. 55.; Yenerer Çakmut, a.g.e. s. 235.

Hasta Hakları Yönetmeliği 18/3 Sayılı Maddesinde: “*Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır.*” Şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Hastanın bilgilendirildiğine dair aydınlatma ve onam formlarının hastanın eşi ve kızı tarafından imzalanmış olduğu bir olayda Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru neticesinde önüne gelen bu olayda ilgili formların başvuru yerine neden kendisinin eşi ve kızı tarafından imzalandığı hususunun hekimler ve hastane tarafından açıklanamadığını belirterek bu hususu vurgulamıştır²⁵⁴.

Yargıtay’ın 2012 tarihli bir kararında davacı hastaya ameliyatın risklerinin anlatıldığı ve hastanın rıza gösterdiğine bilgi ve belge sunulmadığından bahisle, ameliyat için hasta yerine kızının onamının alınması yeterli kabul edilmemiştir²⁵⁵. Yargıtay’ın daha yakın tarihli (2018) bir kararında, hasta yakını tarafından imzalanan bilgilendirme onam formu: “*hastaya gerekli bilginin verildiğini gösterir belge niteliğinde değildir*” şeklinde değerlendirilmiştir²⁵⁶.

Yine aydınlatma esnasında ilgili kişinin ayırt etme gücünü haiz olması, tıbbi müdahalenin sebep ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğine sahip olması, küçük veya kısıtlı olmaması gerekmektedir. Bir başka deyişle ilgili kişinin 18 yaşını doldurmuş ve ayırt etme yeteneğine sahip olması, dolayısıyla tam ehliyetli olması gerekmektedir²⁵⁷.

Aydınlatılması gereken kişinin rıza verme yeteneğinin bulunmadığı veya bilincinin kapalı olduğu hallerde hastanın yakınları aydınlatılabilir. Ancak bu noktada hastanın hangi yakının aydınlatılması gerektiği sorusu gündeme gelecektir. Bu durumu özel olarak düzenleyen bir kanun olmadığından Hakeri, ODASANK m.14’te yer alan; “*Yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.*” şeklindeki hükmün kıyasen uygulanarak; eş, reşit çocuklar,

²⁵⁴ AYM, Bireysel Başvuru, Fındık Kılıçaslan, 11.10.2018, Hakeri, a.g.e., s. 310.

²⁵⁵ Yargıtay 3. H.D. 2012/177 E. 2012/6939 K. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 08.01.2022.

²⁵⁶ Yargıtay 13. H.D. 2016/26894 e. 2018/8072 k. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 18.01.2022.

²⁵⁷ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 26.;

anne veya baba ve kardeşlerden birisi şeklinde bir sıralamanın uygun olacağını belirtmiştir²⁵⁸.

Aydınlatma ile ilgili diğer bir husus küçük ve kısıtlıların aydınlatılmasıdır. Küçük ve kısıtlılar ile ilgili olarak, muvafakatin veliden veya vasiden alınacağı, veli veya vasi yok ise izin şartının aranmadığı Hasta Hakları Yönetmeliği 24. Maddesinde hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla hasta küçük veya kısıtlı ise, kendisinin muvafakati geçerli kabul edilemeyeceğinden velisinin veya vasisinin izninin alınması şart olarak düzenlenmiştir. Hükümün devamında kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımının sağlanması gerekmektedir²⁵⁹.

Veli ve vasinin rıza verme yetkisi ile ilgili birtakım sınırlamalar da mevcuttur. Hasta Hakları Yönetmeliği 24/4 sayılı maddesinde belirtildiği üzere temsilcinin tıbben zorunlu bir müdahaleye rıza göstermemesi durumunda velayet veya vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi mahkeme kararı ile mümkündür. Dolayısıyla hekim, temsilcinin rıza vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyorsa ve bu durum hastanın hayatını tehlikeye sokuyorsa ilgili adli mercilere durumu bildirerek izin alabilmektedir. Ancak acil durumlarda, yani ilgili mercilere bildirimde bulunmak için yeterli vakit yok ise, hastanın hayati tehlikesi varsa ve tıbbi müdahalenin yapılması zorunluluk arz ediyorsa tıbbi müdahalede bulunmak hekimin takdirindedir.

2.2.6. Aydınlatma Yükümlüsü

Aydınlatma yükümlülüğü tedaviyi uygulayan, tıbbi müdahalede bulunan hekime aittir²⁶⁰. Ancak bu kural da kesinlik taşımamaktadır. Bazı şartlar altında tıbbi

²⁵⁸ Hakeri, a.g.e., s. 311.

²⁵⁹ Bkz. Subaşı, a.g.e., s. 55.;

²⁶⁰ B. Erman, a.g.e., s. 103.; Berfin I. Yılmaz, a.g.e., s. 402.; Kayaer, a.g.e. s.192.; Funda I. Özcan, a.g.e., s. 93-94.; Gör, a.g.e., s. 42.; Hancı, a.g.e., s. 59.

müdahalede bulunacak hekimin aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünü başka bir hekime bırakabilmesi mümkündür²⁶¹.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. Maddesinde:

“Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir.”

Şeklinde bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensuplarının farklı olmasının zorunlu olduğu hallerde başka bir sağlık mesleği mensubu tarafından bilgilendirme yapılabileceği belirtilmiştir.

Aydınlatma yükümlülüğünün muhatabı her halükârda hekim olmalıdır. Hekim, bu yükümlülüğü hemşire yahut başka bir personele bırakmamalıdır. Hasta bizzat uzmanından bilgi talebinde bulunma ve bilgi alma hakkını haizdir.

Yargıtay'ın 2006 tarihli kararında: *“Hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir.”* İfadelerine yer verilmiş olup, aydınlatma yükümlüsünün hekim olduğu açıkça ifade edilmiştir²⁶².

Yargıtay'ın 2019 tarihli bir kararında:

“Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir.

...

²⁶¹ Ayan, a.g.e., s. 82; Çilingiroğlu, a.g.e., s. 70; B. Erman, a.g.e., s. 103.

²⁶² Yargıtay 13. H.D. 2006/10057 E. 2006/13842 K. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 08.02.2022.

Aydınlatma yükümlülüğünün asıl olarak hekimin üzerinde olduğunun kabulü gerekir. Dosya kapsamından aydınlatmanın makul bir süre önce yapılmadığı, hastaya düşünmesi için makul bir süre verilmediği, Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği anlaşılmakta olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden her iki davalının da sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, aydınlatıcı onam yükümlülüğünün yerine getirilmesinden hekim ve hastanenin birlikte sorumlu olduğu kabul edilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, aksi düşünce ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

Şeklinde aydınlatılmış onamda ispat külfetinin de hekim veya hastanede olduğu belirtilmiştir²⁶³.

2.2.7. Aydınlatma Çeşitleri

a. Otonomi (Karar) Aydınlatması

Otonomi, kelime anlamı itibarıyla özerklik kavramına denk gelmektedir. Otonom aydınlatması, hastanın geleceğini bilerek ve kendi rızası doğrultusunda tayin etmesine fırsat verilmesi için gereken aydınlatmayı ifade etmektedir²⁶⁴. Hekim, hastayı sağlıklı karar alabilmesi için hastayı somut olayın özelliklerine göre teşhis – tedavi süreçleri, alternatif tedavi yöntemleri vs. durumları hakkında bilgilendirmek suretiyle uygun zemini hazırlamakla yükümlüdür. Otonomi aydınlatması ile hedeflenen amaç, sağlık durumu ile ilgili konudan habersiz olması sebebi ile karar verme iradesi bulunmayan hastanın iradesini oluşturmaktır²⁶⁵. Bunun akabinde verilecek karar aydınlatılmış hastanın iradesine bırakılmalıdır. Hastanın rızasının geçerli olabilmesi için, hastanın tam olarak neye yönelik rıza gösterdiğinin farkında olması gerekmektedir. Tıbbi müdahale hakkında yeterli derecede veya hiç aydınlatılmamış olan hastanın serbest ve bilinçli karar vermesi de mümkün olmayacaktır.

²⁶³ Yargıtay 13. H.D. 2016/7094 E., 2019/3740 K. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 11.04.2022.

²⁶⁴ Hakeri, a.g.e., s. 272.

²⁶⁵ Hakeri, a.g.e., s. 275.; Subaşı, a.g.e., s. 43.; Hakeri, Uğur Şimşek, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3535-3556 (Basım Yılı: 2015), s. 3552.

Yargıtay 2003 tarihli bir kararında: “...bu konuda hastanın aydınlatılması, hastanın kararı doğrultusunda tedaviyi sürdürme yükümlülüğü vardır.” Şeklinde açıkça hekimin, tedaviyi hastanın kararı doğrultusunda sürdürme yükümlülüğüne vurgu yapmıştır²⁶⁶.

b. Teşhis Aydınlatması

Teşhis aydınlatması, hekimin muayene neticesinde elde ettiği bulguları ve tanıyı açıklamasıdır²⁶⁷. Hekim, muayene neticesinde elde ettiği bulgular ve tanı hakkında hastayı bilgilendirmelidir. Hasta ancak bu bulgular ve tanı hakkında bilgilendirildiği takdirde uygulanacak tedavi ve tıbbi müdahale yöntemleri hakkında bir değerlendirme yapabilir ve kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında sağlıklı bir karar verebilir²⁶⁸.

c. Tedavi Aydınlatması

Tedavi aydınlatması, rızaya ilişkin bir husus içermemesi sebebi ile diğer aydınlatma biçimlerinden ayrılmaktadır. Tedavi aydınlatmasında amaç, tıbbi müdahalenin gerekliliği noktasında hastanın aydınlatılması, tedavinin başarısı veya sağlığına yönelik tehlikelerin önlenmesi için hastanın belirli davranış şekillerine uyması konusunda uyarılmasıdır²⁶⁹.

Tedavi aydınlatması ile hasta, kendisine uygulanacak olan tedavi hakkında ana hatlarıyla aydınlatılmalı, tıbbi müdahale öncesi ve sonrası aşamaları hakkında bilgilendirilmelidir²⁷⁰.

²⁶⁶ Yargıtay 10. H.D. 2003/4421; <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1133#:~:text=Ayd%C4%B1nlat%C4%B1m%C4%B1%C5%9F%20terimi%2C%20sahip%20olma%20ya,haberdar%20olmas%C4%B1%20%C5%9Feklinde%20ta%2D%20n%C4%B1mlanabilir14>, E.T. 10.02.2021.

²⁶⁷ Hakeri, a.g.e., s. 276.; Subaşı, a.g.e., s. 43.

²⁶⁸ Ayan, s. 71.; Subaşı, a.g.e., s. 43-44.

²⁶⁹ Hakeri, a.g.e., S. 288.; Uğur Şimşek, Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 16, Özel Sayı, a.g.e. s. 3552.; Pelin Çavdar, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22, (2016), s. 745.

²⁷⁰ Hakeri, a.g.e., s. 289.; Subaşı, a.g.e., s. 45.

d. Riziko (Risk) Aydınlatması

Risk aydınlatması, tıbbi müdahalenin hatasız ve hukuka uygun olarak yapılırsa dahi, tıbbi müdahale neticesinde meydana gelmesi muhtemel yan etkiler konusunda hastanın bilgilendirilmesidir²⁷¹.

Yargıtay 2008 tarihli bir kararında yüzündeki çizgi ve kırışıklıkların giderilmesi amacıyla yüzüne dolgu malzemesi enjekte edilen, sonrasında ise bu müdahaleden kaynaklı olarak yüzünde gözle görülür hasarlar oluşan hasta hakkında:

“...davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kurulu'nda verdiği 23.09.2005 tarihli ifadesinde, davacıya yapılacak işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon oluşursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususları kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir. Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon oluştuğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır.”

Şeklinde karar vermiştir²⁷². Kararda açıkça her maddenin alerjik reaksiyonlara sebebiyet verebileceğinden bahisle hekimin aydınlatılmış rıza alıp almadığı ve bu rızanın komplikasyonları da kapsadığı vurgulanmaktadır. Bu noktada hastanın yüzüne enjekte edilecek malzeme/madde hakkında hastanın aydınlatılması gerekmektedir. Aksi takdirde işbu karara konu olayda olduğu gibi hasta, ortaya çıkan komplikasyon bakımından bilgilendirilmemiş kabul edilecek, hekimin sorumluluğuna gidilecektir. Aynı kararda dava konusu lezyonların nadir gelişen komplikasyon olduğu belirtilmiş

²⁷¹ Hakeri, a.g.e., s. 283.; Çavdar, a.g.e., s. 746.

²⁷² Yargıtay 13. H.D. 2008/4519 E. 2008/10750 K., Kazancı İçtihat Bankası E.T. 11.01.2022.

ve komplikasyonun nadir veya sık görülüp görülmediğine bakılmaksızın hekimin hastayı her türlü komplikasyon hakkında aydınlatmakla yükümlü olduğunun altı çizilmiştir.

2.2.8. Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalktığı-Sınırlandığı Haller

a. Aydınlatmadan Vazgeçme

Hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün istisnalarından ilki hastanın aydınlatılmadan vazgeçmesidir. Hasta Hakları Yönetmeliği 20. Maddesinde hastaya, sağlık durumu hakkında kendisine, ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini talep etme hakkı verilmiştir. İlgili maddede:

“İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”

Şeklinde hastanın aydınlatmadan vazgeçebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu şekilde hastanın aydınlatmadan vazgeçtiği durumlarda hastanın kararına saygı duyulmalı, aydınlatma yapılmamalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus aydınlatmadan vazgeçme iradesinin mutlaka açık olması gerektiğidir. Zımni vazgeçme geçerli kabul edilmemektedir²⁷³.

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 27. Maddesinde: *“Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez.”* Şeklinde hastanın hastalık ile ilgili bilgilendirilmek istememesi durumunda hekimin aydınlatma ile yükümlü olmadığı düzenlenmiştir. Hastanın aydınlatmayı reddetmesi durumunda hekim bu durumu mutlaka belgelendirmeli ve aydınlatmayı sonlandırmalıdır.

²⁷³ Hakeri, a.g.e., s. 331.; N. Özkan, a.g.e., s. 127.; Hancı, a.g.e., s. 56-57.; Özdemir, a.g.e., s. 368.; Öztürkler, a.g.e., s. 77.; Battal Yılmaz, a.g.e., s. 74.; Subaşı, a.g.e., s. 62.

b. Acil Haller

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 2. Bölüm Madde 8'e göre durumun aciliyeti sebebi ile uygun rıza alınamayan hallerde hastanın sağlığı için gerekli olan tıbbi müdahalenin derhal yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bilinci kapalı olan bir hastaya aydınlatma yapılamayacağı gibi rızasının alınması da mümkün değildir. Bu gibi durumlarda aydınlatma yapmayı ya da rıza almayı beklemek hastanın yaşamını çok ciddi tehlikelere sokabileceği için hastaya yapılması gereken acil müdahaleler bakımından aydınlatma/rıza alma yükümlülüklerinin ortadan kalktığı kabul edilmekte, bilinçsiz hastanın varsayılan rızası esas alınarak tıbbi müdahalede bulunmaktadır²⁷⁴.

Hasta Hakları Yönetmeliği 24/3 sayılı maddesinde hastanın hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise temsilci veya mahkeme izin şartı aranmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla hastanın hayatının tehdit altında olduğu veya belirli bir müdahalenin yapılmamasının hastada ciddi veya kalıcı eksiklik yahut bozulmaya neden olmasının beklendiği hallerde aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁷⁵.

c. Aydınlatmanın Olumsuz Etkide Bulunması

Aydınlatmanın hastayı olumsuz etkileyebileceği durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin kanser gibi hastalıklarda hastanın aydınlatılması hastayı olumsuz bir ruh haline sevk etmesi ve bundan kaynaklı olarak tedavi sürecinde olumsuz gelişmeler yaşanma ihtimaline binaen aydınlatma yapılmayan durumlar söz konusu olabilmektedir. Burada aydınlatmanın tedaviye zarar verme ihtimali söz konusudur. Hekim kural olarak kanser gibi ölümcül hastalıklarda dahi hastayı aydınlatmakla yükümlüdür. Ancak burada göz önünde bulundurulması gereken husus, aydınlatmanın tedaviye zarar verme ihtimali olduğudur. Dolayısıyla uygulamada da tedavi nedenleri bilgilendirmeyi engelliyorsa, hastanın bilgilendirilmesi halinde sağlığına yönelik ciddi tehlikelerin bulunması durumunda aydınlatmanın yapılmaması gerektiği kabul

²⁷⁴ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 41-42.; Cemal Öztürkler, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara, 2006, s. 191.; Hakeri, a.g.e., s. 337, 442.; Şenocak, (1998) a.g.e., s. 57.;

²⁷⁵ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 41.; Hakeri, a.g.e., s. 337.; Hancı, a.g.e., s. 58.

edilmektedir²⁷⁶. Tedavisi olmayan bir hastalığa yakalanan hastanın, aydınlatma neticesinde psikolojik olarak çökme ya da yoğun baskı altına girme tehlikesinin var olduğu durumlarda hekim aydınlatma yapmama imkanına sahiptir²⁷⁷.

Hasta Hakları Yönetmeliği 19. Maddesinde de hastanın ruh halini kötü etkilemek suretiyle hastalığı arttırma ve hastanın sağlığını ciddi tartması ihtimalinin bulunması durumunda teşhisin saklanabileceği düzenlenmiştir.

d. Hastanın Bilgisinin Bulunması

Aydınlatma yapılması gereken konuda hasta zaten bilgi sahibi olabilir. Hasta, hekim olabilir, aynı ameliyata ikinci kez giriyor olabilir yahut daha önce farklı bir hekim tarafından aydınlatılmış olabilir. Bu durumda hastanın zaten bilgi sahibi olduğu kabul edilebilir. Bu hallerde hekimin aydınlatma yapmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir²⁷⁸. Ancak hekimin, hastanın kesin olarak aydınlatma yapılacak konu hakkında bilgi sahibi olduğundan emin olması gerekmektedir. Nitekim hasta hekim dahi olsa, hekimin tıbbın her alanında bilgi sahibi olmasının kendisinden beklenemeyeceği göz önünde bulundurulmalıdır.

e. Aydınlatmanın Anlamını Yitirmiş Olması

Aydınlatmanın hasta açısından önemini yitirdiği haller söz konusu olabilmektedir. Örneğin kişinin ölümünün yaklaştığı olması sebebi ile tedavi amacını yitiren ve yalnızca hastanın acılarını dindirmek maksadıyla yapılan müdahaleler bakımından aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁷⁹. Nitekim bu görüşü destekler nitelikte Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. Maddesinde: *“Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.”* Şeklinde hastanın hayatını ve sağlığını korumanın

²⁷⁶ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 35.; Ayan, a.g.e., s. 80.; Çilingiroğlu, a.g.e., s. 69.; Hakeri, a.g.e., s. 334.

²⁷⁷ Ayan, a.g.e., s. 81.; Çilingiroğlu, a.g.e., s. 69.; Hakeri, a.g.e., s. 334.

²⁷⁸ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 34.; Hakeri, a.g.e., s. 331.; Funda I. Özcan, a.g.e. s. 119.; Hancı, a.g.e., s. 57.; H. Özdemir, a.g.e., s. 368.

²⁷⁹ Hakeri, a.g.e., s. 337-338.; H. Özdemir, a.g.e., s. 368.

mümkün olmadığı durumlarda dahi hekimin hastanın ıstırabını azaltmakla ve dindirmeye çalışmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

2.3.Müdahalenin Meşru Bir Amaca Yönelik (Müdahale Gerekliliği) ve Tıp Biliminin Verilerine Göre Uygun Olması.

2.3.1. Endikasyon (Gereklilik)

Tıp biliminin gereklerine uygun müdahalenin iki unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki endikasyon, ikincisi ise müdahalenin tıp bilimi verilerine uygun olarak özenli yapılmasıdır. Tıbbi müdahale, tıp bilimine göre zorunlu yani gerekli olmalıdır. Bu şart endikasyon (gereklilik) olarak ifade edilmektedir²⁸⁰. Endikasyon tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan unsurlardan birisidir²⁸¹. Anayasamızın 17. Maddesinde endikasyon şartına gönderme yapılmakta, tıbbi zorunluluklar dışında kişinin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulamayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla her türlü tıbbi müdahale kural olarak endikasyon şartına tabidir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde endikasyon tıbbi müdahale ve tedavi şartı olarak düzenlenmiş, hekimin teşhis-tedavi amaçları olmadan herhangi bir faaliyette bulunamayacağı belirtilmiştir (Md.13/3). Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun içtihadında hekimin tıp biliminin geçerli kurallarına ve mesleki yükümlülüklerine uygun olarak tıbbi müdahalede bulunabileceği ve hekimin müdahalesinin endikasyon varlığına dayalı olarak teşhis, tedavi ve hastalıktan koruma gibi sebeplere dayanılarak yapılabileceği ifade edilmektedir²⁸².

Burada altı çizilmesi gereken husus, endikasyonun yalnızca tedaviye yönelik müdahalelerde değil, teşhise yönelik müdahalelerde de şart olarak arandığıdır. Dolayısıyla yalnızca tedaviye yönelik müdahaleler değil; röntgen, kan alma, ilaç

²⁸⁰ Hakeri, a.g.e., s. 473.; Kayaer, a.g.e. s. 324.

²⁸¹ Mustafa Kıcıoğlu, (2011) a.g.e., s. 12.; Hakeri, a.g.e., s. 474.; Ayrıca Hakeri endikasyon olmaksızın ameliyat yapan hekimin hem haksız fiil, hem de sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sorumlu olacağını belirtmiştir. Bkz. Hakeri, a.g.e., s. 478.

²⁸² Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014/12-103 E., 2014/552 K. Sayılı kararı, Lexpera Hukuk Bilgi Bankası E.T. 13.02.2021.

tedavisi gibi müdahalelerde de endikasyon varlığı aranmaktadır²⁸³. Yargıtay'ın 18.03.2014 tarihli kararında yer verilen: “...*davalı doktor tarafından yapılan işlemin gerekli olup olmadığı*” şeklindeki ifadeden hukuki değerlendirmede endikasyon şartının var olup olmadığının incelendiği görülmektedir²⁸⁴.

Ancak endikasyon olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin sayısı da her geçen gün artmaktadır. Bu tıbbi müdahalelere örnek olarak estetik ameliyatlar gibi organını bağışlayan bir kimsenin maruz kaldığı tıbbi müdahale gösterilebilir. Modern cerrahinin bireylere sunmuş olduğu imkanlar, endikasyon dışı tıbbi müdahalelerin sayısını arttırmaktadır. Tıbbi endikasyon dışında; sosyal, psikolojik ve adli sebeplerle uygulanan tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluk söz konusudur²⁸⁵. Hakeri, bütün tıbbi müdahaleler bakımından endikasyon şartına riayet edilmesi gerektiğini, ayrıca endikasyon dışı tıbbi müdahaleler ile ilgili özel yasal düzenlemeler yapılması yoluna gidilmesi gerektiğini de ifade etmiştir²⁸⁶.

Herhangi bir şekilde tedavi amacı taşımayan tıbbi müdahalelerin doğrudan hukuka aykırı kabul edilemeyeceği, ancak hukuka uygunluk açısından tedavi amaçlı yapılan tıbbi müdahalelere göre farklı koşullara tabi olacağı, tedavi amacı taşımayan tıbbi müdahalelerin diğer koşullara ek olarak ahlaka uygunluk kriterine göre de denetleneceği ifade edilmektedir²⁸⁷. Hakeri, özellikle bu tip müdahalelerde sonucu itibarıyla birtakım riskler söz konusu ise kişi rıza göstermiş olsa dahi müdahalenin gerçekleştirilmemesi gerektiğini belirtmiştir²⁸⁸.

²⁸³ Akt. Hakeri, a.g.e. s.478.

²⁸⁴ Yargıtay 13. H.D. 2013/27507 E., 2014/7577 K. sayılı kararı, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi E.T. 13.04.2022.

²⁸⁵ Özge Yücel/Gürkan Sert, Sağlık Ve Tıp Hukukunda Sorumluluk Ve İnsan Hakları, 1. Baskı, Ankara, 2018, s. 227.

²⁸⁶ Hakeri a.g.e. s.482.

²⁸⁷ Sulhi Dönmezler/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt 2, 11. Baskı, İstanbul, 1997, s.200. (akt. Munise G. Kurt, a.g.e. s.111).; Hakeri, a.g.e. s. 483.

²⁸⁸ Hakeri a.g.e. s.486.

2.3.2. Özenli Tıbbi Müdahale

Hekim, tıbbi müdahaleyi tıp biliminin güncel standartlarına uygun olarak ve özenli şekilde uygulamakla yükümlüdür²⁸⁹. Hekim, hastanın zararına olabilecek herhangi bir girişimde bulunmamalıdır. Tıbbi müdahalenin konusunun bireyin sağlığı olması sebebi ile azami dikkat ve özenin gösterilmesi gerekmektedir. Her ne kadar tıbbi müdahalede endikasyon, aydınlatma, rıza şartları sağlanmış ve müdahale yetkili hekim tarafından yapılmış olsa dahi müdahale özensiz ve tıp biliminin gereklerine aykırı yapılmış ise bu müdahale hukuka aykırılık teşkil edecektir²⁹⁰.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. Maddesinde tıp alanında yapılan herhangi bir müdahalenin, mesleki yükümlülük ve tıp bilimi standartlarına uygun olması gerektiği düzenlenmiştir²⁹¹. Hasta Hakları Yönetmeliği 11. ve 14. Maddelerinde modern tıp ve bilimin gereklerine uygun teşhis veya tedavi yapılması gerektiği ve sağlık personelinin hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni göstermekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır.

Özen gösterme yükümlülüğü kapsamında hekimden, aynı hal ve şartlar altında bulunan ortalama bir hekimin göstereceği özen beklenmektedir. Hekimin göstermekle yükümlü olduğu özen tespit edilirken subjektif ve bireysel özellikleri dikkate alınmayıp, hekimin uzmanlık alanında geliştirilmiş kurallar dikkate alınır²⁹². Nitekim uzman hekimden beklenen özen ile pratisyen hekimden beklenen özenin aynı derecede olamayacağı açıktır. Bununla birlikte somut olayın özelliklerine göre hekimin tıbbi müdahalede bulunduğu ortam, çalıştığı yerin fiziki şartları ve donanım imkanları da ayrıca değerlendirilmesi gereken hususlardandır²⁹³.

²⁸⁹ Hakeri, a.g.e., s. 473.; Yenerer Çakmut, a.g.e., s. 38.

²⁹⁰ Hakeri a.g.e. s. 487.

²⁹¹ Yargıtay bir kararında tıbbi standartı şu şekilde ifade edilmiştir: “Tıbbi standart hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o an ki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır.” Yargıtay 15. H.D. 2018/5523 2019/801 Yargıtay Bilgi Bankası, E.T. 06.06.2021.

²⁹² Narter, a.g.e., s. 154-155.

²⁹³ Uygur, Atiye B., “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2019, s. 359.

Hekimin özen yükümlülüğü, Yargıtay'ın 18.09.2018 tarihli kararında, hekimin hastanın zarar görmemesi adına mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın sağlık durumunun tıbbi olarak zamanında saptamak, mevcut durumun gerektirdiği tedbirleri eksiksiz almak ve mevcut duruma uygun tedaviyi zamanında uygulamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir²⁹⁴.

Yine Yargıtay'ın başka bir kararında, hekimin tıbbi uygularken hastanın sağlığını sağlayabilmek amacıyla faaliyet gösterdiğini, bu faaliyetler esnasında (örn. Teşhis, ilaç verilmesi yahut cerrahi müdahale) tıp biliminin verilerinin eksik- hatalı uygulanması halinde hekimin mesleki kusurunun gündeme geleceği ve bu hukuka aykırılık teşkil eden eylem nedeni ile hekimin sorumluluğunun söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Kararın devamında hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olmasının veya hekim ile aralarında sözleşme ilişkisi bulunmasının hekimin sorumluluğunu etkilemeyeceği, zira rızanın veya zorunluluk hallerinin hekimin tüm eylemlerini meşru kılmasının kabul edilemeyeceği, hekimin sorumsuzluktan yararlanabilmesinin ancak tıp biliminin gereklerine ve sınırlarına uygun olarak faaliyet göstermiş olmasına bağlı olduğu ifade edilmiştir²⁹⁵. Dolayısıyla hukuka uygunluk ve tıp biliminin gerektirdiği koşullara uygun davranan hekim, davranışı sonucu meydana gelen zarardan sorumlu olmayacaktır. Ancak hekimin mesleki bilgisinin tüm gerekliliklerini yerine getirdiğini ve kusurunun bulunmadığını ispatlamakla yükümlü olduğu da unutulmamalıdır.

²⁹⁴ Yargıtay 13. H.D. 2016/26894 E., 2018/8072 K. Kazancı İçtihat Bankası E.T. 08.06.2021

²⁹⁵ Atak, a.g.e. s.25.; Ayrıca bkz. Narter, a.g.e., s. 155.

BÖLÜM V

MALPRAKTİS

1. Genel Olarak

Latince “Male” ve “Prakxis” kelimelerinden türemiş olan Malpraktis; "hekimliğin kötü uygulanması", "tıbbi kötü uygulama", "uygulama hatası", "tıpta yanlış uygulama" gibi çeşitli kavramlarla isimlendirilmekle birlikte en geniş olarak kabul gören ve kullanılan kavram "tıbbi hata"dır²⁹⁶. Malpraktis, sağlık mesleği mensuplarının faaliyetlerinin icrası esnasında vuku bulan ve zarara yol açan hatalı, kusurlu hareketleri olarak ifade edilmektedir²⁹⁷. Ancak oldukça kapsamlı bir kavram olması sebebi ile tıbbi malpraktisin farklı tanımları bulunmaktadır. Örneğin bu tanımlardan birisinin yer aldığı Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 13. Maddesi’nde tıbbi malpraktis: “*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik sebebiyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulaması*” şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay Ceza Dairesi Genel Kurulu’nun bir kararında tıbbi hata kavramı ile ilgili olarak özetle hekimin tıbbi müdahale esnasında tıbbi standartlara uygun müdahalede bulunmaması, bilgi veya deneyim eksikliğinden kaynaklı olarak hatalı veya eksik teşhis veya tedavide bulunması, gerekli dikkat ve özeni göstermemesi veya yükümlü olduğu tedaviden kaçınması eylemleri tıbbi hata olarak kabul edileceği ifadelerine yer verilmiştir²⁹⁸. Dolayısıyla kısaca malpraktis, sağlık hizmetlerinin sunulması esnasında sağlık personelinin kusurlu eylemde bulunması sonucu ortaya çıkan olayları ifade etmektedir.

²⁹⁶ Yargıtay CGK E. 2017/12-271 K. 2017/278 T. 16.5.2017 Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 14.09.2021

²⁹⁷ Burçak Gürsoy Emek/Ayşe Diljin Keçeci, Endodontide Etik Sorunlar ve Malpraktis, *SDÜ Sağlık Bilimleri Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3, 2019, s. 327.; Hakeri, a.g.e., s. 842.; Gürsel Çetin/Coşkun Yorulmaz, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi, No:48, 2006, İstanbul, s. 31.; Nurhan Demirhan, Malpraktis Ve Hekimin Taksirle Yaralama Suçu, (Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011), s. 1 vd.; Zeynep Özcan, Malpraktis- Komplikasyon Ayrımının Önemi, Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Legal Yayıncılık 2018, s. 198 vd.; Mehmet Karataş/Cengiz Yakıncı, Tıbbi Hata Nedenleri ve Çözüm Yolları, *İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 17 (3) 233-236 (2010), s. 233.

²⁹⁸ Kararda travmalı hastanın hastanede takip edilmediği, taburcu edildiği, ölen hastanın zarar görmemesi adına mesleki şartların yerine getirilmediği, dolayısıyla zamanında teşhis koyup gerekli tedaviyi uygulamak zorunda olan hekimlerin görevlerinin gereklerini yerine getirmede kusurlu oldukları, bu sebeple haklarında görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir. T.C. Yargıtay CGK 2014/12-103 E. 2014/552K. E.T. 18.04.2022, Lexpera Hukuk Bilgi Bankası.

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere tıbbi malpraktis, salt hekim kusurundan kaynaklı olarak ortaya çıkmamaktadır. Malpraktis hekimin kişisel kusurunun yanı sıra olumsuz çalışma koşulları, kullanılan tıbbi cihazların ve/veya ekibin yetersizliği gibi birçok etkene bağlı olarak da ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla malpraktis söz konusu olduğu zaman kusur tespitinde bu faktörlerin de göz önünde bulundurulması oldukça önemlidir.

Hekimin veya diğer sağlık personellerinin hangi eylemlerinin kusurlu kabul edileceğinin tespitinde mevzuatta yer alan birtakım düzenlemeler önem arz etmektedir. Örneğin Anayasa'mızın 90. Maddesinin 5. Fıkrası gereği iç hukukumuzun bir parçası olan Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. Maddesinde: *“Araştırma dahil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”* Şeklinde sağlık alanında yapılacak müdahaleler özelinde birtakım kıstaslar hüküm altına alınmıştır. Yine Hasta Hakları Yönetmeliği 11. Maddesi'nde hekimlik ilkelerine ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil edecek herhangi bir teşhis veya tedavi yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu ve buna benzer birçok düzenlemenin ortak noktası sağlık personellerinin edinmiş olduğu bilgilerini; teşhis, tedavi, bakım veya bakım sonrası dönemler esnasında tıbbın gereklerine uygun olmayan biçimde kullanmaları, tıbbi standarda uygun olmayan biçimde hizmet vermeleri gibi durumlar malpraktisi ortaya çıkarmaktadır.

2. Tıbbi Standart Kavramı

Hekimlik mesleğinde standardın tespiti için esas alınması gereken kriterler somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterebilecektir. Dolayısıyla her olaya ve duruma uygun bir tıbbi standardın belirlenmesinin mümkün olmadığını belirtmek gerekir²⁹⁹. Tıbbi standarda ilişkin ilk tanımın, ABD'de 1970 tarihinde görülen Blair v. Eblen davasında “ortalama bir hekimin aynı veya benzer koşullarda göstereceği performans”

²⁹⁹ Hakeri, a.g.e., s. 828.; Zeynep Özcan, Tıbbi Standartların Hekimin Hukuksal Sorumluluğu Üzerinde Etkisi, *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, 2018, s. 216-217.

şeklinde görüldüğü ifade edilmektedir³⁰⁰. Yakın zamana ait bu tanımdan günümüze kadar tıbbi standart kavramına yönelik bu yaklaşımda esaslı bir değişiklik olmadığı görülmektedir.

Malpraktis, esasında “*tıbbi standart noksanlığı*”na dayanmaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13. Maddesi gereği hekim tıbbi standardı takip etmek ve uygulamakla yükümlü kılınmıştır. Tıbbi standart kavramı öğretide: “*hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzey*” olarak tanımlanmaktadır³⁰¹. Tıbbi müdahalenin, tıbbi standartlara uygun icra edilmediğinin tespitinde, müdahaleyi gerçekleştiren sağlık çalışanının ihmal veya tedbirsizliği var olmalıdır. Sağlık çalışanının ihmalinin veya tedbirsizliğinin var olup olmadığının tespitinde esas alınacak ölçü, ülkenin sağlık koşullarına göre orta seviye bir sağlık çalışanının aynı şartlar altında göstereceği dikkat ve özendir³⁰². Dolayısıyla bir hekim tarafından gerçekleştirilmiş tıbbi müdahalenin beklenen iyi sonucu vermemesi hekimin tıbbi müdahalesini doğrudan hatalı kılmaz. Bu noktada az önce değindiğimiz üzere tıp biliminin kurallarına ve tıbbın o ülkede eriştiği seviyeye uygun bir müdahale yapılıp yapılmadığı incelenir. Tıbbi kurallara ve standartlara uygun biçimde icra edilen tıbbi müdahale beklenen iyi sonucu vermese dahi hekimin sorumluluğu oluşmaz³⁰³.

Yargıtay’ın 1977 tarihli bir kararında: “*hastanın rızası ve hekimin tıbbi müdahalede bulunma hak ve görevine sahip oluşu, sonucu ne olursa olsun tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğunun kabulünü gerektirmez. Türk hukukunda da kabul edilen ve yukarıda kısaca değinilen karma görüşe göre; Hekim sağlıkla ilgili fiillerde, rızayı sağladıktan sonra tıp biliminin sınırları içinde hareket etmek yükümlülüğü altındadır ve hastanın rızasının kapsamına bağlı bulunmamaktadır.*” Şeklinde tıbbi standart olgusu vurgulanmıştır³⁰⁴.

³⁰⁰Faruk Aşıcıoğlu, Tunç Demircan, Sağlık Hukuku ve Mevzuatı, (İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi, Sağlık Kurumları İşletmeciliği Ders Kitabı, Ekim 2015) s. 27

³⁰¹ Değdaş. A.g.e. s. 51.; Hakeri, a.g.e., s. 828.

³⁰² N. Demirhan, a.g.e., s. 4.;

³⁰³ Hakeri, a.g.e., s. 827.; Olcay Işık, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu, (Atatürk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2010), s. 68.; Zeynep Özcan, A.G.E., S. 215.

³⁰⁴ Yargıtay 4. H.D. E. 1976/6297 K. 1977/2541 T. 7.3.1977 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (E.T. 06.08.2022).

Hekimin tıbbi standartlara uyabilmesi ancak standartları tanınması ve onlara hâkim olması ile mümkündür. Hakeri, bunun ancak hekimin kendisini geliştirmesi ile mümkün olacağını, dolayısıyla hekimin kendisini geliştirmek gibi bir hukuki yükümlülüğünün bulunduğunu sonucuna varıldığını ifade etmiştir³⁰⁵.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz mevzuattan kaynaklanan birtakım hususların dışında sözleşmeler hukuku açısından konuyu kısaca irdelemek gerekirse; hekim ile hasta arasında karşılıklı kabule dayalı sözleşme ilişkisi meydana geldiği anda hekim, ortalama bir hekimin göstereceği dikkat ve özeni göstereceğini, tıbbi standartlara uygun hareket edeceğini kabul ve taahhüt etmiş olmaktadır. Dolayısıyla hekimin bu taahhütlerine aykırı eylemleri hukuki sorumluluğuna sebebiyet verecektir³⁰⁶. Ancak hekimin bu sorumluluğunun hasta ile arasındaki sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı durumlarda da söz konusu olacağı açıktır.

3. Malpraktis Ortaya Çıktığı Haller

Hatalı tıbbi uygulamayı ifade eden malpraktisin içerisinde barındırdığı “hata” kavramı ceza hukuku kapsamında “taksir”i çağrışırsa da tıbbi hataların kasta da dayanabileceği açıktır. Kast, TCK 21. Maddesinde suçun kanuni tanımının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak ifade edilmiştir. Tıp biliminin doğası gereği sağlık mesleği mensuplarından beklenen tedavi ve iyileştirme amacıyla birtakım eylemlerde bulunmalarıdır. Dolayısıyla sağlık mesleği mensuplarının ihmali veya icrai davranışlar ile hastanın vücut bütünlüğüne zarar vermesi ve/veya sağlığını herhangi bir şekilde tehlikeye sokması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu yüzden tedavi öncesinde, tedavi sırasında veya sonrasında ortaya çıkabilen tıbbi hatalar bakımından birtakım hukuki sorumluluklar tevdi edilmiştir. Hekimin hukuki sorumluluğuna geçmeden önce malpraktis türlerinden bahsetmek yerinde olacaktır.

³⁰⁵ Hakeri, a.g.e., s. 834.

³⁰⁶ Selami Demirkol, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Malatya, Ekim 2014 s. 272-273.; İpekyüz, a.g.e., s. 34.

3.1.Tıbbi Uygulamada Hata Alanları Malpraktis Türleri

Malpraktisin tedavi öncesinde, tedavi esnasında ve tedavi sonrasında ortaya çıkabileceğini belirtmiştik. Hem ortaya çıkış zamanları hem de hataların çeşitliliği sebebi ile tıbbi hataları sınıflandırarak irdelemek yerinde olacaktır.

3.1.1. Teşhis Hatası

Teşhis, hasta üzerinde yapılan birtakım tetkik ve muayeneler neticesinde hastalığın tanımlanması işlemini ifade etmektedir. Aşçıoğlu tanı kavramını “*en doğru iyileştirme (tedavi) yolunu gösteren tıbbi işlem*” olarak tanımlamıştır³⁰⁷. Hastanın hekimden ilk beklentisi, hastalığın teşhisini doğru koyması olacaktır. Zira hekimin temel amacı kendisine farklı şikayetlerle gelen hastaların sorunlarının sebebini bulup tedavi etmektir³⁰⁸. Bu amaç doğrultusunda hastanın rahatsızlığı ve şikâyeti dikkate alınarak yeterli muayene yapılmalı, muayene neticesinde elde edilen bulgulara göre birtakım tetkikler yapılması gerekiyorsa bu tetkikler de eksiksiz yapılmalıdır. Aksi durumda eksik araştırma sebebi ile kusurlu bir davranış ortaya çıkacaktır³⁰⁹. Örneğin hastanın kafasını çarpma sonucu bayıldığı bir olayda kafa grafisi çekilmemesi nedeniyle kafatasındaki çatlağın/kırığın saptanamadan hastanın evine gönderilmesi durumunda teşhis hatasının varlığı söz konusu olacaktır³¹⁰.

Yeterli araştırma neticesinde gerekli bulgular toplandıktan sonra bu bulguların/tetkiklerin değerlendirilmesi gerekir. Bu aşamada da yanlış değerlendirmeler yapılabilir, bunun neticesinde teşhis konulamayabilir ya da yanlış konulabilir. Burada hekim dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışta bulunmamalıdır. Ayrıca hekim bu işlemlerin her aşamasında hastayı bilgilendirmekle de yükümlüdür³¹¹.

³⁰⁷ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 79.

³⁰⁸ Nezih Kök, Tıp Hukuku Atölyesi – III, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 25.

³⁰⁹ Battal, a.g.e., s. 186.; Aşçıoğlu, a.g.e., s. 80.; Kök, a.g.e., s. 25.

³¹⁰ G. Çetin, a.g.e., s. 38.; Teşhis hatası hekimin gerekli ve önemli bulgulara ulaşmak için girişimde bulunmaması, örneğin laboratuvar tahlili yaptırmaması veya röntgen çekmeme gibi hususlara da dayanabilir. Bkz. Hakeri, a.g.e., s. 854.

³¹¹ G. Çetin, a.g.e., s. 38.

Teşhis hatalarının hastaların güvenliğini tehdit ettiği ve malpraktis davalarının da büyük bir kısmında teşhis hatalarının yer aldığı görülmektedir. Kasıtlı veya ihmali davranışlar ile hekimin teşhiste yanılığa düşmesi telafi edilemez zararların oluşmasına sebebiyet verebilecektir. Hakeri, hekimin teşhiste başarılı olma yükümlülüğünün bulunmadığını, her teşhis hatasının mutlaka bir tedavi kusuru olarak nitelendirilemeyeceğini, ancak hekimin uzmanlığının ve hastalığın gerektirdiği şekilde hareket etmekle de yükümlü olduğunu belirtmiştir³¹². Aşçıoğlu da benzer şekilde tanı işleminin oldukça zor ve karmaşık evrelerden geçtiğini, toplanan verilerde hata payının bulunduğunu, dolayısıyla kesin ve doğru tanının sınırları olacağının kabulünün gerektiğini; ayrıca hekimin bilgisi, deneyimi ve sezgi yeteneğinin kendisini tanı hatalarından her zaman koruyamayacağını ifade etmiştir³¹³.

Hastanın öyküsünü yetersiz alınması, ön muayenenin eksik yapılması, teşhise yönelik gerekli tetkiklerin yapılmaması gibi durumlar teşhis hatasına sebebiyet verebilecektir³¹⁴. Nitekim konu ile ilgili 2017 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında:

“Sadece olguların ve olasılıkların tespiti ile yetinildiği ve kesin bir kanaatin ortaya konulmaktan kaçınıldığı görülmektedir. Somut olayda, sanığın tespit ve müdahalesindeki 'eksiklik'ler haksızlık içeriği yönüyle belli bir yoğunluğa ulaşmış, mesleki görevin ifası sırasında her zaman karşılaşılabilecek hata ve kusur boyutunu aşarak vahamet arz etmeye başlamıştır. Zira tespit edilemeyen kırıklar bir iki taneden ibaret değildir. Çok sayıda kaburga kemiği ile kalça ve kafatasında bulunan kırıkları tespit edememiş, vücudu kırıklarla dolu 76 yaşındaki hastayı bir süre müşahade altında tutarak damar yolu açmaktan, 500 cc mannitol ve dekort yapmaktan ibaret muayenenin ardından taburcu etmiştir.

Ortalama zekaya ve hayat tecrübesine sahip herkes tarafından kamyon çarpan 76 yaşındaki bir kişinin vücudunda meydana gelebilecek tahribat ağırlığının, kaygı verici nitelikte olabileceği öngörülebilir niteliktedir. Doktor olan sanık ise bu kaygının

³¹² Hakeri, a.g.e., s. 852.; Aşçıoğlu, a.g.e., s. 81.

³¹³ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 80.; Yine bkz. Battal, a.g.e., s. 186.

³¹⁴ Hakeri, a.g.e., s. 851.; N. Demirhan, a.g.e., s. 15 vd.

gerekleri bir kenara, mesleki bilgisi ve belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğünün gereklerini asgari düzeyde dahi yerine getirmemiş ve hastasına özenle yaklaşmamıştır. Bu nedenle, teknik bilirkişi raporu ve somut olayın özel şartları hep birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eylemi ile netice arasında illiyet bağı bulunduğu kabul edilmelidir.”

Şeklinde hekimin hata ve kusur boyutunu aşacak şekilde teşhiste başarısız olduğu ve sanık olarak yargılanan hekimin bu eylemi ile kişinin ölmesi neticesi arasında nedensellik bağı bulunduğu ifade edilmiştir³¹⁵.

Benzer şekilde Yargıtay’ın 2003 tarihli bir başka kararında:

“Doktor hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koymalı, önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz.”

Şeklinde belirtildiği üzere hekim teşhis koyarken, gereken tüm dikkat ve özeni göstermiş ve tıp biliminin bilinen genel kurallarını uygulamış ise, teşhis hatasının varlığından ve bundan kaynaklanan sorumluluktan söz edilemeyecektir³¹⁶.

Mahkemece teşhiste hata olup olmadığının tespitinde tıbbi hata alanında uzman bilirkişiler ve Adli Tıp Kurumu raporları önem arz etmektedir. Nitekim Yargıtay hekimin teşhiste hatasının olup olmadığı tespit edilirken Adli Tıp Kurumu’ndan rapor alınması gerektiği kanaatindedir³¹⁷.

³¹⁵ YCGK 2017/12-271 E. 2017/278 K., 16.05.2017 T., Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 08.08.2022.

³¹⁶ Yargıtay 13. H.D. 2003/711 E., 2003/4255 K., Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 12.04.2022.; Ayrıca bkz. Olcay Işık, a.g.e., s. 142.

³¹⁷ Değdaş, a.g.e. s. 55.

3.1.2. Tedavi ve Tedavi Sonrası Hata

Hekimin tıbbi müdahale ile ilgili mutlak başarı garantisi vermesi mümkün değildir. Dolayısıyla her başarısız tedavi hekimin sorumluluğuna sebebiyet vermez. Tedavi kusuru; uzman hekim standardına aykırı olan, tıp biliminin verilerine göre gereken özenin gösterilmediği her türlü tıbbi müdahaleyi ifade etmektedir³¹⁸. Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere tedavi süresi boyunca hekim tıp biliminin verilerine uygun biçimde hareket etmekle mükelleftir. Bu husus Yargıtay'ın 08.07.2005 tarihli kararında vekil sıfatı ile hareket eden hekimin, vekalet konusu işin beklenen şekilde sonuçlanmasından sorumlu olmasa da bu neticeye ulaşmak için gösterdiği davranış, dikkat ve özen ile ilgili herhangi bir eksiklik söz konusu ise bu eksikliklerden kaynaklanan zararlardan hekim sorumlu olacağı ifadelerine yer verilmiştir³¹⁹. Nitekim karara konu olayda doğum sonrası takip esnasında hekimin dikkat ve özen eksikliği nedeni ile başladığı halde tespit edilemeyen enfeksiyonun tedavisine başlanamaması hususlarından hekimin en hafif kusurlarından dahi sorumlu olduğundan bahisle maddi zarar hesabında kusur oranına göre indirim yapılan ilk derece mahkemesi kararın bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay kararlarında yer verilen bazı tedavi hataları şu şekildedir; sıkı alçı uygulanması ve uygun gevşetmenin yapılmaması,³²⁰ hekimin uzmanlık alanına girmeyen bir cihazı tedavi esnasında kullanması, vücutta ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bez unutulması³²¹.

2018-2019 Tarihleri arasında karara bağlanan dava dosyalarının incelendiği bir araştırmada, davaların %96,2 oranında hatalı teşhis, hatalı tedavi veya bunların her ikisinin birlikte yapıldığı olaylara dayandığı tespit edilmiştir³²².

³¹⁸ Hakeri, a.g.e., s. 861.

³¹⁹ T.C. Yargıtay 13. H.D. 2005/3645 E. 2005/11796 K. Kazancı İçtihat Bankası E.T. 17.09.21.

³²⁰ T.C. Yargıtay 4. H.D. E. 2019/2709 K. 2019/5396 T. 19.11.2019 Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 14.09.2021.

³²¹ Değdaş, a.g.e. s. 55.

³²² Ceyhun Artar, Abdulkadir Güçlü, "Sağlık İşletmelerinde Yanlış Tedavi Sonucu Hasta Mağduriyetleri ve Hukuki Boyutunun İncelenmesi", *Aydın Sağlık Dergisi*- Yıl 6 Sayı 3- Ekim 2020 s. 243.

Tıbbi müdahale sonrasındaki yetersiz kontrollerin de zararlara yol açtığı ve hekimlerin sorumluluğuna sebebiyet verdiği görülmektedir. Halbuki tıbbi müdahale bakımından özen yükümlülüğü yalnızca tedavi aşaması için söz konusu olmayıp, tedavi sonrası için de geçerlidir³²³. Hekimin; tedavi sonrasına ilişkin tavsiye ve uyarıda bulunma, tedavi sonrasında hastanın kontrole çağırılması, ilaç kullanımının denetlenmesi gibi tedavi sonrasına ilişkin yükümlülükleri bakımından da özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerin ihlali halinde hekimin sorumluluğu doğacaktır³²⁴.

3.1.3. Tedavi Hizmetinin Organizasyonuna İlişkin Hata

Yataklı tedavi kurumlarının süratli, ekonomik, kaliteli ve uygun hizmet verebilmesi adına sahip olması gereken hususlar Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde ve Hususi Hastaneler Kanunu'nda belirtilmiştir. Sağlık Kurumu'nun büyüklüğüne göre hangi kriterlerde tıbbi hizmet vereceği bu hükümlerle düzenlenmiştir. Örneğin yeterli sayıda sağlık çalışanının olmaması tıbbi hatalara sebebiyet verebilecektir. Sağlık kurumları bu ve benzeri düzenlemelere uymakla yükümlüdürler³²⁵. Nitekim hastane işletmesinin kamuya ya da özel sektöre ait olup olmadığına bakılmaksızın; hastane yönetimi hastanede gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden birinci derecede sorumludur³²⁶.

Kamu hastaneleri ile özel hastaneler arasında, söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve yeterliliklerin sağlanması hususunda gösterilmesi gereken dikkat ve özen arasında kısmi bir farklılık bulunmaktadır. Anayasa'mızın 56. Maddesi gereği devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla mükelleftir. Kamu hastaneleri özelinde bu yükümlülük, yine Anayasa'mızın 65. Maddesi uyarınca mali kaynakların yeterliliği oranı ile sınırlandırılmıştır. Ancak özel hastanelerin tacir olarak kabul edilmesi ve basiretli bir tacir gibi hareket etmekle yükümlü kılınması sebeplerine istinaden tıbbi şartların sağlanması hususunda

³²³ Hakeri, a.g.e., s. 884.

³²⁴ Melikşah Yasin, Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyum, No.1, 2006, s. 246.

³²⁵ "Hastane ve ekipmanları, cihazlar ile ilgili bazı normlara riayet edilmemesi de organizasyon kusuru kapsamında değerlendirilmektedir." Bkz. Bayram Keskin, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Sorumluluğu, Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, 2018, s. 257.

³²⁶ Ayan, a.g.e., s. 129.

göstermesi gereken özen, kamu hastanelerine nazaran daha fazladır³²⁷. Özel hastanelerin tacir sıfatı gereği basiretli bir tacir gibi davranması gereğinin yanında işletmede verilecek hizmetin kamu hizmeti niteliğindeki sağlık hizmeti olması nedeni ile hastanın herhangi bir şekilde zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek zorundadır. Dolayısıyla hastane bakımı, sağlık personellerinin niteliklerine uygun seçilmesi, gerekli personel sayısının sağlanması, sağlık ve hijyen koşullarının sağlanması, usule uygun kayıt tutma ve arşivleme yapma, her türlü araç gerecin kullanıma hazır ve çalışır tutma gibi birçok yükümlülük bakımından özel hastanelerin özen ve kontrol yükümlülüğü kamu hastanelerine nazaran daha ağırdır³²⁸.

Sağlık kurum veya kuruluşunda hastalara verilen yiyecek ve içeceklerin steril olması, personeller arasında yetkilendirme ve faaliyet alanlarının açık biçimde belirli olması, güvenlik tedbirlerinin alınmış olması, tıbbi araç ve gereçlerin sağlam ve her zaman kullanıma elverişli olması, personelin denetimi gibi yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde organizasyon kusurunun varlığından söz edilebilecektir.

3.1.4. Hekimin Tedaviden Kaçınması veya Tedaviyi Geciktirmesi

Hekimlerin hukuken tıbbi yardım yükümlülüğü bulunduğu halde tıbbi müdahalede bulunmaması ya da geç bulunması tedavi hatası olarak kabul edilmektedir³²⁹. Bu halde hekimin sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil kapsamında sorumluluğu söz konusu olacağı gibi ceza hukuku kapsamında hekimin davranışının türüne göre kasta veya taksire dayalı sorumluluğu da gündeme gelecektir. Nitekim Yargıtay da hekimin, hastanın zarar görmemesi adına en uygun tedavi yöntemini belirlemek ve uygulamak zorunda olduğunu³³⁰ ve hekimin en hafif kusurlarından dahi tam sorumlu olduğunu belirtmiştir³³¹.

³²⁷ Bkz. YGHK 2004/13-291 E. 2004/370 K. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 14.09.2021.

³²⁸ Özel hastanelerin daha yüksek bir özen yükümlülüğünün bulunduğu dair bkz. Hakeri, a.g.e., s. 906-907.; Aşçıoğlu, a.g.e., s. 123.

³²⁹ Hakeri, a.g.e., s. 862.

³³⁰ Bkz. Yargıtay 13. H.D. 2006/10057 E. 2006/13842 K., Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 15.09.21.

³³¹ Bkz. Yargıtay 13. H.D. 2002/13959 E. 2003/2380 K., Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 15.09.2021.

Hekimlerin tedaviden kaçınması her durumda hukuki ve/veya cezai sorumluluğunu gündeme getirmez. Mevzuatımızda hekimlere birtakım koşulların varlığı halinde hizmetten çekilme hakkı tanınmıştır. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 25. Maddesinde belirtildiği üzere hekimler ancak tıbbi bilgilerinin gerektiği gibi uygulanamayacağı durumlarda veya hastanın başka bir hekime başvurmasının mümkün olduğu durumlarda tedaviyi üstlenmeme veya yarım bırakma imkanına sahiptir. Yine Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18. Maddesinde hekimlerin; acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemelerin ortak noktası dikkat edildiği üzere hekimin hastaya bakmayı reddedebilmesinin, başlanan tedavinin bırakılabilmesinin ancak “mesleki veya şahsi nedenler” in varlığına bağlı olduğu hususudur. Dolayısıyla hekimin mesleki veya şahsi nedenler dışında herhangi bir nedene istinaden hastayı reddetmesi söz konusu olamayacaktır. Mesleki ve şahsi nedenlere kısaca değinmek gerekirse;

a. Mesleki Nedenler

Hastaya uygulanması gereken teşhis veya tedavi yönteminin özel bilgi veya beceri gerektirmesi durumu mesleki nedenlere örnek olarak gösterilebilir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 18. Maddesi'nde belirtildiği üzere bu tarz özel bilgi ve beceri gerektiren müdahaleler söz konusu ise müdahalenin gecikmesinde sakınca bulunmaması şartı ile hekimin diğer uzmanlık alanına giren tedavi yöntemlerine başvurmaması gerekmektedir. Hekimin gerekli özel bilgi ve beceriye sahip olmasına rağmen gerekli tıbbi araçların bulunmaması da mesleki nedenler kapsamına girmektedir³³². Zira hekim tıbbi müdahalenin başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olabilecek müdahale ve yöntemlerden kaçınmalıdır. Her hekimin yapabileceği kabul edilen temel tıbbi müdahalelerin yerine getirilmesi zorunlu olmakla beraber, hekimin yeterli olmadığı bir alanda birtakım tıbbi müdahalelere kalkışması öncelikle yararlılık ve hastaya zarar vermeme ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Bu gibi hallerde hekim yetkin bir meslektaşının duruma el atacağı ana kadar kanama kontrolü, kırık tespiti gibi ilk

³³² M. Gökhan Türe/Oğuzhan Türe, Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı, *TBB Dergisi* 2017, (131), s. 304.

yardıma müdahalelerini ve yapabilecek olduğu diğer acil müdahaleleri gerçekleştirerek, hastayı en azından bulunduğu seviyede tutmaya gayret etmelidir³³³.

b. Şahsi Nedenler

Şahsi nedenler ile ilgili Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nde herhangi bir açıklama yer almamakta olup, isminden de anlaşılacağı üzere kişiden kişiye değişiklik gösterebilen kapsamı oldukça geniş bir kavramdır. Şahsi nedenlere istinaden hizmetten çekilme halinde hekimin, mesleki açıdan herhangi bir eksikliği söz konusu değildir. Şahsi nedenler, mesleki nedenlerden farklı olarak hekimin yeterli bilgi ve beceriye sahip olmasına rağmen, uygulayacağı tıbbi müdahale sonucunda hastanın, hekimin ve/veya yakınlarının zarara uğrayabilme ihtimali söz konusudur. Somutlaştırmak gerekirse hekimin eşine karşı ağır bir suç işlemiş kişinin tedavisini üstlenmesi halinde, hekimden tıbbi biliminin standartlara uygun bir müdahale gerçekleştirmesi beklenemeyecektir. Zira hekimin iç dünyasından kaynaklı olmak üzere, hasta-hekim arasında normal şartlar altında var olması gereken objektifliğin sağlanamaması durumu söz konusudur. Veya hekimin annesine yönelik tıbbi müdahaleden çekilmesi de kabul edilebilir niteliktedir. Ancak bu durumlar hekimin keyfi olarak hasta-tedavi reddedebileceği şeklinde yorumlanmamalıdır³³⁴.

Yine uygulanacak tıbbi müdahalenin/tedavinin herhangi bir yararının olmayacağı durumlarda hekimler, tıbbi müdahalede bulunmakla veya tedaviyi gerçekleştirmekle yükümlü değildirler³³⁵. Zira Dünya Tabipler Birliği'nin Hasta Hakları Beyannamesi'nin 1. Maddesinde hastaya herhangi bir yarar sağlamayacak tıbbi müdahalelerin bırakılabileceği ifade edilmiştir³³⁶. Dolayısıyla tıbbi müdahalenin hastaya herhangi bir yarar sağlamayacağı hallerde de hekim hizmetten çekilme hakkını haizdir.

³³³ Işıl Güney Tunalı, Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları, (İstanbul Kültür Üniversitesi, Doktora Tezi, 2019), s. 578.; Hakeri acil hastalara ilk teşhis ve müdahale imkanının olduğu hallerde tıbbi imkan yetersizliğine dayanarak hastanın görülmeden sevkini doğru olmadığını, başvuran her hasta için acil tıbbi değerlendirme, müdahale ve gerektiğinde stabilizasyon sağlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Hakeri, a.g.e., s. 662.

³³⁴ I. Tunalı, a.g.e., s. 504.; G. Türe/O. Türe, a.g.e., s. 305.

³³⁵ Hakeri, a.g.e., s. 724.

³³⁶ G. Türe/O. Türe, a.g.e., s.309.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 18. Maddesi'nde: *“tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.”* Şeklinde ifade edildiği üzere acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası hallerinde hekimin şahsi ve mesleki nedenlere istinaden hizmetten çekilemeyeceği ifade edilmiştir.

Hekimlerin hizmetten kaçınma hakkını engelleyen ilk durum acil yardım halidir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 3. Maddesi'nde hekimin görevi-uzmanlığı ne olursa olsun mücbir sebep olmadıkça acil durumlarda müdahalede bulunmakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır³³⁷. Nitekim Türk Hukuk Sisteminde tedavi etme yükümlülüğü TCK 98. Maddesi³³⁸ uyarınca herkese tevdi edilmiş olup, yükümlülük olabileceği en geniş halde düzenlenmiştir. Acil yardımın gerekli olduğu durumlarda hekim herhangi bir mesleki veya şahsi gerekçeyi ileri sürerek tedaviden ve/veya tıbbi müdahaleden kaçınamaz.

Vakıanın değerlendirilmesi neticesinde acil olmadığı anlaşılırsa hekimin tedaviyi reddetme hakkı bulunmaktadır. Ancak hekim hastayı reddederken tedaviye imkân sağlayacak süreyi de dikkate almalıdır. Hastanın reddi halinde hastanın sağlığının zarara uğrama ihtimali söz konusu ise hekim hastayı reddedemeyecektir. Bu sayede acil hasta bir kişinin ilk gittiği hastaneden veya hekimden geri çevrilmeyeceğine emin olunmaktadır³³⁹.

Hekimlerin hizmetten kaçınma hakkını engelleyen diğer iki neden ise resmi görevin ifası ve insani vazifedir. Hizmetten çekilme bakımından tüm şartlar oluşmuş olmasına rağmen resmi görevin ifası veya insani vazife hallerinde hizmetten çekilme hakkının kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

³³⁷ Hakeri, a.g.e., s. 702.; Battal, a.g.e., s. 182.; Öztürkler, a.g.e., s. 191

³³⁸ TCK m. 98: *“(1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”*

³³⁹ Hakeri, a.g.e., s. 702.

TCK 98. Maddesinde: “Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” Şeklinde genel anlamda yardımda bulunma yükümlülüğü herkese tevdi edilmiştir. Benzer şekilde acil hallerde statüsüne bakılmaksızın her hekim müdahalede bulunmakla yükümlüdür. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ’nin 3. Maddesinde hekimin acil hallerde müdahalede bulunma yükümlülüğüne dair şu düzenleme yer almaktadır: “vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakım sağlanamadığı âcil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur.”.

Resmi görevin ifasında da “resmi” kavramı “devletle ilgili” olarak yorumlanmaktadır. Bu minvalde kamuda çalışan hekimlerin hizmetten çekilmesini mümkün değildir. Konu ile ilgili Danıştay 2012 tarihli bir kararında aile hekimlerinin kamu görevlisi olduğundan bahisle hizmetten çekilmelerinin mümkün olmadığı belirtilmiştir³⁴⁰.

4. Malpraktis Komplikasyon Ayrımı

Tıp Hukukunda vakıaların ve uyuşmazlıkların değerlendirilmesinde malpraktis-komplikasyon ayrımı önem arz etmektedir. Her tıbbi müdahale bünyesinde birtakım riskleri barındırmaktadır. Tıbbi vakıalar bakımından hekimin sorumluluğunun belirlenmesinde sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi komplikasyon-malpraktis ayrımının doğru belirlenmesi gerekmektedir.

Komplikasyon, bir hastalığın devamı sırasında meydana gelen patolojik olayları, tıbbi rahatsızlığın başka bir rahatsızlığa dönüşmesini ifade etmektedir³⁴¹. Örneğin tıbbi standartlara uygun olarak gerçekleştirilen ameliyat sonrasında enfeksiyon gelişimi durumu bir komplikasyon örneğidir. Komplikasyonda, malpraktisten farklı olarak

³⁴⁰ Danıştay 5. Daire, T. 19.09.2012, 2012/7854. (M. Gökhan Türe/ Oğuzhan Türe a.g.e. s.321.)

³⁴¹ A. Cemil Aykın, a.g.e., s. 72.; İlgün, a.g.e., s. 210.; Zeynep Özcan, Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Legal Yayıncılık 2018, Malpraktis- Komplikasyon Ayrımının Önemi, s. 205.; Özcan/Özcanoglu, a.g.e., s. 295.

hekim hatası söz konusu değildir. Komplikasyon gerekli tüm önlemlerin alınmasına rağmen olumsuz bir neticenin gerçekleşmesi durumlarını kapsamaktadır. Tıbbi müdahale sonucu meydana gelen her olumsuz neticenin malpraktis olarak yorumlanamayacağını belirtmiştik. Bu noktada ifade etmek gerekir ki tıbbi müdahalenin hastaya yararına orantılı olmak ve hastanın bilgisi dahilinde olmak koşulu ile ortaya çıkması çok yüksek ihtimal veya kesin olan riskler bakımından hekimler sorumlu olmayacaktır. Hekimin hastayı meydana gelebilecek komplikasyonlar hakkında bilgilendirmesi ve bu bilgilendirme neticesinde hastanın aydınlatılmış onamını alması, komplikasyonun gerçekleşmesi durumunda hekimin sorumluluğunun doğmasını engelleyecektir³⁴².

Konu ile ilgili Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2014 tarihli kararında, tıbbi işlemin sonuçlarının ve olası komplikasyonların "Bilgilendirilmiş Onam" belgesinde izah edildiği ve hastanın bu işlemlere rıza gösterdiği, ancak bu rızanın aydınlatılmış olması gerektiği ifade edilmiş olup onam belgesinde tedavinin başarı ihtimali, tedavinin taşıdığı riskler, olası komplikasyonlar hakkında herhangi bir bilgilendirme yer almadığından hastanın yeterince aydınlatılıp aydınlatılamadığı hususunun "Bilgilendirilmiş Onam" belgesinden anlaşılamadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla hekim her ne kadar tıp biliminin gereklerine uygun ve hatasız biçimde tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmiş olsa da tıbbi müdahale neticesinde meydana gelen komplikasyon bakımından hastayı daha önce aydınlatmamış, bilgilendirmemişse hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Zira kararda da belirtildiği üzere aydınlatma yükümlülüğü komplikasyonları da kapsamaktadır.

Hekimin vuku bulma ihtimali bulunan komplikasyonlar bakımından hastayı aydınlatıp onayını alabilmesi için komplikasyon ihtimallerini öngörebilmesi gerekmektedir. Ancak bir komplikasyonun öngörülebilir olup olmadığının tespiti bakımından ortalama bir hekimin aynı koşullar altında vuku bulan komplikasyonu öngörebilir öngöremeyeceği sorusu önem arz etmektedir. Bir tıbbi vakıda bu sorunun cevabı *normal şartlar altında hekimin ... hususlarına dikkat ederek vuku bulan neticeyi*

³⁴² İlgün, a.g.e., s. 211.; Pervin Somer, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası I. Hukuk Sempozyumu, İstanbul, 2011, s. 42.; Özcan/Özcanoglu, a.g.e., s. 298.

öngörebilirdi ise hekim öngöremediği komplikasyon bakımından kusurlu kabul edilecektir³⁴³.

Konu ile ilgili Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 16.03.2015 tarihli kararında; sünnet operasyonu esnasında kullanılan anestezi ilacının bebekte alerjik reaksiyonlara sebep olduğu ve bebeğin ölümüne yol açtığı, anestezik ilaç olan Jetokain isimli ilacın lokal anestezilere karşı aşırı duyarlı olan hastalar bakımından özellikle epinefrin içeriyor olması sebebi ile penis anestesisinde kullanılmasının sakıncalı olduğuna dair ikazların bulunduğu, dolayısıyla aynı koşullardaki bir hekimin Jetokain anestesizi yapmadan önce bebekte alerji testi yapması gerektiği, ancak somut olayda hekimin sünnet operasyonu öncesi herhangi bir alerji testi yaptığına dair herhangi bir belge-delil bulunamadığı, dolayısıyla hükmün eksik araştırma ile kurulduğu tespitlerine yer verilmiştir³⁴⁴. Kararda da görüleceği üzere Yargıtay, komplikasyon tespitinde normal şartlar altında normal bir hekimin göstermesi gereken dikkat ve özeni esas almaktadır.

Toparlamak gerekirse malpraktis; bilgisizlik, deneyimsizlik gibi nedenlere istinaden hekimlik mesleğinin kötü uygulanmasını ifade etmektedir. Komplikasyon ise tıbbi standartlara uygun bir tıbbi müdahale yapılmış olmasına rağmen, tıp çevreleri tarafından ortaya çıkabileceği kabul edilen ve her türlü önlem alınmasına rağmen kaçınılmaz olarak meydana gelen zararı ifade etmektedir. Komplikasyonda her türlü tedbir alınmakta, müdahale tıp biliminin gereklerine uygun biçimde gerçekleştirilmekte, ancak tıp çevreleri tarafından da meydana gelmesi muhtemel kabul edilen olumsuz bir netice ortaya çıkmaktadır. Hekimin sorumluluğu kusur esasına dayanmakta olup, tıp bilimine uygun ve hatasız tıbbi müdahale neticesinde meydana gelen olumsuz netice bakımından aydınlatma ve rıza alma yükümlülüklerini yerine getirmiş bir hekime kusur izafe edilemeyeceğinden olumsuz neticeden sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır³⁴⁵.

³⁴³ Komplikasyon riskini önleme imkânı olup olmadığının araştırılması gerektiğine dair örnek karar için bkz. Yargıtay 13. H.D. E. 2014/43786 K. 2015/198 T. 13.01.2015 Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 10.08.2022.

³⁴⁴ T.C. Yargıtay 13. H.D. 2014/17432 E. 2015/8358 K, Emre Dizdar, Hekimlerin Cezaî Sorumluluğu (Galatasaray Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2018), s.165.

³⁴⁵ Özcan/ Özcanoğlu, a.g.e., s.298.; Şimşek, a.g.e., s. 3553.

5. Tazminat Sorumluluğu

5.1.Genel Olarak

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu değerlendirilirken; tıbbi müdahalenin ehil kişi (sağlık personeli) tarafından gerçekleştirilmesi, aydınlatılmış hastanın rızasının alınması, müdahalenin meşru bir amaca yönelik olarak (müdahale gerekliliği) ve tıp biliminin verilerine göre uygun olması kriterlerinin esas alındığını belirtmiştik. Bu kriterlerden herhangi birini sağlamayan tıbbi müdahale kişilik haklarının ihlali anlamına gelecek ve hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Mevzuatımızda hekimlerin hukuki yükümlülüklerini içerir herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada temel ayrım, hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisinin olup olmadığıdır. Hekim-hasta arasında sözleşmesel bir ilişkinin söz konusu olmadığı ve vekaletsiz iş görme hükümlerinin de uygulanmadığı durumlarda kural olarak hekimin haksız fiil sorumluluğu söz konusudur³⁴⁶. TBK 49. Maddesinde düzenlenen haksız fiil hükümleri uyarınca kusuru veya hukuka aykırı bir eylemi ile kişiye zarar veren hekim, meydana gelen zararı gidermekle yükümlüdür. Yargıtay, hekimin özel hastanede hizmet sözleşmesi ile çalıştığı halde veya hekimin kamu kurumlarında çalıştığı hallerde; hekimle hasta arasında sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı dolayısıyla bu hallerde de hekimin haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olduğunu belirtmektedir.

Konu ile ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2002 tarihli bir kararında, davalı doktorların ... A.Ş.'nin istihdam ettiği çalışanlar olduklarından bahisle davacı ile doktorlar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı için davalı doktorların sorumluluğunun haksız fiil hükmüne dayandığı ifade edilmiştir³⁴⁷. Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2012 tarihli bir kararında kamu kuruluşlarında çalışan hekimlerin kamu hizmeti görmeleri sebebi ile hasta ile aralarında sözleşmesel ilişkinin kurulmadığı ifadelerine yer verilmiştir³⁴⁸.

³⁴⁶ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 15.; Hakeri, a.g.e., s. 797.; Subaşı, a.g.e., s. 132.; Battal, a.g.e., s. 175.; Öztürkler, a.g.e., s. 46.

³⁴⁷ YHGK 2002/13-1011 E. 2002/1047 K. 11.12.2002 T. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 20.09.21.

³⁴⁸ YHGK 2011/4-592 E. 2012/25 K. 1.2.12 T. Kazancı İçtihat Bankası, ET. 20.09.21.

Anayasa'nın 40/3 sayılı maddesi gereği kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan devlet memuru konumundaki hekimlerin hastalara vermiş oldukları zararlardan devlet aslen sorumlu kabul edilmektedir. Hasta uğradığı zarara istinaden maddi-manevi tazminat davası açma hakkını haizdir. Hastanın uğradığı zarar sonucu ölmesi halinde tazminat davası mirasçıları, yakınları ve destekten yoksun kalanları tarafından ikame edilebilmektedir. Davanın kime yönelik açılacağı ise hekimin faaliyette bulunduğu sektöre göre değişiklik gösterebilecektir. Şöyle ki, kamu hastanelerinde çalışan hekimlere yönelik doğrudan malpraktis kaynaklı tazminat davası açılması mümkün değildir³⁴⁹. Zira Anayasa'mızın 129. Maddesinde devlet memurlarının görevlilerinin icrası esnasında işledikleri kusurlardan doğacak tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı maddede devletin veya ilgili idarenin hekime rücu hakkı saklı tutulmuştur. Dolayısıyla devlet veya ilgili idare ödemiş olduğu malpraktis kaynaklı tazminata istinaden hekime rücu davası ikame edebilmektedir.

Konu ile ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1993 tarihli bir kararında kurumlarıyla hizmet ilişkisi içinde bulunan memur ve diğer kamu görevlilerinin resmi yetki ve olanaklarından yararlanarak gördükleri hizmet sırasında işledikleri görev kusurlarından dolayı zarara uğrayanlar tarafından açılacak tazminat davalarında husumetin ilgili kuruma yöneltilmesi gerektiği, dolayısıyla davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği şeklinde hüküm kurulmuştur³⁵⁰.

5.2.Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Koşulları

Hekimlerin hukuki sorumluluğu hakkında mevzuatımızda doğrudan bir düzenleme bulunmaması sebebi ile hekimlerin tıbbi müdahalelerden kaynaklı tazminat uyuşmazlıklara hükümler, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre değişiklik

³⁴⁹ Aktaş, a.g.e., s. 80.; Hakeri, a.g.e., s. 806 vd.; Gezder, (TBK m. 66), a.g.e., s. 64.; İlgün, a.g.e., s. 59.; Müşerref Sedef, Fizyoterapistlerin İdari, Hukuki Ve Cezai Sorumluluklarının Değerlendirilmesi, *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, 2018, s. 142.; Serkan Demirkaya, Tıbbi Uygulama Hatası, İdarenin Tazminat Sorumluluğu ve Kusurlu Personele Rücu, *Terazi Hukuk Dergisi* Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 81.; Narter, a.g.e., s. 182-183.

³⁵⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, 1993/6 E., 1993/5 K., Karar için bkz. Gözler, a.g.e., s. 1156.

göstermektedir. Bu minvalde hekimlerin sorumluluğu esasında haksız fiil, sözleşmeye aykırılık ve vekaletsiz iş görme başlıkları altında değerlendirilmektedir³⁵¹.

Hekimin hukuki sorumluluğu bakımından; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı şeklinde olmak üzere dört temel unsur söz konusudur³⁵².

5.2.1. Hukuka Aykırılık

Bir sözleşme ilişkisi mevcut ise hukuka aykırılık, sözleşmenin ihlali şeklinde ortaya çıkar. Haksız fiil ilişkisindeki hukuka aykırılık ise, mal ve şahıs varlıklarını koruyan emredici davranış kurallarının ihlal edilmesini ifade eder³⁵³.

Hukuka aykırılığı kaldıran haller; kanunun verdiği yetki, mağdurun rızası, haklı savunma, hakkın kendi gücüyle korunması, zorunluluk hali ve özel ya da kamusal yarar şeklinde TBK m. 63 ve m. 64 hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK m. 63 hükmüne göre: “(1) Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. (2) Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”

TBK m. 64 hükmüne göre de: “(1) Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz. (2) Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler. (3) Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.”

³⁵¹ Hakeri, a.g.e., s. 793.; E. Sindel, a.g.e., s. 244.; İlgün, a.g.e., s. 25.

³⁵² Hakeri, a.g.e., s. 942.; Aşçıoğlu, a.g.e., s. 65.

³⁵³ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 66.; Kıcalıoğlu, a.g.e., (2015), s. 181.; Hakeri, a.g.e., s. 942.; Baysal, a.g.e., s. 86.

Bir mutlak hak olan kişilik hakkının ihlal edilmesi de hukuka aykırılık teşkil eder³⁵⁴. Kişinin vücut bütünlüğü ve sağlığı mutlak hak niteliğinde olup bu hakka yönelik saldırılar hukuka aykırılığa sebebiyet verecektir. Daha önce de değindiğimiz üzere kişilik hakkının ihlali halinde hukuka uygunluk nedenleri TMK 24/2 sayılı maddesinde düzenlenmiş olup; kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikli özel veya kamusal yarar veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılması şeklindeki haklı sebeplerden birisi olmadıkça kişilik haklarına yönelik her saldırının hukuka aykırılık teşkil edeceği hüküm altına alınmıştır³⁵⁵. Maddede hukuka uygunluk nedenleri; zarar görenin rızası, daha üstün nitelikli özel veya kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması şeklinde belirtilmiş olup, bu hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığı halinde tazminat istenemez³⁵⁶. TMK m. 24/2’de sayılan hukuka uygunluk nedenleri TBK m. 63 ve m. 64’deki nedenlerden farklı değildir, yalnızca kişilik hakkının ihlali en fazla gündeme gelebilecek olanlar sayılmıştır³⁵⁷.

Zarar görenin rızası bakımından bir parantez açmak gerekmektedir. Zira bahsi geçen rıza, her müdahaleyi hukuka uygun hale getirememektedir. Kişinin sağlığı, vücut bütünlüğü gibi hakları kamu düzenini yakından ilgilendirmekte olup, bu haklarına yapılacak müdahaleler bakımından vermiş olduğu rızanın ahlaka ve kamu düzenine uygun olması gerekmektedir³⁵⁸. Bu şartları sağlamayan rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin hastanın hekim aracılığı ile hayatını sona erdirmek istemesi, bu duruma rıza göstermesi durumunda, hastanın ötenaziye göstermiş olduğu rızanın Türk hukuk sisteminde geçerli kabul edilmemesi nedeni ile³⁵⁹ hastanın rızasına uyarak tıbbi müdahalede bulunan hekimin davranışı hastanın rızası bulunmasına rağmen hukuka aykırılık teşkil edecektir³⁶⁰. Bunun yanında rızanın ahlaka veya kamu

³⁵⁴ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 14.; Baysal, a.g.e., s. 111.

³⁵⁵ TMK m. 24 hükmüne göre: “(1) Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. (2) Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

³⁵⁶ Hakeri, a.g.e., s. 943.

³⁵⁷ Baysal, a.g.e., s. 111.

³⁵⁸ İpekyüz, a.g.e. s. 29.

³⁵⁹ Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği Md. 13: “Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.”

³⁶⁰ Baysal, a.g.e., s. 121.

düzenine aykırı olsa da somut olayın özelliğine göre tazminatta indirim sebebi olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir³⁶¹.

Başka bir örnek vermek gerekirse; hastanın bilincinin kapalı olduğu durumda tıbbi müdahale için hastanın bilincinin yerine gelmesinin beklenmesi daha büyük zararlara yol açacak ise daha üstün nitelikli bir özel yararın varlığı söz konusudur³⁶². Kişilik hakkına müdahale teşkil eden bir tıbbi müdahaleyi kanunda yazılı hallerde ya da mahkeme kararıyla gerçekleştirmek de gerekebilir. Bunlara örnek olarak kandaki alkol miktarının belirlenmesi amacıyla mahkemeler tarafından yapılmasına karar verilen tıbbi muayeneler, bulaşıcı hastalığın yayılımının önlenmesi amacıyla kişinin rızası dışında aşılınması işlemi de daha üstün nitelikli bir kamusal yarara dayanmaktadır³⁶³.

5.2.2. Kusur

Kusurun mevzuatta herhangi bir tanımı bulunmamakla birlikte öğretide birçok kusur tanımı yapılmıştır. Kusur, hukuk sisteminin kınadığı davranış biçimi olarak tanımlanmaktadır³⁶⁴. Kusur her şeyden önce bir hukuka aykırı davranışı gerektirir. Bu nedenle kusurlu bir davranışın hukuka aykırı olmaması mümkün değildir³⁶⁵.

TBK m. 49'da kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren kimsenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu zarar; kasten veya özensiz bir davranışın sonucu olabilir, her iki durumda da zarar kusurlu davranış iradesinin bir sonucudur. Bu nedenle kast ile ihmal arasında sorumluluğun kurulması açısından fark yoktur zira özensiz davranış da bir iradi davranış biçimidir³⁶⁶.

Kusura dayalı sorumluluktan bahsedilebilmesi ancak fiilin işlenmesinde failin kusurlu olması halinde mümkündür. Hekimlerin sorumluluğu bakımından kusur, sözleşmeden yahut haksız fiilden kaynaklanması fark etmeksizin kurucu unsur olarak kabul

³⁶¹ Baysal, a.g.e., s. 113.; İpekyüz, a.g.e. s.29.

³⁶² Munise Kurt, a.g.e., s. 194.

³⁶³ Zafer Kahraman, a.g.e., s.497.

³⁶⁴ Ayan, a.g.e., s. 100.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 552.; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 14.; Hancı, a.g.e., s. 139.

³⁶⁵ Kıcalıoğlu, a.g.e. (2015), s. 453.

³⁶⁶ Baysal, a.g.e., s. 56.

edilmektedir. Bir başka deyişle hekimlerin sorumluluğu ancak kusurlarının varlığı halinde mümkündür³⁶⁷.

Kast, sorumluluğun en ağır derecesidir³⁶⁸. Kast, failin olumsuz hukuka aykırı neticeyi bilerek ve arzulayarak eylemde bulunmasını ifade etmektedir³⁶⁹. Dolayısıyla kasttan bahsedilebilmesi için öncelikle failin hukuka aykırı sonucu önceden görmesi ve bu olumsuz neticeyi istemesi gerekmektedir. Hekimin daha fazla ücret alabilmek adına tedavi sürecini yanlış yönlendirmesi, gereksiz tıbbi müdahalelerde bulunması kasıtlı davranışlara örnek olarak gösterilebilir. Failin hukuka aykırı sonucu istemiş olmayıp bu hukuka aykırı sonuçtan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamışsa ihmal söz konusu olur³⁷⁰. İhmal özen eksikliği anlamına gelmekte olup, ihmal olup olmadığı belirlenirken somut olayın şartlarına göre ortalama bir hekimin göstermesi gereken özen esas alınacaktır³⁷¹.

Hekimler açısından kusur çeşitli yönlerden özellik arz etmektedir. Zira tıp biliminin doğası gereği her tıbbi müdahale başlı başına bir risk barındırmaktadır. Bu noktada hekimlerin her türlü kusurlarından sorumlu tutulmaları halinde hekimlerin kendilerini güvence altına alabilmek adına mesleklerini icradan imtina etmelerine sebep olabilecektir. Ancak bir başka açıdan bakıldığında bireylerin hayatlarına, vücut bütünlüğüne doğrudan müdahale söz konusu olduğundan hekimlerin daha titiz ve dikkatli olma zorunluluğunun bulunduğu da açıktır. Dolayısıyla hekimlerin kusurlarının değerlendirilmesi oldukça hassas bir konu olup, çok farklı ve zıt görüşler barındırmaktadır.

Örneğin bir görüş, hekimlerin yalnızca hiçbir şekilde kabul edilemeyecek derecede ağır kusurlarından sorumlu kabul edilmeleri gerektiği, zira hekimin her türlü kusurundan sorumlu tutulmasının mesleğin icrasını zora sokacağı ve hatta çekilmez hale getireceği yönündedir³⁷². Ancak hukuk sistemimizde hekimler her türlü kusurlarından sorumlu kabul edilmektedir. Hekim, kusuru az da olsa zararın

³⁶⁷ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 72.

³⁶⁸ Battal Yılmaz, a.g.e. s.156.; Baysal, a.g.e., s. 66.

³⁶⁹ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 72.; Baysal, a.g.e., s. 66.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 1190.; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 55.

³⁷⁰ Baysal, a.g.e., s. 68.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 1191.; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 55.

³⁷¹ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 72.; Hakeri, a.g.e., s. 944.; N. Özkan, a.g.e., s. 156.

³⁷² Bkz. Battal Yılmaz, a.g.e. s.156.

tamamından sorumludur³⁷³. Kastın yanı sıra hekimler ihmal, tedbirsizlik yahut tıbbi bilgisizlik hallerinde de kusurlu kabul edilmektedir. Örneğin Yargıtay'ın 2018 tarihli bir kararında bu durum: “*Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan dahi sorumludur.*” Şeklinde açıkça ifade edilmiştir³⁷⁴. Dolayısıyla hekimler her çeşit kusurundan sorumludur³⁷⁵.

Kusurdan söz edilebilmesi için öncelikle bir eylem mevcut olmalıdır. Bu eylemin aktif bir biçimde olması zorunlu değildir. Bir başka deyişle eylem “yapma” biçiminde olabileceği gibi “yapmama” şeklinde de olabilir³⁷⁶.

TBK 52. Maddesi'nde: “*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.*” Şeklinde ifade edildiği üzere hekimin kusurunun yanı sıra hastanın da kusurlu olduğu yahut zararın yalnızca hastanın kusurlu davranışı neticesinde gerçekleştiği durumlarda tazminatın indirilmesi veya tamamen kaldırılması mümkündür³⁷⁷.

5.2.3. Zarar

Zarar tazminat borcunun en önemli unsurunu oluşturur. Sorumluluk hukukunda tazminat borcunun doğabilmesi için belirli bir zararın gerçekleşmiş olması gerekir³⁷⁸. Zarar, hukuk vasıtası ile koruma altına alınan maddi manevi değerlerin önceki durumu ile bu varlıklara yönelik yapılan haksız saldırı neticesinde meydana gelen durum arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır³⁷⁹. Zarar, bir başka tanımda kişinin mal ve şahıs varlıklarında meydana gelen eksilme olarak ifade edilmektedir.

Tıbbi vakıalarda ise zarar, kişilerin bedensel ve ruhsal bütünlüğünde ve malvarlığında meydana gelmektedir. Zarar, hekimin tazminat sorumluluğu bakımından mutlaka var

³⁷³ Hakeri, a.g.e., s. 944.; N. Özkan, a.g.e., s. 158.

³⁷⁴ Yargıtay 13. H.D. E. 2015/41488 K. 2018/4944, Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 18.04.2022.

³⁷⁵ Hekimin en hafif kusurundan dahi sorumlu olduğuna dair farklı kararlar için bkz. Yargıtay 13. H.D. E. 2016/26894 K. 2018/8072 T. 18.9.2018.; Yargıtay 13. H.D. E. 2015/41488 K. 2018/4944 T. 24.4.2018, Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 12.08.2022.

³⁷⁶ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 73.; Baysal, a.g.e., s. 86-87.

³⁷⁷ Hakeri, a.g.e., s. 956.

³⁷⁸ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 99.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 587.; Baysal, a.g.e., s. 156.

³⁷⁹ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 99.; Baysal, a.g.e., s. 156.; Mehmet Serkan Ergüne, Olumsuz Zarar, (İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi 2007) s. 5 vd.

olması gereken bir şarttır. Zira tıbbi vakıada zarar söz konusu değilse, tazmin edilecek herhangi bir husus da söz konusu değil demektir.

Zarar, maddi zarar ve manevi zarar olarak ikiye ayrılmaktadır. Kısaca izah etmek gerekirse; maddi zarar kişinin malvarlığında arzusu dışında meydana gelen ve para ile ölçülebilen zararları ifade etmektedir. Maddi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kardan oluşmaktadır. Maddi zarar miktarı kişinin haksız eylemin yapılmasından önceki durum ile eylem sonrası malvarlığı durumları arasındaki fark esas alınarak hesaplanmaktadır³⁸⁰.

Tıbbi müdahale neticesinde vücut bütünlüğü veya sağlığı zarar gören kişi tamamen veya kısmen çalışmamaktan ve ekonomik olarak gelecekte maruz kalacağı yoksulluktan doğacak zararlarını ve yapmış olduğu tüm giderleri talep edebilecektir³⁸¹. Nitekim Yargıtay bir kararında, davacının maddi tazminat isteminin “tedavi gideri” ve “diğer zararlar” ile “çalışmamaktan doğan iş gücü kaybı zararı” olduğu ve şartlar oluştuğunda, davacının bu zararlarının giderilmesini BK. m. 46 uyarınca isteyebileceğinde herhangi bir tereddüt bulunmadığı ifadelerine yer vermiştir³⁸².

Maddi tazminat kural olarak doğrudan doğruya zarar gören kişiye/kişilere yönelik olarak ödenmektedir. Ancak malpraktis neticesinde zarar gören kişinin ölümü halinde, merhumun geride kalan yakınları da destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmektedir. Dolayısıyla maddi zarar kalemleri tedavi giderleri, çalışma gücü kaybından doğan zarar, destekten yoksun kalma zararı ve ölüm nedeniyle diğer maddi zarar biçimlerinde ortaya çıkmaktadır. Ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde ispat yükü hastaya aittir. Somut olayın özelliklerine göre ödenecek tazminat miktarını hâkim belirlemektedir.

Manevi zarar ise, kişinin malvarlığı dışında kalan manevi varlığına ait değerlere yönelik gerçekleşen haksız saldırılar neticesinde oluşan eksilmeler olarak ifade edilmektedir³⁸³. Bu eksilmelerin karşılığı olarak, zarar gören kişinin ruhsal teselli bulabilmesi açısından hastaya verilecek parasal tutar manevi tazminatı ifade etmektedir. Manevi yıpranmanın herhangi bir şekilde telafisi olmaması nedeni ile işbu

³⁸⁰ Baysal, a.g.e., s. 157, 158.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 588.

³⁸¹ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 100.

³⁸² Yargıtay 13. H.D. E. 1982/7237 K. 1983/1783 T. 14.3.1983, Kazancı İçtihat Bankası E.T. 20.09.21.

³⁸³ Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 599.; Baysal, a.g.e., s. 190.; Narter, a.g.e., s. 420.

manevi tazminat kurumu ile zarar görenin uğramış olduğu zararın mümkün olduğunca dindirilmesi amaçlanmaktadır.

Tıbbi müdahale sürecinde hekimin haksız eylemleri neticesinde hastanın psikolojisinde meydana gelen acı, üzüntü gibi zedelenmelerin giderilmesi bakımından başka bir tazmin yolunun henüz bulunamamış olması sebebi ile zarara sebebiyet veren hekimden belirli bir miktar paranın, hastada meydana gelen manevi eksilmelerin karşılığı olarak hastaya verilmesi yoluna gidilmektedir. Dolayısıyla kusurlu tıbbi müdahale neticesinde sağlığı zarar gören kimseye veya kişi ölmüşse yakınlarının manevi zararlarının giderilmesi için tazminat talep edilebilir³⁸⁴.

Manevi tazminat tutarının hâkim tarafından belirlenmesi ile ilgili olarak Yargıtay 21.03.2016 tarihli kararında hâkimin TMK m. 4 uyarınca hakkaniyet ilkeleri ile bağlı kalması, tarafların sosyal-ekonomik durumlarını ve kusurlu eylemin mağdurda sebep olduğu yıpranmanın derecesini göz önünde bulundurması gerektiği ifade edilmiştir³⁸⁵.

5.2.4. İlliyet Bağı

Bir zararın tazmin edilebilmesi için hukuka aykırı eylem ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir³⁸⁶. Zira hukuka aykırı bir fiili işleyen kimse yalnızca bu fiilin sebep olduğu zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bir zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu kabul edebilmek için yaşam deneyimlerine göre hayatın olağan akışı içinde fiilin bu zararı meydana getirmeye elverişli olduğu sonucuna varmak gerekir³⁸⁷. Bu minvalde hekimin sözleşmeyi ihlal eden veya haksız fiil teşkil eden eylemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir³⁸⁸. Tıbbi bir vakıa kapsamında hekimin eylemi, hayatın olağan akışı çerçevesinde meydana gelen zararı ortaya çıkarma kabiliyetini haiz değilse hekim zarardan sorumlu tutulamayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2004 tarihli bir kararında; ameliyat sırasında hastanın damarının kesildiği bir olay hakkında damar arızasının ameliyat sırasında oluştuğu, arızanın zamanında fark edilip

³⁸⁴ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 101.

³⁸⁵ Y. 13. H.D. T. 21.03.2016, E. 2014/21920, K. 2016/8297, Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 11.04.2022

³⁸⁶ Baysal, a.g.e., s. 192.; Eren, Genel Hükümler, a.g.e., s. 605.; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 44.

³⁸⁷ Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 44, 45.; Baysal, a.g.e., s. 204.; Kıcıoğlu, (2015), a.g.e., s. 482.

³⁸⁸ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 103.; Hancı, a.g.e., s. 114.

onarılmamasının ölümden etkili olduğu, dolayısıyla ilgili arızayı zamanında fark edip onaramayan hekimin kusurlu olduğu belirtilmiştir³⁸⁹.

Somut olayın özelliğine göre hekimin ağır kusurunun mevcut olduğu hallerde uygun illiyet bağı açık olmasa bile, hekimin tazminat sorumluluğunun kabul edilebileceği ifade edilmektedir³⁹⁰.

Malpraktis davalarında Yargıtay, malpraktis-komplikasyon ayrımının tespitinin yapıldığı ve sağlık personelinin kusurunun bulunup bulunmadığı hususlarında detaylı araştırma içeren bilirkişi raporu hazırlanması gerektiği görüşünde olup, bu şekilde çok sayıda emsal karar da mevcuttur³⁹¹. Örneğin Yargıtay'ın 2015 tarihli bir kararında, ilk derece mahkemesine ibraz edilen bilirkişi raporunda her ne kadar hekimin bir kusurunun bulunmadığı şeklinde tespitte bulunulmuşsa da bilirkişi raporundaki değerlendirmelerin denetime iman verir nitelikte olmadığı belirtilerek komplikasyon riskinin hekim tarafından önlenme imkanının olup olmadığı hususunun araştırılması gerektiğini vurgulamıştır³⁹².

5.3.İdarenin Tazminat Sorumluluğu

5.3.1. Genel olarak

Anayasa'nın 56. Maddesinde: *“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.”* Şeklinde sağlık hizmetleri nedeni ile devlete geniş ve etkin görevler

³⁸⁹ YHGK 2004/13-291 E. 2004/370 K. 23.06.2004, Kıcalıoğlu 2015, a.g.e., s. 487.

³⁹⁰ Zeynep Özcan, Ayşe Betül Özcanoglu, Yıl 8, Sayı 16, Aralık 2020, s. 305.

³⁹¹ Örn: Yargıtay 13. H.D. 2014/43786 E. 2015/198 K., Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 13. H.D. E. 2015/40778 K. 2017/3963 ; E.T. 11.04.2022; Yargıtay 13. H.D. 2015/18038 E. 2017/3975 K. Battal Yılmaz, a.g.e. s. 355.

³⁹² Yargıtay 13. H.D. 2014/12014 E. 2015/10657 K. 06.04.2015 T., Kerem İlgin, a.g.e. s. 130

yüklemiştir. Dolayısıyla devletin, yurttaşlarına karşı Anayasa’da hüküm altına alınmış yükümlülükleri nedeni ile sorumluluğu söz konusu olabilecektir³⁹³.

İdarenin tazminat sorumluluğunu düzenleyen herhangi bir kanun mevcut değildir. 1927 Yılında Şurayı Devlet’in (Danıştay) yeniden faaliyete geçmesi ile idareye karşı açılan tazminat davalarına Danıştay bakmaya başlamış ve idarenin sorumluluğuna dair esaslar içtihatlarla günümüze kadar geliştirilmiştir³⁹⁴. İdare hukukunda kusur sorumluluğu, idarenin kamu hizmeti ve faaliyetlerini yürütürken kusurlu bir davranış ile sebep olduğu zararı tazmin etmesi yükümlülüğüdür³⁹⁵.

Anayasa’mızın 125. Maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ve idarenin eylem ve işlemlerinden doğan her türlü zararın idare tarafından tazmin edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. İdari eylem ve işlemde kaynaklanan zararlar idare hukuku kapsamında hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince tazmin edilmektedir³⁹⁶. Bu durum Danıştay’ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir³⁹⁷:

“İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.”

Belirtmek gerekir ki idari sorumluluk alanında kusur sorumluluğu esas alınmaktadır. Gözler; idari sorumluluğun kusur sorumluluğu olmasını kural, kusursuz sorumluluk olmasını ise istisna olarak ifade etmiştir³⁹⁸.

İdare, kusurlu eylem ve işleri ile sebep olduğu zararların tazmini ile yükümlüdür. Bu tip kusur sorumluluğu esasında hizmet kusuruna dayanmaktadır. Danıştay hizmet

³⁹³ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 110.

³⁹⁴ Detaylı bilgi için bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı Cilt 2, Mayıs 2019, s.1048.

³⁹⁵ Narter, a.g.e., s. 471.

³⁹⁶ Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Tekinsoy, Hüseyin Melih Çakır, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 939.

³⁹⁷ Danıştay 10. D. 2007/3301 E. 2008/2939 K. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 06.10.21.

³⁹⁸ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Mayıs 2019, Cilt 2, s. 1083.; Aşçıoğlu Anayasa md. 125/ son maddesi gereğince sağlık hizmetlerinin görülmesinde kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi gerektiğini, aksinin sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Bkz. Aşçıoğlu, a.g.e., s. 111.

kusuru ile ilgili olarak; hizmet kusurunun kamu hizmetinin organizasyonu ve işleyişinden kaynaklandığını, kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmekteyse veya bu faaliyet hizmet gerekleriyle bağdaştırılamayacak nitelikteyse, idarenin hizmeti kusurlu yürüttüğünün kabulünün gerektiğini ifade etmiştir³⁹⁹. Yine kararın devamında idarenin işlem ve eylemleri dolayısıyla hizmet kusuru işlediğinin söylenebilmesi bakımından tespit edilen hukuki noksanlığın makul derecede ağır ve önemli olması gerektiği ifade edilmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2017 tarihli bir kararında⁴⁰⁰: *“İdari yargıda idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin borcunun doğması için ortada bir zararın ve zarara yol açan idareye yüklenebilir bir eylemin bulunması, zararlar eylem arasında nedensellik bağının kurulması ve hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk esaslarına göre idare hukukuna özgü tazmin sebeplerinin olması gerekmektedir. Tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken öncelikle hizmet kusurunun varlığı araştırılmalı, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanamayacağı irdelenmelidir”*. Şeklinde idarenin tazmin borcunun söz konusu olabilmesi için; idareye yüklenebilir bir eylemin bulunması, zarar ile bu eylem arasında nedensellik bağının bulunması ve idare hukukuna özgü tazmin sebeplerinin mevcut olması hususlarının mevcut olması gerektiği ifade edilmiştir.

Bilindiği üzere kamu hizmetleri, idarenin doğrudan yürüttüğü veya idarenin denetim ve gözetimi altında özel sektör aracılığı ile sunulmaktadır. Dolayısıyla özel hastaneler tarafından sunulan sağlık hizmetleri de doğrudan idarenin yürüttüğü bir hizmet olmasa da idarenin gözetim ve denetimi altında yürütülmektedir. Bu sebeple zarar doğuran bir eylem söz konusu ise, bu eylemin idarenin gözetim ve denetim eksikliğine bağlı olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. İdarenin gözetim ve denetim eksikliği söz

³⁹⁹ Danıştay 15. Dairesi, E. 2014/744, K. 2018/197, Karar Tarihi: 18.1.2018. Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 04.10.2021), Yine bkz. DİDDK 2007/2113 E. 2011/1468 K. sayılı kararda *“Danıştay 2011 tarihli kararında hizmet kusuru hizmetin kötüleşmesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi olarak tanımlanmış olup, bu hallerde idare aleyhine tazminata hükmedilebileceğini belirtmiştir.”* Şeklinde hizmet kusuru halinde idare aleyhine tazminata hükmedilebileceği ifade edilmiştir. Kazancı İçtihat Bankası E.T. 05.10.21.

⁴⁰⁰ İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2015/1172 K. 2017/3252, Karar Tarihi: 26.10.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi E.T. 10.10.21.

konusu değilse özel hastane yönetiminin ilgili eylemden sorumlu kabul edilmesi gerekecektir⁴⁰¹.

Yapılan bir araştırmada, 2015-2020 yılları arasında Yargıtay’a intikal etmiş olan malpraktis davalarının %50,8 ile özel hastane çalışanlarına karşı, %38,7 ile de devlet hastanesi çalışanlarına karşı açıldığı tespit edilmiştir⁴⁰².

5.3.2. Sorumluluk Şartları

Malpraktis neticesinde meydana gelen zararlardan dolayı idarenin sorumlu tutulabilmesi için hizmet kusuru, zarar ve illiyet bağı unsurlarının birlikte bulunması gerekmektedir⁴⁰³.

a. Hizmet Kusuru

İdare hukuku alanında sık biçimde kullanılan “hizmet kusuru” ifadesi, idarenin kusura dayalı sorumluluğunu ifade etmektedir. Hizmet kusuru, bir hizmetin kuruluşu veya işleyişinde ortaya çıkan nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık olarak tanımlanmaktadır⁴⁰⁴. Dolayısıyla idare, hizmetin hiç işlenmemesi, geç veya kötü işlenmesi hallerinde kusurlu kabul edilmektedir. Hizmet kusuru genel itibarıyla hizmetin hiç işlenmemesi, geç veya kötü işlenmesi nedenlerine istinaden vücut bulmaktadır. İdarenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için hizmet kusurunun varlığı gerekir⁴⁰⁵. Ameliyatta yanlış böbreğin alınması, ameliyatın hiç yapılmaması ya da geç yapılması gibi hizmetin işlemediği, geç işlediği ya da hiç işlemediği hallerde hizmet kusurunun varlığı sebebi ile kişilerin uğradıkları zarar tazmin edilmektedir⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ Narter, a.g.e., s. 455.; Sait Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 12, Sayı: 46-47, s.16.

⁴⁰² Elif Kahyaoğlu Khalil, 2015-2020 Yılları Arasında Yargıtay’a İntikal Etmiş Malpraktis Dosyalarının Sağlık Yönetimi Açısından Analizi (Ordu Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2022) s. 42.

⁴⁰³ Hakeri, a.g.e., s. 973.

⁴⁰⁴ Gözler, a.g.e., s. 1297.; Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 712.; Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay/Tekinsyon, a.g.e., s. 940.

⁴⁰⁵ Gözler, a.g.e., s. 1297.; Hakeri, a.g.e., s. 980.

⁴⁰⁶ Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay/Tekinsyon, a.g.e., s. 940.

Danıştay, hemşirenin hatalı tıbbi müdahalesi neticesinde hastanın bir uzvunu kaybettiği olay hakkında şu şekilde karar vermiştir⁴⁰⁷: “... hastanelerde yapılacak tedavilerin tıbbi esaslara uygun biçimde ve hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Anılan yükümlülüğün yerine getirilmesinde kusurlu davranılması idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Devlet hastanesinde, tedbirsizlik ve meslekte acemilik nedeniyle hatalı enjeksiyon yapılarak davacının kolunun kangren olmasına ve kesilmesine yol açılması karşısında, dava konusu olayda davalı idarece yürütülmekte olan sağlık hizmetinin işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulü zorunludur.”

Karardan da anlaşılacağı üzere hemşirenin yapmış olduğu hatalı enjeksiyon Danıştay tarafından sağlık hizmetinin işleyişindeki yetersizlik olarak nitelendirilmiş ve hizmet kusurunun varlığına vurgu yapılmıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin bir kararında kişisel kusuruna dayanılarak kamu görevlisi aleyhine açılan tazminat davasının, özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararda kural olarak, kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle, görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak, idari yargıda ve ancak idare aleyhine dava açılabileceği; ancak, kamu görevlisinin görev ve yetkilerinden, resmi sıfatından ayrılabilen; başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemlerinin, belirtilen Anayasal korumanın dışında kaldığını ve dolayısıyla, doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak adli yargı yerinde tazminat davası açılabilme olanağı bulunduğu ifade edilmiştir⁴⁰⁸.

Danıştay’ın idarenin hizmet kusuruna ilişkin bir kararında, Tıp Fakültesi Kardiyoloji Anabilim Dalı Uzmanının hastanede görev yapmakta iken muz kabuğuna basıp kayması sonucu merdiven boşluğuna düşmesi olayı ile ilgili olarak davacının görev yaptığı hastanenin temizliğinde ve merdivenlerin aydınlatılmasında davalı idarenin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu ifade

⁴⁰⁷Savaş M. Bayındır, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 11, Sayı 1-2, Yıl 2007 s. 559.

⁴⁰⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü E. 2006/26 K. 2006/75 T. 5.6.2006, Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 22.08.2022.

edilmiş olup, 11.818.705.000-TL maddi tazminatın davalı idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte kabulü, davacının duyduğu elem ve ıstırabın karşılığı olarak 5.000.000.000-TL manevi tazminatın kabulüne karar verilmiştir⁴⁰⁹.

Hizmet kusuru bakımından kusurun belirli derecede ağırlık taşıması ile ilgili olarak, kusurun ağır-hafif olmak üzere iki tip olarak vuku bulabileceğini belirtmek gerekmektedir. Sağlık hizmetleri bakımından Danıştay'ın kabulü ağır hizmet kusuru arandığı yönündedir⁴¹⁰. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2011 tarihli bir kararında⁴¹¹: *“İdare Hukuku 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 ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.”* Şeklinde hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı haller bakımından idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasının ancak ağır hizmetin varlığı halinde söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Bu noktada ağır hizmet kusurunun riskli tıbbi müdahale ve operasyonlar için geçerli olduğunu belirtmek gerekir⁴¹². Danıştay'ın 2007 tarihli kararında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir⁴¹³: *“... idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan ağır hizmet kusuru; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; ... birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edilebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.”* Dolayısıyla sağlık hizmetleri bakımından, hizmetin barındırdığı riske ve zorluğa göre sorumluluk hukuku bakımından esas alınacak kusurun ağırlığı değişiklik göstermektedir. Kimi hizmetler bakımından idarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ağır kusur aranırken kimi hizmetler için esas alınacak olan hafif

⁴⁰⁹ Danıştay 10. Daire E. 2003/4153 K. 2006/5848 T. 20.10.2006 Kazancı İçtihat Bankası, Et 05.10.21

⁴¹⁰ Hakeri, hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde idarenin tazminat yükümlülüğünün doğması için zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Hakeri, a.g.e., s. 980-981.

⁴¹¹ DİDDK 2007/2113 E., 2011/1468 K. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 04.10.21.

⁴¹² Serkan Çınarlı, Abdullah Hızal; “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (1), Bahar 2015 s. 150.

⁴¹³ Danıştay 10. D. 2005/3719 E. 2007/4316 K. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi E.T. 05.10.21.

kusurdur. Nitekim Danıştay’ın 2007 tarihli bir kararında özetle; tıbbi müdahale ve operasyonlar bakımından idarenin tazmin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ağır hizmet kusurunun varlığının gerektiği ifade edilmiş olup, bu kapsama girmeyen bakım, gözetim vs. yan müdahalelerden doğan zararlar bakımından ağır kusur şartı aranmayacağı belirtilmiştir⁴¹⁴.

Hizmet kusurunun söz konusu olduğu vakıalar bakımından kamu görevlisine karşı dava açılması mümkün değildir⁴¹⁵. İdareyi, işlem ve eylem mekanizması bulunan bir kuruluşa dönüştüren temel unsur personel kadrosu ve onların faaliyetidir. Ancak personel idare ile bütünleşmiş ve idare içinde anonimleşmiş kabul edildiğinden idare personelinin faaliyetlerinin gerçek sahibi idaredir. Dolayısıyla hekim açısından her ne kadar faaliyette bulunan bizzat hekim olsa da bu faaliyetlerin gerçek sahibi idare kabul edilmektedir.

Hizmet kusurunun mevcut olduğu durumda, meydana gelen zararın sorumlusu yalnızca idaredir. Zira hizmet kusuru idarenin işleyişindeki veya kuruluşundaki eksikliği ifade etmekte olup, bu kusurun muhatabı da doğrudan idare olmaktadır. Gözübüyük de hizmet kusurundan dolayı kamu görevlisinin idareye ve yönetilenlere karşı herhangi bir sorumluluğunun olmadığını ifade etmiştir⁴¹⁶. Yargıtay da hizmet kusuruna istinaden kamu görevlilerine karşı dava açılmayacağını belirtmektedir.

Danıştay 2006 tarihli bir kararında, kamu görevlilerinin idari tasarrufta bulunurken hukuka ve icra edilen görevin gereklerine aykırı olarak resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak yaptıkları eylem ve işledikleri kusurlarının ‘görev kusuru’ niteliğinde hizmet kusuru oluşturduğunu ifade etmiştir⁴¹⁷.

Kusur sorumluluğuna oranla ikincil derecedeki sorumluluk tipi olan kusursuz sorumluluk, kamu hizmetinin yerine getirilmesi esnasında meydana gelen olağan dışı zararların idare tarafından tazmini esasına dayanmaktadır. Dolayısıyla sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin, zarar ile bağlantılı herhangi bir eylemi bulunmasa dahi doğan zarardan sorumlu tutulabilmesi mümkün olabilmektedir. Danıştay eski tarihli bir

⁴¹⁴ Danıştay 10. Daire 2005/3179 E. 2007/4316 K. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 07.10.21.

⁴¹⁵ Gözler a.g.e. s. 1157.

⁴¹⁶ Şeref Gözübüyük, İdare Hukuku Cilt I. Genel Esaslar, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 751.

⁴¹⁷ Danıştay 10. D. 2004/1690 E., 2006/7348 K., Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 06.10.21.

kararında: “... Hastane personelinin şahsi kusur işlemiş olmaları keyfi yeti, amme hizmetinin fena işlemesinden hasıl olan zararı tazmin etmeye idarenin mahkûm edilmesini önleyemez...” Şeklinde idarenin kusursuz sorumluluğuna vurgu yapmıştır⁴¹⁸.

b. Zarar

Tıbbi müdahale hatalarına istinaden idarenin tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için zararın gerçek, kesin ve para ile takdir edilebilir olması gerekmektedir⁴¹⁹. İlerde meydana gelmesi muhtemel zararlar tazminat konusu edilemeyecektir. Ancak zararın kesinlik kazanması ifadesinden zararın muhakkak gerçekleşmiş olması anlaşılmamalıdır. İlerde zarar göreceği kesin olan kişilerin tazminat talebinde bulunulması mümkündür⁴²⁰.

Türk hukukunda zarar kavramı, kişinin mal veya şahıs varlıklarında meydana gelen eksilme olarak ifade edilmektedir. Kişinin mal varlığında gelen zararlar maddi tazminatın konusunu, şahıs varlıklarında meydana gelen zararlar ise manevi tazminatın konusunu oluşturmaktadır. Sağlık hizmetleri bakımından idarenin meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için zararın tıbbi müdahale veya diğer sağlık hizmetleri neticesinde meydana gelmiş olması gerekmektedir.

Zarar maddi veya manevi olarak vücut bulmaktadır. Maddi zarar kişinin vücut bütünlüğünün zarar görmesi, iş gücü veya kazanç kaybı yaşaması yahut destekten yoksun kalması şeklinde söz konusu olabilmektedir. Manevi zarar ise kişinin veya kişinin yakınlarının ruhsal yapısında meydana gelen bozukluklar, uğradıkları acı veya ıstıraplar şeklinde karşımıza çıkabilmektedir.

⁴¹⁸ Danıştay 8.D. 8.11.1968 T. 1968/2394, Akt. Zühal Bereket Baş, Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu, Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009, s. 649 https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_29.pdf, E.T. 09.02.2022.

⁴¹⁹ Hakeri, a.g.e., s. 973.; Gözler, a.g.e., s. 1320 vd.; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, 13. Baskı, Ankara, 2019, s. 693.; Serkan Çınarlı/Sinan Çelik/Aslıhan Teyin, İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğuna Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru, Terazi Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 26.

⁴²⁰ Hakeri, a.g.e., s. 974.; Gözler, a.g.e., s. 1324,1325.

c. İlliyet Bağı

İdarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi bakımından idari davranış ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir⁴²¹. İdari davranış ile zarar arasındaki bu ilişki dolaylı değil doğrudan olmalıdır. Danıştay bir kararında illiyet bağının gerekliliğini şu şekilde ifade etmiştir⁴²²: “İdarenin oluşan bir zarardan sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen gerçek bir zararın bulunması, zararın oluşumunda idarenin hizmet kusurunun veya kusursuz sorumluluk hallerinden birinin varlığı, oluşan zarar ile idarenin işlem veya eylemi arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.”

Somut olay özelinde değerlendirmek gerekirse; Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 2016 tarihli bir kararında devlet hastanesinde çalışan bir kamu görevlisinin ağır kusurlu davranışı sonucu meydana gelen zarar bakımından, somut olaydaki kusurun hizmet kusurundan ayrıldığı, hizmet kusuru ve zarara konu olay arasındaki illiyet bağının kesildiği ifade edilmiş olup işbu sebeple kamu görevlisine şahsi kusurundan dolayı açılacak davanın idari yargı yerinde görülemeyeceği belirtilmiştir⁴²³.

Kusursuz sorumluluk hallerinde idarenin kusurlu olduğunun ispat edilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak meydana gelen zarar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağının varlığının ispatı gerekmektedir. Sosyal risk ilkesinin uygulanabilir olduğu olaylar bakımından ise illiyet bağı dahi aranmayacaktır. Nitekim Danıştay kararlarında sosyal risk ilkesi uyarınca meydana gelen zarar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağı bulunmasa da idarenin sorumluluğuna gidilebileceğini ifade etmektedir⁴²⁴.

⁴²¹ Hakeri, a.g.e., s. 988.

⁴²² Danıştay 13. Daire 2011/2603 E. 2011/3886 K. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 13.10.21.

⁴²³ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2016/482, K. 2016/617, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/778e21e0-0e5b-404c-b298-25a7e19e3ed0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T. 13.10.21.

⁴²⁴ Bkz. Danıştay, 10. D., 1995/566 E. 1995/5746 K., Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 13.10.21.

5.4.Tazminat Davasının Tarafları

5.4.1. Davacı Taraf

a. Hasta

Tıbbi müdahale neticesinde doğrudan maddi veya manevi zarara uğramış kişi veya kişiler tazminat davası ikame edebilir. Burada zarar, doğrudan hastanın vücut bütünlüğüne ve kişilik haklarına yönelik olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahaleden kaynaklanmakta olup, bu nedenle kural olarak dava hakkı doğrudan doğruya zarar gören hastaya aittir⁴²⁵.

Yasal temsilcilerin kural olarak manevi tazminat ikame etme hakkı bulunmamaktadır⁴²⁶. Ancak ayırt etme gücü olmayan tam ehliyetsiz kişinin yasal temsilcisi işbu davayı ikame edebilecektir. Küçük ya da kısıtlı ayırt etme gücüne sahipse manevi tazminat davasını bizzat ikame edebilecektir. Zira TMK m. 16'da ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlıların kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklarını herhangi bir izne gerek duymaksızın kullanabilecekleri hüküm altına alınmıştır⁴²⁷.

b. Mirasçılar

Maddi tazminat talep etme hakkını haiz kişinin ölmesi durumunda bu hak kendisinin mirasçılara intikal edecektir⁴²⁸. Hasta uğradığı zararı tazmin etmek adına maddi tazminat davası ikame etmişse, dava devamı esnasında ölmesi halinde mirasçıları davaya devam edebilecektir.

TMK 25. Maddesinde manevi tazminat talebinin devrinin karşı tarafın kabulü olmadan mümkün olmadığı ve miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla miras bırakan tarafından ikame

⁴²⁵ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 132.; İpekyüz, a.g.e., s. 38.; Z. Çetin, a.g.e., s. 53.

⁴²⁶ Z. Çetin, a.g.e., s. 54.; İpekyüz, a.g.e., s. 38.

⁴²⁷ İpekyüz, a.g.e. s. 38.

⁴²⁸ Filiz İpekyüz, "Hekimin Tazminat Sorumluluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 33, Yıl: 2015 s. 25.

edilmiş bir manevi tazminat davası, miras bırakanın ölümü sonrasında mirasçıları tarafından takip edilebilir.

c. Hasta Yakınları

Eski TBK 47. Maddesinde cismani zarara uğrayan kişi veya kişi zarar neticesinde ölmüşse ailesi yararına manevi tazminata hükmedilebileceği ifade edilmekteydi. Ancak yeni düzenlemeler ile “ölünün ailesi” ifadesi “ölenin yakınları” şeklinde değiştirilerek hükmün kapsamı genişletilmiştir⁴²⁹. Dolayısıyla hastanın ölmesi veya vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde zarar görenin yakınları da tazminat talep edebilmektedir.

Zarar verici bir olay neticesinde kişinin ölmesi durumunda, bazı kimseler merhumun maddi desteğinden yoksun kalabilir. İşte bu kimselerin maruz kaldıkları bu durum destek yoksun kalma olarak ifade edilmektedir. TBK m. 53/3 hükmü uyarınca destekten yoksun kalanlar, zarar verene yönelik destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunabilecektir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki destekten yoksun kalanlar bu hakkı ölenin mirasçısı olarak değil, asli olarak kazanmaktadır. Destekten yoksun kalma tazminatı da yoksun kalanın şahsında doğan bağımsız bir hak olarak tanımlanmaktadır⁴³⁰.

Yargıtay bir kararında, destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için ölenin bir yakını olunması yani aralarında yakın ilişkiler bulunması ancak yardımın devamlı veya yapılmasının muhakkak olmasının yeterli olduğu; dolayısıyla nişanlının, hatta hizmetçinin dahi koşulları olduğu takdirde destekten yoksunluk tazminatı isteyebileceği belirtilmiştir⁴³¹.

Zarar verenin tazminat ödemediği ölmesi halinde, bu borç mirasçılara geçmektedir. Dolayısıyla destekten yoksun kalanlar, zarar verenin mirasçılara karşı tazminat davası ikame edebileceklerdir⁴³².

⁴²⁹ Bkz. TBK m. 56/2 hükmü şu şekildedir: “Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”

⁴³⁰ Eren, Genel Hükümler, a.g.e. s.852.

⁴³¹ Yargıtay 13. HD, 11/06/2003 T, 2003/2559 E, 2003/7644 K., karar için bkz. Z. Çetin, a.g.e., s. 55.

⁴³² Eren, Genel Hükümler, a.g.e. s.853.

5.4.2. Davalı Taraf

a. Hekim

Bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim, işbu müdahaleden doğan zararları tazmin etmekle mükelleftir. Hekim serbest çalışıyor ise davacılar, sözleşmeye aykırılık iddiası ile tazminat talebinde bulunabilecektir. Hekim kamu hastanesinde çalışıyor ise, hasta-hekim arasında bir sözleşme bulunmaması nedeni ile davacılar haksız fiil sorumluluğuna istinaden tazminat talebinde bulunabilecektir⁴³³.

Meydana gelen zarara birden çok kişi birlikte sebebiyet vermişse, TBK 61. Maddesi uyarınca müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır.

b. İdare ve Özel Hastane

Önceki kısımlarda da belirttiğimiz üzere hekimin bir kamu kurumunda ya da özel hastanede çalışması söz konusu ise kusurlu eyleminden sorumlu olan özel hastane ve kamu kurumu aleyhine dava açılabilir⁴³⁴. Kusursuz sorumluluğun uygulanabilir olduğu haller bakımından idarenin sorumluluğu illiyet bağı ve kusur unsurları olmadan da söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla bu hallerde zarar ile idarenin işlem veya eylemi arasında illiyet bağının bulunmaması, idarenin sorumlu kabul edilmesine engel teşkil etmeyecektir. Yine özel hastaneler de hasta ile arasındaki sözleşmeye ve somut olayın özelliğine göre hastanın uğradığı zararın tazmini ile yükümlü olabilmektedir.

5.5.Malpraktis Davalarında Görevli-Yetkili Yargı Yeri

Hekimlerin faaliyetlerinden doğan davalarda hekimin, özel sektörde, bir kamu kurumunda veya bağımsız çalışıp çalışmadığı hususu uygulanacak yargılama usulü bakımından önem arz etmektedir. 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde vekalet sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilen tazminat davalarının Tüketici Mahkemelerinde görüleceğine ilişkin bir yasal düzenleme mevcut

⁴³³ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 132.

⁴³⁴ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 132.

değildi⁴³⁵. 6502 Sayılı TKHK m. 3/1-(I) maddesinde taraflar arasında kurulan vekalet, eser ve her türlü sözleşme ile bu sözleşmeler doğrultusunda hareket edilmesini tüketici işlemi olarak tanımlamıştır⁴³⁶. Dolayısıyla, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekalet ya da eser sözleşmesi olarak kabul edildiği halde, hekimin bu sözleşmeye aykırı davranması sebebi ile meydana gelen zararların tazmini için açılan tazminat davaları tüketici mahkemelerinin görev alanına girmektedir⁴³⁷.

Dolayısıyla 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) yürürlüğe girmesi ile eser ve vekalet sözleşmesine (sözleşmeye) dayalı tıbbi müdahalelerden doğan zararlar bakımından Tüketici Mahkemeleri görevli kabul edilmiştir. Bağımsız çalışan hekim ve özel hastanede görev yapan hekim bakımından açılacak tazminat davalarında görevli mahkeme Tüketici Mahkemeleri'dir⁴³⁸.

Yargıtay, teşhis ve tedavi hizmetinden kaynaklanan uyuşmazlık taraflarını tüketici (tedavi ücreti alıcısı) ve satıcı (hizmet sunucusu) olarak nitelendirmiş ve bu tip uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaların genel mahkemelerde değil tüketici mahkemelerinde görüleceğini belirtmiştir⁴³⁹.

Ancak TKHK'nın 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiş olması sebebi ile Yargıtay TKHK yürürlüğe girmeden önce açılan davalar ve yürürlüğe girdikten sonra açılan davalar bakımından görev ayrımı yapmaktadır. Yargıtay'ın 2015 tarihli bir kararında özetle; TKHK'nın geçici birinci maddesinde bu kanun yürürlüğe girmeden önce açılan davaların yargılamasının açılmış oldukları mahkemede devam edeceğinin hüküm altına alındığı ifade edilerek vekalet akdi niteliğindeki uyuşmazlık bakımından görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu belirtilmiştir⁴⁴⁰.

⁴³⁵ M. Akif Tutumlu, "Kamu Ve Özel Hastanelere Karşı Açılan Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme", Terazi Hukuk Dergisi, Ankara 2016, s.286.

⁴³⁶ 6502 Sayılı TKHK m. 3/1-(I): "Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi,".

⁴³⁷ Zülal Çetin, Medeni Usul Hukuku Bakımından Hekimin Hukuki Sorumluluğu, (Atılım Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi), s. 44-45.

⁴³⁸ Bkz. Yargıtay 20. H.D. 2016/2272 E. 2016/5721 K. Sayılı kararında Tüketici Mahkemesi ve Asliye Hukuk Mahkemelerinin karşılıklı görevsizlik kararı vermesi üzerine Tüketici Mahkemesi'nin görevli yargı yeri olarak belirlendiği ifadelerine yer verilmiştir.

⁴³⁹ Yargıtay 13. H.D. 2012/21184 E. 2012/20509 K. Kazancı İçtihat Bankası, E.T. 13.10.21.

⁴⁴⁰ Yargıtay 13. H.D. 2016/1312 E., 2016/6953 K.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T. 13.10.21.

Kamu, Devlet, Vakıf Hastaneleri bakımından hasta-hekim ilişkisinden kaynaklı tazminat davalarında görevli mahkeme ise İdare Mahkemeleri'dir. Üniversite Hastaneleri de kamu tüzel kişiliğini haiz olup bünyesinde çalışan hekimler de kamu görevlisi konumundadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2013 tarihli bir kararında⁴⁴¹:

"...İdare hukuku ilkeleri çerçevesinde olaya bakıldığında ise, bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı ve bu nedenle açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği bilinen ilkelerindendir..."

... Öte yandan, kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava idareye yöneltilmelidir..."

... Diğer taraftan, Anayasanın 129/5 maddesinde şartından bahsedildiğine göre yetkisini kullanan memurun veya kamu görevlisinin işlediği eylemin kasten mi yoksa ihmalen mi gerçekleştirdiğine bakılmaksızın bu eylemlerinden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin kabulü zorunludur.

Bu ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmıştır.

Davacının bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibarıyla de kamu görevlisinin ihmeline dayanmaktadır.

Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili

⁴⁴¹ YHGK 2012/4-729 E. 2013/163 K. Kazancı İçtihat Bankası E.T. 17.01.22.

olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir... ”

Şeklinde kamu görevlisi konumundaki hekimlerin tazminat sorumluluğunun yargılamasının idari yargının görev alanına girdiği belirtilmiştir. Dolayısıyla hekim, yapmakla yükümlü olduğu kamu hizmeti görevini yerine getirirken kusur işlemiş ve hastaya zarar vermiş ise bundan doğan tazminat davaları hekime karşı açılmaz⁴⁴².

Sağlık hizmeti kamu hastanesi tarafından sunulduğu halde ikame edilecek olan davada davalı Sağlık Bakanlığı olacak, hizmet vakıf veya devlet hastanesinde verilmekte ise davalı üniversite rektörlüğü olacaktır. Her iki durumda da 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 13. Maddesi uyarınca zararın öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve her halükârda 5 yıl içinde önce idareye başvurulması gerekmekte olup⁴⁴³, idarenin cevabına göre veya başvuruyu takip eden 60 gün içerisinde cevap gelmemesi durumunda başvuru reddedilmiş kabul edileceğinden 60 günün sonunda idare mahkemesinde tam yargı davası ikame edilebilecektir⁴⁴⁴.

Yetkili yargı birimi bakımından, haksız fiile ilişkin tazminat davalarında yetkili mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁴⁵ m. 16 uyarınca haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir⁴⁴⁶. Sözleşmeden doğan davalar ise HMK m. 10 uyarınca sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir⁴⁴⁷.

⁴⁴² Aşçıoğlu, a.g.e., s. 132.; Gezder, (Yükümlülük), a.g.e., s. 135.; Hakeri, a.g.e., s. 804.; İlgün, a.g.e., s. 59.; Demirkaya, a.g.e., s. 81.; Narter, a.g.e., s. 183.

⁴⁴³ Bkz. İYUK m. 13: “İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş 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 otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.”

⁴⁴⁴ Hakeri, a.g.e., s. 991.; İlgün, a.g.e. s.59.; Battal, a.g.e., s. 294.

⁴⁴⁵ RG T. 04.02.2011, S. 27836.

⁴⁴⁶ Bkz. HMK m. 16: “Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.”

⁴⁴⁷ Nurbanu Yağız Kacar, Yanlış Teşhis Ve Tedavide Hekimin Hukuki Sorumluluğu; (Yaşar Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2018, İzmir), s. 57.

5.6.Malpraktis Kaynaklı Tazminat Davalarında Zamanaşımı

Türk Borçlar Kanunu'nda zamanaşımı süreleri borcun kaynağına göre farklı hükümlerde düzenlenmiş olduğundan malpraktis kaynaklı tazminat davalarına uygulanacak zamanaşımı süresi bu tazminat taleplerinin hukuki dayanağına göre tayin edilir. Malpraktis kaynaklı tazminat davaları bakımından, davaların hukuki dayanağının yanı sıra; davanın idareye, özel hastane işleticisine ya da hekime karşı açılmasına göre de zamanaşımı süreleri farklılık göstermektedir⁴⁴⁸.

Borcun kaynağının haksız fiil olduğu durumlarda TBK 72. Maddesi uyarınca tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl ve her halükârda 10 yılın geçmesi ile zamanaşımına uğramaktadır. Sözleşmeden kaynaklanan tazminat istemleri ise TBK 146. Maddesi uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabiidir. Ancak TBK 147/1-5 sayılı maddesi uyarınca vekalet sözleşmesinden kaynaklanan hekimin sorumluluğunda 5 yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. Yine eser sözleşmelerinde de TBK m. 147/6 hükmü uyarınca 5 yıllık zamanaşımı uygulanacak olup, hekimin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde ise genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımı süresi geçerli olacaktır⁴⁴⁹. Görüldüğü üzere tazminat talebinin dayandığı hukuki kuruma göre zamanaşımı süresi de değişmekte olup, öncelikle talebin bir sözleşme ilişkisine dayanıp dayanmadığı, eğer bir sözleşme var ise de bu sözleşmenin vekalet sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı hususlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hasta ile hekim arasındaki ilişki Yargıtay tarafından da “vekalet sözleşmesi” olarak nitelendirilmekte olup, hekim taraf gösterilmek suretiyle ikame edilecek tazminat davaları TBK 147. Maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

Özel hastane yahut hekime karşı ikame edilen ve vekalet ilişkisinden kaynaklanan tazminat davalarında 5 yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. Yargıtay da taraflar arasındaki ilişkinin vekalet akdine dayandığını hallerde 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirtmektedir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 143.; Hakeri, a.g.e., s. 967.; Z. Çetin, a.g.e., s. 33.

⁴⁴⁹ Ece A. Eker, a.g.e., s.245.; Subaşı, a.g.e., s. 171.; Battal, a.g.e., s. 293 vd.; Hakeri, a.g.e., s. 967-968.

⁴⁵⁰ Yargıtay 13. H.D. 2004/8721 2004/1901 K. Kazancı İçtihat Bankası E.T. 17.01.2022.

Haksız fiil hükümleri çerçevesinde ikame edilen tazminat davalarında ise tazminat talepleri zararın ve zarar verenin öğrenildiği tarihten itibaren 2 ve her halükârda 10 yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar. Ancak zarar verici haksız eylem aynı zamanda TCK kapsamında suç teşkil ediyorsa bu halde zamanaşımı olarak ceza zamanaşımı dikkate alınacaktır. Yargıtay’ın 13.11.2014 tarihli bir kararında⁴⁵¹:

“... Borçlar Kanunu’nun 72. Maddesi uyarınca tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa bu zamanaşımı uygulanır. Türk Ceza Kanunu’nun 89/1. Maddesinin zamanaşımı süresi dolmadan açılan dava süresindedir. Mahkemece, işin esası incelenerek sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

Daha önce de belirttiğimiz üzere, kamu görevlisi sıfatını haiz kimselerin sebep olduğu zararlar bakımından açılacak tazminat davaları ancak idare aleyhine ve idare mahkemesinde açılabilir. Örneğin, bir kamu hastanesinde görevli hekimin eylemi neticesinde bir ölüm olayı meydana gelmiş ise, bu durumda ölünün yakınları tarafından ölüm tarihinden itibaren 1 yıl içerisinde hekimin çalıştığı kamu hastanesine başvurularak uğranılan zararın giderilmesinin talep edilmesi gerekmektedir. Başvurunun kısmen, tamamen yahut zımnen reddedilmesi halinde ise 60 gün içerisinde tam yargı davası açılmalıdır⁴⁵².

İdare aleyhine ikame edilecek olan davada eylem tarihinden itibaren 5 yıl geçmesi ile düşecektir⁴⁵³. Nitekim Yargıtay’ın 2011 tarihli bir kararında:

“... Zararın varlığının öğrenildiği tarihte davacının dava açma hakkı doğar ve zamanaşımı da işlemeye başlar. Zararın varlığının öğrenilmesi zamanaşımının başlaması için yeterli olup, ayrıca zararın kapsam ve miktarının öğrenilmesi, zamanaşımının başlaması için bir koşul olarak aranmamaktadır.

...

⁴⁵¹ Yargıtay 13. H.D. 2014/10972 E. 2014/35823 K., Kerem İlgün, Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu s.82.

⁴⁵² Hakeri, a.g.e., s. 991.

⁴⁵³ Hakeri, a.g.e., s. 989.; Yılmaz, Battal, a.g.e. s.294.

Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. B.K.nun 126/4. maddesine göre vekalet sözleşmesinden doğan davalar beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Davanın açıldığı 30.10.2009 tarihinde beş yıllık zamanaşımı süresi dolmamıştır...”

Şeklinde zararın varlığının öğrenilmesinin zamanaşımının işlemesi için yeterli olduğu ifade edilmiştir⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ Yargıtay 13. H.D. E. 2011/2343 K. 2011/11552 Kazancı İçtihat Bankası E.T. 20.04.2022.

SONUÇ

Her insanın, yalnızca insan olmasından doğan vazgeçilemez, devredilemez, hukuka ve ahlaka aykırı biçimde sınırlanamaz değerlerinden oluşan kişilik hakları; Anayasa, Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanun ve diğer sair mevzuat kapsamında koruma altına alınmıştır. Kişilik hakları kapsamında yer alan ve hukuk düzeninin mutlak ve vazgeçilmez kıldığı bu değerlere yapılan her türlü müdahale, kural olarak hukuka aykırıdır.

Tıbbi müdahaleler, tıp biliminin doğası gereği kişilik hakkı ve onun koruduğu maddi ve manevi değerlerle iç içedir. Tıbbi müdahaleler de doğrudan bireyin sağlığına, vücut bütünlüğüne, dolayısıyla maddi manevi bütünlüğüne bir müdahale teşkil etmektedir. Bu müdahalelerin temel amacı aslında bireyi iyileştirmek ve korumak olsa da bu amaçlar tek başına tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılmamaktadır. Vücut bütünlüğüne, dolayısıyla mutlak haklara yönelik müdahaleler temelde hukuka aykırı olmakla birlikte hukuk düzeni, kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkını sınırlı bir biçimde de olsa mümkün kılmıştır. Bir tıbbi müdahale bireyin kişilik haklarına doğrudan müdahale teşkil etmekle birlikte, bu müdahale birtakım unsurları taşıyorsa hukuka aykırılık teşkil etmez. Dolayısıyla bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi ancak; tıbbi müdahalenin tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından yapılmış olması, aydınlatılmış hastanın aydınlatılmış rızasının alınması, müdahalenin meşru bir amaca yönelik olması (müdahale gerekliliği) ve tıp biliminin verilerine göre uygun olması unsurlarının birlikte var olması halinde mümkündür. Bu unsurlardan herhangi birisini barındırmayan tıbbi müdahale hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Mevzuatımızda hekimlerin hukuki yükümlülüklerini içerir herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada temel ayrım, hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisinin olup olmadığıdır. Hekim-hasta arasında sözleşmesel bir ilişkinin söz konusu olmadığı ve vekaletsiz iş görme hükümlerinin de uygulanmadığı durumlarda kural olarak hekimin haksız fiil sorumluluğu söz konusudur. TBK 49. Maddesinde düzenlenen haksız fiil hükümleri uyarınca kusuru veya hukuka aykırı bir eylemi ile kişiye zarar veren hekim, meydana gelen zararı gidermekle yükümlüdür.

Hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisinin bulunduğu haller bakımından ise Türk Borçlar Kanunu'nda hasta-hekim ilişkisinin niteliği bakımından herhangi bir sözleşme tipi düzenlenmemiştir. Bu bakımdan hasta-hekim ilişkisinden doğan tazminat konulu uyuşmazlıklarda tarafların sorumluluğu taraflar arasında kurulmuş olan sözleşme hükümlerine göre belirlenmektedir. Taraflar arasında sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu hallerde öğretide ağırlık görüş, bu ilişkinin vekalet sözleşmesinin unsurlarına daha yakın olduğu yönündedir.

Ancak genel kabul ve Yargıtay içtihadı bu şekilde olsa da hasta-hekim ilişkisinin hukuk sistemimizde özel bir sözleşme niteliğinde düzenlenmemiş olması sebebi ile somut olayın özelliklerine göre hasta- hekim arasındaki hukuki ilişki farklı sorumluluk hükümlerine tabi olabilmektedir. Hekimin özel sektörde görevini icra ediyor olması durumunda somut olayın özelliklerine göre haksız fiil, adam çalıştıranın sorumluluğu veya vekalet sözleşmesinden doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulabilmekteyken, kamu kurumunda çalışan hekimin tıbbi müdahalesi bakımından taraflar arasında sözleşme (vekalet) ilişkisi kurulmamış olması sebebi ile haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulabilmektedir.

Hastane-hasta arasındaki ilişki bakımından da öncelikle hastanenin hangi sektörde faaliyet gösterdiği önemlidir. Zira hastane özel sektörde faaliyet göstermekte ise hastanın tedavi amacı ile içeri alındığı anda hasta kabul-hastaneye kabul sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Bu durumda tedavi yükümlülüğünün hastaneye mi yoksa hekime mi ait olduğu ise hasta kabul sözleşmesinin niteliğine göre belirlenmektedir. Tam hastaneye kabul sözleşmesi mevcut ise tedavi ve diğer yükümlülükler tamamen hastanenin sorumluluğunda kabul edilmektedir. Sözleşmenin herhangi bir şekilde ihlal edildiği iddia edildiği takdirde bu iddiaların muhatabı hastanedir. Ancak bölünmüş hasta kabul sözleşmesinde tedavi borcu bizzat hekime ait olmaktadır. Dolayısıyla tam hasta kabul sözleşmesinden farklı olarak hekim burada ifa yardımcısı konumunda değildir.

İdarenin tazminat sorumluluğunu düzenleyen herhangi bir kanun da mevcut değildir. İdare, kusurlu eylem ve işleri ile sebep olduğu zararların tazmini ile yükümlüdür. Bu tip kusur sorumluluğu esasında hizmet kusuruna dayanmaktadır. İdarenin tazminat sorumluluğunu düzenleyen herhangi bir kanun mevcut değildir. İdare, kusurlu eylem

ve işleri ile sebep olduğu zararların tazmini ile yükümlüdür. Danıştay hizmet kusuru ile ilgili olarak; hizmet kusurunun kamu hizmetinin organizasyonu ve işleyişinden kaynaklandığını, kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmekteyse veya bu faaliyet hizmet gerekleriyle bağdaştırılamayacak nitelikteyse, idarenin hizmeti kusurlu yürüttüğünün kabulünün gerektiğini ifade etmiştir. İdarenin tazminat sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için hizmet kusurunun varlığı aranmaktadır. Dolayısıyla malpraktis neticesinde meydana gelen zararlardan dolayı idarenin sorumlu tutulabilmesi için hizmet kusuru, zarar ve illiyet bağı unsurlarının birlikte bulunması gerekmektedir.

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşlarında hasta ile hastane arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır. Bu durumda hasta kamu hizmetinden yararlanmakta olup, bu esnada herhangi bir şekilde zarara uğrarsa hasta doğrudan hekime dava açamaz. Bu halde hasta yalnızca kamu hastanesinin bağlı bulunduğu devlet kurumuna karşı dava açabilmektedir. Sağlık hizmeti kamu hastanesi tarafından sunulduğu halde ikame edilecek olan davada davalı Sağlık Bakanlığı olacak, hizmet vakıf veya devlet hastanesinde verilmekte ise davalı üniversite rektörlüğü olacaktır. Her iki durumda da 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 13. Maddesi uyarınca zararın öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve her halükârda 5 yıl içinde önce idareye başvurulması gerekmekte olup, idarenin cevabına göre veya başvuruyu takip eden 60 gün içerisinde cevap gelmemesi durumunda başvuru reddedilmiş kabul edileceğinden 60 günün sonunda idare mahkemesinde dava ikame edilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel Sibel, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 5, S. 19., Ekim 2014.
- Akıntürk Turgut ve Karaman Derya Ateş, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 29. Bs., Beta, İstanbul, 2020.
- Akipek Jale G.; Akıntürk Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış, Birinci Cilt, İstanbul 2007.
- Aktaş Hatice Nur, Tıbbi Malpraktiste Sorumluluk Ve Komplikasyon, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021).
- Alkan Gizem Oluş. Dâhili ve Cerrahi Tıp Hekimlerinin Tıbbi Müdahale Öncesinde Hastalardan Alınan Aydınlatılmış Onam Bilinci ve Uygulamaları, (İstanbul Medipol Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2021).
- Altun Zeynep. “Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğunun İncelenmesi”, *Tıp Hukuku Dergisi*, Sayı 14, Ekim 2018, s.297-308.
- Altuner İlyas. “Hipokrat Yemini”, *Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Nisan 2015, Sayı: 7.
- Aral Fahrettin; Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Arslan Emine, Türkiye’de Hasta Hakları, (Beykent Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010).
- Arslan Firdevs. “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Cilt 26, Sayı 1, Haziran 2020, s. 400-422.
- Artar Ceyhun; Güçlü Abdulkadir. “Sağlık İşletmelerinde Yanlış Tedavi Sonucu Hasta Mağduriyetleri ve Hukuki Boyutunun İncelenmesi”, *Aydın Sağlık Dergisi*- Yıl 6 Sayı 3 Ekim 2020 s. 235-247.
- Aslan Kemale Leyla; Güler Ahmet Alper, Vekilin Özen Yükümlülüğü Ve Basiretli Vekil Kavramı, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 6, Sayı 1, Haziran 2020.
- Aşçıoğlu Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara, 1993.
- Atak İsmail Atak, “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları”, *Totbid Dergisi* 2020;19:19–26.
- Atıcı Elif. “Hasta-Hekim İlişkisi Kavramı”, *Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 2007, 33 (1), 45-50.

Ayan Mehmet, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991.

Aydın Nizamettin. “Hasta Haklarının Hukuki Boyutu Ve Korunma Yolları”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 22, Aralık 2008.

Aykın Cemil Aykut. “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi uygulama Hatası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, sayı 119, Temmuz 2016.

Azgın Nermin, Zorla Tıbbi Müdahale, (İstanbul Medipol Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020).

Başpınar Veysel. Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2004.

Başsüzel Ece, Yasan Candan. “Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 2.

Baş Zühal Bereket. Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu, Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009
https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_29.pdf ‘adresinden erişilmiştir.

Bayındır M. Savaş, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 11, Sayı 1-2, Yıl 2007.

Bayraktar Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul: Sermet Matbaası, 1972.

Baysal Başak, Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76, 1. Baskı, İstanbul, 2019.

Bostan Sedat, A Research on the Relationship Between Performance and Medicine Styles, *Türkiye Klinikleri Sağlık Bilimleri Dergisi*, (2017), 2(2), 92 – 99.

Onur Boz. Avukatın Malpraktis Sorumluluğu, (Çankaya Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Aralık 2011).

Bölükbaşı Zeynep. Vekalet Sözleşmesi ve Vekilin Hesap Verme Borcu, Şubat 2020.

Canbolat Ferhat. “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 80, 2009.

Çakal Ayça, Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza, (Akdeniz Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2018).

Çakmut Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003.

Çavdar Pelin, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22, (2016), s. 735-764.

Çetin Gürsel; Yorulmaz Coşkun, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No:48, 2006, İstanbul, s. 31-43.

Çetin Zülal, Medeni Usul Hukuku Bakımından Hekimin Hukuki Sorumluluğu, (Atılım Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi).

Çınarlı Serkan; Çelik Sinan; Teyin Aslıhan, İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğuna Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru, Terazi Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 14-35. s. 26.

Çınarlı Serkan; Hızal Abdullah, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (1), Bahar 2015.

Çiçek Tuğçe Kılıçgil, Türk Hukuku Açısından Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Haziran, 2019).

Çilingiroğlu Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993.

Değdaş Ulaş Can. “Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki Ve Cezai Sorumluluk”, *Anadolu Üniversitesi Dergisi*, Cil:1 Sayı:6, Yıl:2008.

Demir, Mehmet, Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Demir, Mehmet, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane – Kamu Hastanesi Ayırımı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’ a Armağan, Ankara 2009.

Demirhan Nurhan, Malpraktis Ve Hekimin Taksirle Yaralama Suçu, (Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011).

Demirkaya Serkan, Tıbbi Uygulama Hatası, İdarenin Tazminat Sorumluluğu ve Kusurlu Personle Rücu, Terazi Hukuk Dergisi Cilt 11, Sayı 119, Temmuz 2016, s. 77-90.

Dizdar, Emre. “Yetkisiz Hekimlik Suçu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 11, Sayı: 38 Nisan 2019.

Dizdar, Emre. Hekimlerin Cezaî Sorumluluğu (Galatasaray Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2018)

Doğan, Murat. "Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu." *Hakan Hakeri ve Cahid Doğan. Ankara: TBB Yayınları* (2015): s. 21-62.

Dönmez Muzaffer Öncü, Biyopsikososyal Yaklaşım Konusunda Eğitim Alan Tıp Fakültesi Son Sınıf Öğrencilerinin Hasta Hekim Yönelimi Ve Empati Düzeylerinin Değerlendirilmesi, Bursa Uludağ Üniversitesi, Uzmanlık Tezi, Bursa, 2021).

Dural, Mustafa; Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013, 13. Basım, Cilt 2.

Eker Ece Ayça Kitz. “Özel Hastanelerin Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Mart-Nisan 2021, Cilt 95, Sayı 2021/2.

Elmalı Ebubekir. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Ve Sonuçları, (Ufuk Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi Ankara 2019).

Emanuel, Ezekiel J; Emanuel, Linda L., “Four Models Of The Physician-Patient Relationship” JAMA, Nisan 22/29, 1992, Vol 267, No: 16 s. 2222

https://www.unlv.edu/sites/default/files/story_attachments/1111/11.08.18%20SOM%20Journal%20Club%20Article.pdf ‘adresinden erişilmiştir.

Emek Burçak Gürsoy / Keçeci Ayşe Diljin, Endodontide Etik Sorunlar ve Malpraktis, *SDÜ Sağlık Bilimleri Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3, 2019, s. 327-332.

Erbilen İnci, Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, (Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi 2017).

Eren Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.

Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2020.

Ergüne Mehmet Serkan. Olumsuz Zarar, (İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi 2007)

Erman Hasan, “Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, Bülent Davran’ a Armağan, İstanbul 1998.

Erman Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara

Erol, Gültezer Hatırnaz, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara, 2013. (Hatırnaz Erol 2013)

Erol, Gültezer Hatırnaz, Özel Hastaneler ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10/17 Eylül 2011, s.191-220.

Ertin Hakan, Temel M. Kemal, İnsan Üzerindeki Deneyler ve İlgili Etik–Yasal Metinler, *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi*, Eylül 2016; Cilt 21, Sayı 3.

Eryılmaz, Başak. Tıpta Büyük Veri Kullanımının Etkisi: Hasta Hekim İlişkisinde Yaşanan Dönüşüm, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi Ankara 2020)

Fırat Alaattin, Türkiye Sağlık İşletmelerinde Hasta Hakları ve Sorumlulukları, *İstanbul Gelişim Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, (2), Eylül, 2017, s. 157-173.

Gezder Ümit, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Karşısında Hastane ve Hekimin Hukuki Durumu (TBK m. 66), *Tıp Hukuku Dergisi*, Sayı 9, Yıl 2016. (TBK m. 66)

Gezder Ümit, Hekimin Yükümlülükleri, Tıp Hukuku Dergisi Özel Sayısı, Cilt.1, Sayı: 6, Yıl: 2014. s.119-141. s. 125 vd. (Yükümlülük)

Gezder Ümit, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu, 1. Baskı, Şubat 2009.

Gör Damla Nur, Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından (Malpraktis) Doğan Hukuki Sorumluluğu, (KTO Karatay Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2021).

Görgü Genco, Birinci Basamakta Sağlık Hizmeti Alan Hastaların Ego Durumlarına Göre Ortak Karar Verme Sürecindeki Beklentilerinin İncelenmesi, (Dokuz Eylül Üniversitesi, Uzmanlık Tezi İzmir 2020).

Gözler Kemal, İdare Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı Cilt 2, Mayıs 2019.

Gözübüyük Şeref, İdare Hukuku Cilt I. Genel Esaslar, 11. Baskı, Ankara 2016.

Gözübüyük Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, 13. Baskı, Ankara, 2019.

Gözpınar Gülşah Karan. “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi* Sayı 119, Temmuz 2016.

Gültekin Fatih, Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu, TAAD, Yıl:9, Sayı:34 Nisan 2018

Güran Sait, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 12, Sayı: 46-47.

Güvercin Cemal Hüseyin, Türkiye’deki Gelişimi Açısından Hasta Hakları Kavramı, (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2007).

Hakan Cavlak; Dilek Bostancıoğlu, Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye’deki Sağlık Ve Hasta Hakları, IAAOJ, Social Science, 2015, 2(2) s.27-42.

Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, 16. Baskı, 2019 Ankara.

Hancı İ. Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2002.

Hatemi Hüseyin/ Oğuztürk Burcu Kalkan, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2014.

Helvacı Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2017, 8. Basım.

Işık Olcay, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu, (Atatürk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2010),

İlgün Kerem. Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 2021.

İpekyüz Filiz Yavuz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:20, Sayı:33 Yıl 2015.

Kacar Nurbanu Yağız, Yanlış Teşhis Ve Tedavide Hekimin Hukuki Sorumluluğu; (Yaşar Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2018, İzmir).

Karahasan Mustafa R, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul, 2002.

Karagöz Merve Hazal Alguer, Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, (Akdeniz Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2019).

Karan Gülşah Gözpınar, “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2016, C. 11, S. 119.

Karataş Mehmet / Yakıncı Cengiz, Tıbbi Hata Nedenleri ve Çözüm Yolları, *İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 17 (3) 233-236 (2010), s. 233-236.

Kaya Mine. “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2012, Sayı 100.

Kayıhan Şaban, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2014.

Keskin Bayram, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Sorumluluğu, Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, 2018, s. 251-260.

Khalil Elif Kahyaoğlu, 2015-2020 Yılları Arasında Yargıtay’a İntikal Etmiş Malpraktis Dosyalarının Sağlık Yönetimi Açısından Analizi (Ordu Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2022).

Kıcalıoğlu Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, 1.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

Kıcalıoğlu Mustafa, Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2015.

Kırılmaz Harun, Fıçıcı Yasemin, Şimşir İsmail Şimşir. “Hasta Hakları Farkındalığına Yönelik Bir Araştırma” *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi* Yıl: 18 Sayı: 41, Temmuz-Aralık 2018.

Kulular Merve I. Ayşegül, Rıza, Üstün Nitelikte Özel Ve Kamusal Yarar Bağlamında Hukuka Uygunluk Nedenleri, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, Ocak 2020, 305-333.

Kurtulan Gökçe, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23 (1), s. 465-504.

Koca Mahmut, “Yeni TCK’da Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: 3, Sayı: 2, 2006.

Korkmaz Yakup, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Hasta Hakkı Olarak Özel Hayatın Korunması Bağlamında Beden Mahremiyeti, Yıl 8, Sayı 15, Haziran 2020. s.573-598.

Koru Onur, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12/2, 2021.

Kök Nezh, Tıp Hukuku Atölyesi – III, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 11-30.

Kurt Munise Gülen, Estetik Müdahaleler İçin Kurulan Sözleşmelerde Cerrahin Yükümlülükleri, *Ankara Barosu Dergisi*, 2020/2.

Narter Sami. Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku 2. Baskı Ankara 2016.

Oğuzman Kemal/Öz Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 11. Bası, İstanbul 2014.

Oğuzman Kemal; Seliçi Özer; Oktay-Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

Özcan Funda Işık, Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.

Özcan Zeynep, Komplikasyon Ayırımının Önemi, Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Malpraktis-, Legal Yayıncılık 2018, s. 197-212.

Özcan Zeynep, Tıbbi Standartların Hekimin Hukuksal Sorumluluğu Üzerinde Etkisi, *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, 2018, s. 213-227.

Özcan Zeynep, Özcanoğlu Ayşe Betül. “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayırımına Bağlı İspat Sorunları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 8, Sayı 16, Aralık 2020, s.289-315.

Özdemir Hayrunnisa. “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2016. (Hukuki Sorumluluk)

Özdemir Hayrunnisa, Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukukî Niteliği Ve Yargıtayın Görüşü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2013-(105). (Hukuki Nitelik)

Özdemir Oktay Saibe, “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Özdemir Serdar, Tıp Eğitimi Sürecinin Öğrencilerin Hasta Hekim İlişkisine Yönelik Tutumları Üzerine Etkisi, (Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2013).

Özkaya Eraslan, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2005.

Özer Onur. Şişli Etfal Eğitim Araştırma Hastanesi Polikliniklerine Başvuran Hastalarla Yapılan Anket Çalışması ile Hasta-Hekim İletişiminin İncelenmesi, (Uzmanlık Tezi, İstanbul 2007).

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Öztürk Muammer, Gözütok Zeki, Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, 2. Baskı, Ankara 2019.

Özpınar Berna. Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, 2007.

Özpınar Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, Ankara Baro Dergisi, Yıl 66, Sayı 3, Yaz 2008, s. 98.

Öztürkler Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara, 2006.

Pakel Ezhan Doğan, Tıp Hukukunda İzin Verilen Risk, (İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2019).

Paket Sabure, Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara, 2020.

Parlak Şafak/ Börü Levent, Alt Vekalet, TBB Dergisi, 2011, Sayı 96.

Polat Oğuz, Pakiş Işıl. “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”, *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi* Cilt: 2, Sayı: 3, Temmuz 2011, 119-125.

Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2010.

Gürkan Sert, (2004). “Hasta Hakları”, Babil Yayınları, 1.Baskı.

Savaş Nuriye, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10/17 Eylül 2011, s. 157-178.

Sayek Fusun. Dünya Tabipler Birliği Avrupa Konseyi Birleşmiş Milletler Unesco Avrupa Tabip Birlikleri Forumu, Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi, Haziran 1998, Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler.

https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf ‘adresinden erişilmiştir.

Sedef Müşerref, Fizyoterapistlerin İdari, Hukuki Ve Cezai Sorumluluklarının Değerlendirilmesi, *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, 2018, s. 135-149.

Sindel Ece. “Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi* Sayı 119, Temmuz 2016.

Somer Pervin, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası I. Hukuk Sempozyumu, İstanbul, 2011, s. 41-58.

Subaşı İlhan, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü Aydınlatılmış Onam Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2016.

Szasz S. Thomas, Knoff F. William, Hollender H. March, "The Doctor-Patient Relationship And Its Historical Context. <https://www.upstate.edu/psych/pdf/szasz/doctor-patient-relation.pdf> 'adresinden erişilmiştir.

Şahin Meral Ekici, "Ceza Hukukunda Rıza", (Ankara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010).

Şahin Musa Furkan. "Hekimin Gerçek Vekaletsiz İş Görmeden Sorumluluğu", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2019/1).

Şahin Turan. "Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* C.I, S.2, Yıl 2011.

Şahin Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara, 2012.

Şeker Zeynep. Malpraktis Davalarında Aydınlatılmış Onam ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, (Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi, Uzmanlık Tezi, Adana 2020).

Şenocak Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002.

Şenocak Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.

Şenyürek Gamze, Etik açıdan kişisel sağlık verileri ve korunması. Kişisel Sağlık Verileri II. Ulusal Kongresi Kitabı, 151-157, 03-04 Haziran (2017), İstanbul.

Şimşek Uğur. "Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3535-3556.

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I, 4. Bası, İstanbul, 2008.

Taneri Gökhan, Hasta Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.

Tay Serhat. Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu, (Hacettepe Üniversitesi 2017, Yüksek Lisans Tezi).

Taştekin Sinem, "Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019.

Tekinay Sulhi Selahattin, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.

Temel Erhan, Alman Sağlık Sisteminde Hastaneler ve Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu, İÜHFM, C. 68, Sayı (1-2), 2010, s. 245-274.

Tezel Cahide, Özel Hukuk Bağlamında Hekimlerin Hukuki Sorumluluklarının Nedenleri, (Beykent Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014).

Tıkıroğlu Akın, Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Zararların Giderilmesi, (Pamukkale Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Denizli, 2017).

Tiftik Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara, 1994.

Toker Aylin, Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları, (Başkent Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017).

Tunalı Işıl Güney, Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları, (İstanbul Kültür Üniversitesi, Doktora Tezi, 2019).

Tutumlu M. Akif, “Kamu Ve Özel Hastanelere Karşı Açılan Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme”, Terazî Hukuk Dergisi, Ankara 2016.

Türe Gökhan; Türe Oğuzhan, “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2017 (131).

Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, 1. Baskı, Mayıs 2010, Ankara Türk Tabipleri Birliği Yayınları.

Uygur Atiye. “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* Yıl 2019, Sayı 144.

Ünal Özgün, Hasta Hekim İletişiminin Hastanın Hekim Bağlılığına ve Hastane Bağlılığına Etkisi, (Sakarya Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2016, Sakarya).

Ünver Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı:2, 2006.

Yalçınduran Türker, Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007.

Yasin Melikşah, Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyum, No.1, 2006.

Yavuz Cevdet, Faruk Acar, Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2016.

Yeşiller Fatma Begüm. Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2019.

Yıldırım İsa, Tüketici Olarak Hasta Hakları, (Gediz Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2015).

Yıldırım Turan, Yasin Melikşah, Nur Kaman, Özdemir Eyüp, Gül Üstün, Tekinsoy Özge, Çakır Hüseyin Melih, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul 2015.

Yılmaz Battal. Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 4. Baskı. Ankara 2020.

Yılmaz Berfin Işık. “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ocak-Şubat 2012, Sayı 98.

Yönet Yağmur Öykü. Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi 2019, Yüksek Lisans Tezi).

Yördem Yılmaz. “Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 11, Sayı: 39, Temmuz 2019.

Yücel Özge/Sert Gürkan, Sağlık Ve Tıp Hukukunda Sorumluluk Ve İnsan Hakları, 1. Baskı, Ankara, 2018.

Yüksel Sera Reyhani. “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 2016; 21(2): 793-804.

Zafer Kahraman. “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016.

Zengin Nazmi, “Sağlık Hakkı” Ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu”, *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, 2010, 1 (1), 44-52.

Zevkliler Aydın/Acabey M. Beşir/Gökyayla Emre K., Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1999.

Zevkliler Aydın, Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayıncılık, 2004, Ankara.