

YARGITAY VE HAKEM KARARLARINA GÖRE HEKİMİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİĞORTASI*

ACCORDING TO THE COURT OF CASSATION AND ARBITRATION DECISIONS THE PHYSICIAN'S COMPULSORY LIABILITY INSURANCE

Hacı KARA**

Özet: 1219 sayılı “Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun”un, Ek 12’inci maddesine göre Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden bahse konu kişiler de tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısı kendileri tarafından, yarısı istihdam edenlerce ödenir. Bu çalışmada hekimin zorunlu mali sorumluluk sigortası uygulaması, Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Kurulu Kararları ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk Sigortası, Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Özellikleri, Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Hakkındaki Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Kurulu Kararları

Abstract: According to the additional article 12 of the Law No. 1219, on the Law of “Application of Medicine and its Branches Practice, Medicine and Medical Sciences”, physicians, dentists and specialists as per specialist legislation, who are working in public health institutions and organizations are obliged to have an insur-

* Bu makale 09-12.10.2019 tarihleri arasında yapılan III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi’nde tebliğ olarak sunulmuştur.

** Doç. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, haci.kara@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8255-6277, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.05.2020, Kabul Tarihi: 13.05.2020

ance against the damages that can be claimed from them by the third parties due to medical malpractice and against the recourse to be made to them by their own institutions. Half of this insurance premium is paid by themselves and the other half is paid from the revolving funds in institutions with revolving funds, and in institutions which do not have revolving funds, it is paid from the institution's budget. Those persons who work in private health institutions and organizations or who perform their profession freely are obliged to take out professional liability insurance in order to cover the damages that may be caused to persons due to medical malpractice and therefore the recourse to be made to them. Compulsory professional liability insurance is made by those who perform their profession freely, and those working in private health institutions and organizations, by the relevant private health institutions and organizations. Half of the insurance premiums of the employees working in private health institutions and organizations are paid by themselves and half by the employers. In this study, the application of compulsory financial liability insurance of the physician's will be examined in the light of the decisions of the Court of Cassation and the Insurance Arbitration Appeal Arbitrator Board.

Keywords: Liability Insurance, Physician's Compulsory Financial Liability Insurance, the Features of Physician's Compulsory Financial Liability Insurance, the Decisions of Court of Cassation and the Insurance Arbitration Appeal Arbitrator Board Regarding Physician's Compulsory Financial Liability Insurance

GİRİŞ

Malpraktis (*malpractice*), kavramı, Latince "*male*" ve "*praxis*" kelimelerinden türemiş olup, "*kötü, hatalı uygulama*" anlamına gelir. Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılındaki 44. Genel Kurulunda tıbbi uygulama hatası, "*hekimin, hastanın tedavisi sırasında standart tedaviyi uygulamaması veya hastanın zarar görmesinin doğrudan nedeni olan hastaya bakımda beceri eksikliği ve ihmali ile oluşan zarar*" olarak tanımlanmıştır.¹ ABD doktrinine göre ise tıbbi uygulama hatası; "sağlık mesleği mensubu tarafından işlenen ve hastaya zarar veren veya komplikasyonlara neden olan ihmali ya da icrai bir hareketi ifade eder". Tıbbi kötü uygulama hata yapılan işin planlanan ve/veya uygulanan şekilde sonuçlanmamasıdır. Oysa komplikasyon kavramı; özen ve dikkat yükümlülüğünün yerine getirilmesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonucu ifade eder.²

¹ World Medical Association, Statement on Medical Malpractice; Marbelle, Spain, 1992, Art. 2/a, <http://hrlibrary.umn.edu/instree/malpractice.html>, (Erişim Tarihi: 20.08.2019).

² Özlem Özer ve diğerleri, "Tıbbi hatalı uygulamalar", *Dicle Tıp Dergisi*, Y. 2015,

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 13. maddede tıbbi uygulama, tıp biliminin standardına, yani tıp ilminde genel olarak tanınıp kabul edilmiş meslek kurallarına ve tecrübelerle göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile hastaya uygun tedavi uygulanmaması tıbbi kötü uygulama sayılır.

Tıbbi uygulama hataları, hastanın tedavisi için bakım standardına uyulmaması, beceri eksikliği, hastaya bakım sağlamadaki ihmal, sağlık hizmetinin sunumu esnasında sağlık personelinin öngördüğü ve/veya uyguladığı müdahale, kullanılan hatalı tıbbi teknik sonucu istenmeyen bir şekilde hastanın hastalığının normal seyri dışına çıkması, yaşam kalitesinin düşmesi, belli bir hastalığa yakalanan ve tanı konulan hastaların sayısında (morbidite)³ artış görülmesi, hatta hastalıkların ölümlerle (mortalite)⁴ sonuçlanabilmesi anlamındadır.⁵

Tıbbi uygulama hataları temel olarak tıbbi işleme, ihmale ve uygulamaya bağlı olarak: Tanı (teşhis), tedavi, koruyucu tedavi ve diğer hatalar olmak üzere dört kısma ayrılır. Tanı hataları, yanlış ve/veya geçersiz test ve tekniklerin uygulanması veya uygun testlerin yanlış uygulanması ya da yorumlanması, eksik veya gecikmiş tanı konulması gibi nedenlerle gündeme gelir ve yanlış tanı, yetersiz ve yanlış tedavi ile sonuçlanarak tedavi hatalarına sebebiyet verir. Tedavi hataları, yanlış veya yetersiz tedavi uygulaması şeklinde olabileceği gibi uygulanan ilaç dozundaki hata ile uygulanan cerrahi girişim tekniğinin seçimi ve tedavinin geciktirilmesi ile de ilgili olabilmektedir. Koruyucu tedavi hataları ise yetersiz izleme, tedavi ve hastalık takibinin yanlış ve/veya yetersiz yapılması, gecikmiş veya eksik ilaç tedavisi uygu-

S. 42/3, s. 395, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/54610>, (Erişim Tarihi: 09.09.2019).

³ Özel bir grup içinde ve belirlenmiş bir zaman diliminde belli bir hastalığa yakalanan ve tanı konulan hastaların sayısı (veya oranı), http://www.floradergisi.org/getFileContent.aspx?op=html&ref_id=53&file_name=1996-1-3-208-209.htm&pk=6621c429-dcf6-43a9-88af-54455e811987, (Erişim Tarihi: 09.09.2019).

⁴ Genel populasyon içinde belli bir hastalığa bağlı ölüm sayısı (oranı). (Özellikle bu oran sadece olgular içindeki ölüm oranı değildir), http://www.floradergisi.org/getFileContent.aspx?op=html&ref_id=53&file_name=1996-1-3-208-209.htm&pk=6621c429-dcf6-43a9-88af-54455e811987, (Erişim Tarihi: 09.09.2019).

⁵ Özlem Özer ve diğerleri, s. 394.

lanması sebebiyle gündeme gelmektedir. Bunların yanı sıra kullanılan ekipman ile ilgili veya sistemle ilgili hatalar da yine çeşitli tıbbi hatalı uygulamalara neden olmaktadır. Tıbbi hatalı uygulamaları, medikasyon hataları ve cerrahi hatalar olarak da ikiye ayırarak incelenebilir. Bunlardan medikasyon hataları, yatarak ve ayakta tedavi gören hastalarda en sık görülen hatalardır. İlaçların uygulanmaları ile ilgili hatalardır ve çoğu önlenilebilmektedir.⁶

Tıbbi uygulama hataları, hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili kanuna göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak, iyileşmesinin gecikmesinden hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartların tamamını içermektedir.⁷ Hukuki sorumluluk bakımından temel ölçü ise, tecrübeli bir uzman hekim standardıdır. Yani hekim, objektif olarak, olayların normal gelişimine ve sübjektif olarak da kendi kişisel tecrübesine, kişisel becerisine, şahsi mesleki bilgisine, eğitiminin nitelik ve derecesine göre, hastanın sağlığına bir zarar gelmesini önceden görebilecek durumda olmalıdır. Yani hekim mesleğini icra ederken özen yükümlüğüne uymak zorundadır. Örneğin; bir ameliyat için yara enfeksiyonu bir komplikasyondur, ancak enfeksiyonu önlemek için antibiyotik kullanımı gerekli ise ve hekim bunu vermemişse bu artık özen eksikliğine dayalı bir malpraktise dönüşür. Buna karşın her türlü önlem alınmasına rağmen, basit bir operasyondan sonra hastada akciğer embolisi gelişmesi ve bu nedenle hastanın kaybedilmesi durumunda bu olay malpraktis sayılmaz.⁸

Bu çalışmada hekimin zorunlu mali sorumluluk sigortası uygulaması, Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Kurulu Kararları ışığında incelenecektir.

⁶ Özer ve diğerleri, s. 395.

⁷ Gürol Cantürk, "Tıbbi Malpraktis ve Tıbbi Bilirkişilik", Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, 16-17 Ekim 2014, s. 303, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBB_Books/536.pdf (Erişim Tarihi: 20.09.2017).

⁸ Yılmaz Yördem, "Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortasında Hatalı Tıbbi Uygulama Sorumluluğuna İlişkin Yargı Kararlarına Genel Bakış", Journal Of Institute Of Economic Development And Social Researches, 2018 Vol. 4, Issue 12, pp. 540, http://iksadjournal.org/Makaleler/1857965187_1.%204_12_ID78.%20Y%c3%b6rdem_539-546.pdf, (Erişim Tarihi: 16.08.2019).

I. HEKİMİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

A. HUKUKİ DÜZENLEME

Malpraktis sonucunda oluşan zararlara karşı bütün hekimlerin, diş hekimlerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların sorumluluklarını teminat altına almak üzere, 1219 sayılı “Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un (TŞSK), Ek 12’nci maddesine uyarınca,⁹ “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası” düzenlenmiştir.¹⁰ Buna göre kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Kamuda çalışan kişilerin sorumluluk sigortasının kurumlarınca kendilerine yapılacak rücuları da kapsamı gerekir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigortaları kurumlarınca yaptırılmak zorundadır. Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan anılan kişilerin sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların primlerinin yarısı ise kurumlarınca ve serbest çalışanların kendilerince ödenir.¹¹

1219 sayılı Kanun’un uygulamasına dair 2010/1 sayılı “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum

⁹ Ek 12. madde, 1219 sayılı Kanuna, 30.01.2010 T. ve 27478 S. RG’de yayımlanan 5947 sayılı “Üniversite Ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 8’inci maddesi ile eklenmiştir.

¹⁰ Sigortayı ifade etmek için doktrinde ve Yargıtay uygulamasında, “Tıbbi zorunlu sorumluluk sigortası”, “hekim sorumluluk sigortası”, “hekim mesleki sorumluluk sigortası”, “zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigortası”, “Zorunlu Hekim Sorumluluğu Sigortası” ve benzeri isimler kullanılmaktadır.

¹¹ Tıbbi kötü uygulamaya karşı zorunlu sigortasının hasta haklarının güvencesi olarak sunulması yanıltıcıdır. Doktor yardımcı sağlatıcı konumdan, sağlık hakkının tek yöneticisi imiş gibi, doktor hatası öne çekilmiştir. Oysa dünyada buyurgan, risk almak istemeyen doktor tipinden, hasta ile işbirliği yapan katılımcı doktor tipine geçmek önemsenmektedir. Doktorun üzerindeki baskıyı azaltıp, doğrudan hastayı sigortalayan bir sigortanın yapılması dünyanın gündemindedir. Tennur Koyuncuoğlu, “Doktor Sigortası Mı, Hasta Sigortası Mı?”, *TBB Dergisi*, Y. 2011, S. 92, s. 433, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-682>, (Erişim Tarihi: 16.08.2019).

Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ” ve Tebliğ Ek’inde “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife Ve Talimatı” ile “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları”¹² yayımlanarak 30.07.2010 itibariyle yürürlüğe konulmuştur.¹³ Böylece, ilgili kanun hükümlerinde, “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası” olarak anılan hekimin zorunlu mali sorumluluk sigortası, ülkemizde 2010 yılından beri uygulanmaya başlanmıştır.

B. HEKİMİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI ESASLARI

1- Genel Olarak

Hekimin zorunlu sorumluluk sigortası bir “zarar sigortası” ve ileride ortaya çıkması muhtemel zararlar nedeniyle malvarlığını teminat altına alınması bakımından “pasif sorumluluk sigortası”dır.¹⁴ Sorumluluk sigortasındaki riziko, sigorta ettirenin veya sigorta ettirenin bildirdiği başka birinin canı üzerinde gerçekleşmez; tersine onların malvarlığı üzerinde gerçekleşir. Bu nedenle bir can sigortası değildir. Hekim zorunlu mali sorumluluk Sigortası grup sigortası¹⁵ şeklinde yapılamaz.

¹² 21.07.2010 T. ve 27648 S. RG’de yayımlanan Tebliğde, 19.7.2011 T. ve 27999 S. RG, 26.7.2014 T. ve 29072 S. RG, 23.5.2015 T. ve 29364 S. RG, 28.10.2015 T. ve 29516 S. RG ve en son 16.4.2016 T. ve 29686 S. RG’lerde yayımlanan Tebliğler ile değişiklik yapılmıştır.

¹³ Sigorta primine kurum katkısının usul ve esaslarının düzenlendiği Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul Ve Esaslara Dair Tebliğ 21.7.2010 T. ve 27648 S. RG’de yayınlanmış, 30.7.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 26.07.2014 T. ve 29072 S. RG’de yayımlanan Tebliğ ile önceki Tebliğ’deki tarife ile EK 1 risk gruplarında değişiklik yapılmıştır.

¹⁴ Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara 2020, s. 301, Yeni genel şartlar uygulamada “claims made” (talep esaslı) olarak bilinen tekniğe uygun bir düzenleme getirmiştir. Samim Ünün, “Zorunlu Hekim Sorumluluğu Sigortası Genel Şartlar Şerhi”, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 2012, s. 10.

¹⁵ TTK m. 1496/1: “En az on kişiden oluşan, sigorta ettiren tarafından, belirli kısıtlara göre kimlerden oluştuğunun belirlenebilmesi imkânı bulunan bir gruba dâhil kişiler lehine, tek bir sözleşme ile sigorta yapılabilir. Sözleşmenin devamı sırasında gruba dâhil herkes sigortadan, grup sigortası sözleşmesi sonuna kadar yararlanır. Sözleşmenin yapılmasından sonra grubun on kişinin altına düşmesi sözleşmenin geçerliliğini etkilemez”.

Sorumluluk sigortalarında amaç, üçüncü kişilere verilebilecek zarardan ötürü sigortalının karşılaşılabileceği tazminat taleplerini temin etmektir. Sigortacı, sorumluluk sebebiyle sigorta ettirenin malvarlığında ortaya çıkmış olan yükü devralmaktadır. Dolayısıyla, bunlarda sigortacının sözleşmede kararlaştırılan belirli bir tutarı ödeme yükümlülüğünden söz edilmez.¹⁶

Hekim sorumluluğu sigortasının amacı ise, hekimlerin mesleki görev ve yükümlülüklerini yerine getirirken, hata, ihmal, yanlış uygulama sonucunda hastalarına verebilecekleri zararlara karşı hekim aleyhine açılan davalardaki tazminat taleplerine karşı güvence sağlamak, yani hekimlerin hukuki sorumluluk sebebiyle maruz kalabilecekleri mali yükten onları kurtarmaktadır. Bu sigorta sayesinde zarar görenler, kendilerine zarar veren hekime yönelik tazminat alacaklarını karşılayacak bir mali gücü yüksek olan bir kuruluşa (sigortacıya) başvurma imkânına kavuşmaktadırlar.¹⁷ Sorumluluğu öne sürülen hekim, bazı hallerde çok yüksek ve altından kalkılması çok zor tutarlara ulaşan tazminat yükümlülüğünü sigortacıya devretmektedir. Sigortacı zarar gören üçüncü kişiye ödeme yaparak, hem bu kişinin uğradığı zararı hem de sigorta ettirenin sorumluluk dolayısıyla altına girmiş olduğu yükü kaldırır.¹⁸ Hekim çalıştıran devlet, çalıştırdığı hekimin eylemi dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluğunu sigortacıya aktaracaktır. Aynı şekilde hekim çalıştıran özel sağlık kuruluşu da, hekimin eyleminden doğan sorumluluğunun mali yükünden kurtulacaktır. Çünkü zorunlu sigorta yalnızca tedavi görenlerin istemlerini değil fakat hekimi çalıştıran resmi veya özel kuruluşun rücu istemlerini de kapsamaktadır.¹⁹

¹⁶ Mutlaka sözleşmede bir sigorta bedelinin kararlaştırılması gerekmez. Sigortacı "sınırsız" olarak da teminat sağlayabilir. Sigortacının sorumlu olacağı en yüksek tutarın belirlenmesi, sigorta priminin sağlıklı bir biçimde hesaplanabilmesi ve sorumluluk sigortası ürününün "ödenebilir bir prim karşılığında" pazarlanabilmesi amacıyla hizmet eder. Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 6. Kitap, Sigorta Hukuku, C. II, 1. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 263.

¹⁷ Zorunlu sorumluluk sigortalarında, sigortalıdan çok zarar görenin menfaatinin korunması ön plana çıkmaktadır. Zorunlu sigortalarda amaç, ihtiyari sigortalardan farklı olarak kamu menfaatinin korunmasıdır. Rauf Karasu, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, C. 2, Y. 2015, s. 695.

¹⁸ Ünan, TTK Şerhi, s. 263.

¹⁹ Ünan, *Zorunlu Hekim Sigortası*, s. 5.

2- Zorunlu Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi

Hekim mesleki sorumluluk sigortası tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşmedir. Sigorta ettirenin borcu, prim ödeme, sigortacının ise riziko gerçekleştiğinde sigortalının zararını tazmin etmektir. Mesleki sorumluluk sigortasında sigortacı, tazminat talebinde bulunan üçüncü kişilerin haklı tazminat taleplerini ödemeyi ve haksız tazminat taleplerinin bertaraf edilmesi işini üstlenmiştir.²⁰ Sigorta sözleşmesi, sigortacı adına şirketin yetkili şahsı veya sözleşmeyi yapan acentesi²¹ tarafından imzalanır.²²

3- Zorunlu Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Yaptıracak Kişiler

Kanuna göre, kamu veya özel sağlık kuruluşları ya da muayenehanesinde mesleğini uygulayan bütün hekimler, dış hekimleri ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar²³ (sigortalı) zorunlu mesleki sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Bunun dışındaki sağlık çalışanları ya da Kanun'da sayılan unvanlara sahip olmalarına rağmen mesleki faaliyette bulunmayanlar sigorta yaptırmakla yükümlü değildir.²⁴ Poliçede tanımlanan mesleki faaliyete son verilmesi halinde sigorta sözleşmesi son bulur ve özel hükümler saklı kalmak kaydıyla işleme-
yen günlere ait prim sigorta ettirene iade olunur (Genel Şartlar C. 6).

Sigortayı yaptırmakla yükümlü olan kişi, yani sigorta ettiren ve sigortalı sorumluluğu sigorta teminatı altına alınan hekim her zaman aynı kişi değildir. Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır (TŞSK Ek m. 12/3).

²⁰ Kemal Şenocak, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s. 141.

²¹ Sigortacı adına sözleşme yapma yetkisine sahip olan acentedir.

²² Rayegan Kender, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Arıkan Basım Yayın, 14. B., 2014, s. 142.

²³ 26.04.2014 T. ve 28983 S. RG'de yayımlanan "Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği" m. 3/(r)'ye göre Uzman: "Çizelgelerde yer alan dallardan birinde uzmanlık eğitimi tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olanları", m. 3/(s)'e göre ise Uzmanlık eğitimi: "Tıp veya dış hekimliğinde uzman olabilmek için gereken eğitim ve öğretimi" ifade eder.

²⁴ Mustafa Çeker, Sigorta Hukuku, 10. B., Karahan Yayınevi, Adana 2014, s. 304.

Bu kişiler için Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre yaptırılmış ihtiyari sigorta var ise ve bu ihtiyari sigorta zorunlu sigortayla verilen teminatın üstü için yapılmamışsa, bu sigorta ile zorunlu sigorta arasında Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın birden çok sigorta hükümleri uygulanır.

4- Sigortanın Özellikleri

a) Riziko Bakımından Kapsamı

Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk sigorta sözleşmesi, serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların²⁵ poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken, mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine, karşı poliçede belirlenen limitler dâhilinde teminat sağlar. Sigorta ettiren sorumluluğunu gerektirecek olayları on gün içinde, aleyhindeki tazminat istemlerini ise derhal sigortacıya bildirmek zorundadır (TTK m. 1475).

aa) Sigorta Kapsamındaki Rizikolar

Bu sigorta sözleşmesi ile hekimler, diş hekimleri ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların:

- 1) Sözleşme süresi içinde meydana gelen olay²⁶ sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sözleşme sonrasında talep edilen zararlara²⁷,
- 2) Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek taleplere,
- 3) Bu zarar veya taleple bağlantılı yargılama giderlerine, karşı belirlenen sigorta limitlerine kadar²⁸ teminat verilir. Bir di-

²⁵ Değişik ibare: RG: 26.7.2014 T. ve 29072 S.

²⁶ Olay zararın sebebi niteliğini taşımaktadır. Sorumluluk da bu olay sebebiyle meydana gelmelidir. Ünün, TTK Şerhi, s. 286.

²⁷ Zarar, zarar görenin malvarlığında, onun iradesinin sonucu olmaksızın meydana gelen kötüleşmedir. Ünün, TTK Şerhi, s. 288.

²⁸ Birinci risk grubu için 200 bin TL, İkinci risk grubu için 400 bin TL, Üçüncü risk grubu için 600 bin TL ve Dördüncü risk grubu için 800 bin TL olup, Her durumda sözleşme kapsamında ödenecek tazminat miktarı 1.800.000 TL'yi aşamaz.

ğer ifadeyle zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigortası sigortalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ifa ettiği tüm mesleki faaliyetini kapsar. Ayrıca, sözleşmede sigorta ettiren ve sigortalının aleyhine olmamak üzere özel şartlar kararlaştırılabilir.²⁹

bb) Kapsam Dışındaki Rizikolar

Şu haller ise teminat kapsamı dışındadır:

- 1) Sigortalının, poliçe kapsamında yer alan ve sınırları hukuk kuralları veya etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,
- 2) İnsani görevin yerine getirilmesi hariç, sigortalının, poliçe kapsamındaki kuruluşların sorumluluk alanı dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,
- 3) İdarî ve adlî para cezaları dahil her tür ceza ve cezai şartlar,
- 4) İlgili mevzuatla belirlenen çerçevede tıbbi mesleki faaliyet gereği yapılanlar hariç her türlü deneyden kaynaklanan tazminat talepleri (Genel Şartlar A.3),
- 5) Ruhsatlı bir sağlık kurum veya kuruluşunda ve acil haller dışında yapılmadığı ve usulünce yetki verilmiş bir anestezi uzmanı göze-

²⁹ Bu şekilde sözleşmeye konulacak özel şartlar (klozlar) ile şu rizikolar teminat kapsamına alınabilecektir: 1) Genetik mühendisliği uygulamalarından kaynaklanan tazminat talepleri, 2) Her türlü deney veya araştırmalardan doğan tazminat talepleri, 3) Her tür kan bankası faaliyeti neticesinde doğrudan veya dolaylı olarak meydana gelen tazminat talepleri, 4) Tanı veya tedavi amacı olmaksızın yapılan bütün tıbbi müdahaleler ile plastik cerrahların güzelleştirme amaçlı yaptıkları her tür estetik ameliyattan kaynaklanan tazminat talepleri, 5) Üremeye yardımcı (kısırlık tedavisi) ya da üremeyi önleyici (kısırlaştırıcı tedavi) her tür sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat talepleri, 6) Sigortalının fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kasıtlı hareketlerinden kaynaklanabilecek tazminat talepleri, 7) AIDS veya onun patojenleri ya da hepatit A, B veya C'ye bağlı olabilecek yahut onlardan kaynaklanan veya onların katkıları ile oluşan her türlü zarar ile bunların sonucu ortaya çıkan ruhsal rahatsızlıklara bağlı tazminat talepleri, 8) İnsan ve hayvan organları, kanları, hücreleri, her türlü ifrazatı, türevleri, genleri, biosentez ve ilgili mamüllerin denenmesi, değiştirilmesi, elde edilmesi, kazanılması, hazırlanması, işlenmesi, elden geçirilmesi, dağıtımı, depolanması, ikame edilmesi, kullanılmasından kaynaklanan tazminat talepleri, 9) Sigortalıya, bir sağlık kurumunda yönetici veya işletici olması nedeniyle yöneltilen tazminat talepleri (Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları C. 10/III (23.05.2013 T. ve 28658 S. RG) ve Genel Şartlar m. C. 10).

- timi altında olmadığı sürece, dış hekimleri ve cerrahlar tarafından genel anestezi uygulanmasından kaynaklanan tazminat talepleri,
- 6) İlk yardım ve acil müdahale hariç olmak üzere, meslekten geçici yasaklanılan dönem içinde verilen her tür tedavi ve sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,
 - 7) İlk yardım veya acil yardım hizmetlerinin sunulduğu yerlerde, yeterli ve gerekli ekipman ile teçhizatın sigortalının kişisel kusuru ile bulundurulmamasından kaynaklanan tazminat talepleri,
 - 8) Tıbbi amaçlı kullanım dışında, radyoaktif, zehirli, patlayıcı veya herhangi bir patlayıcı nükleer bileşim veya bunun nükleer bir parçasının tehlikeli özellikleri sebebiyle talep edilen tazminat talepleri,
 - 9) Tıbbi amaçlı kullanım dışında, diethylstibesterol (DES), dioxin, urea formaldehyde, asbest, asbestli ürünler veya asbest içeren ürünlerin kullanımından kaynaklanan her tür hastalık (kanser dahil) veya asbestten kaynaklanan bütün tazminat talepleri (Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları C. 10/II).

b) Sigortanın Teminat Altına Aldığı Alacaklar

Hekim zorunlu mali sorumluluk sigortası teminat tutarı, sigortalının poliçede belirtilen mesleki faaliyetini ifa ederken sözleşme süresi içinde tazminatı gerektiren bir olay gerçekleşmesi halinde talep edilen maddi ve manevi tazminat, bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere (*Mahkemenin hüküm altına alacağı yargılama giderleri, sigortalı aleyhine yargı kararında hükme bağlanan yargı harcı; bilirkişi, keşif ve tanık giderleri; davacı lehine hükmedilen vekâlet ücreti gibi hususlardır*)³⁰ karşı geçerlidir (2010 Tebliğ m. A.2, SGŞ m. A.1). Cezai sorumlulukla ilgili adli para cezası ödenmesi gibi talepler sigorta kapsamı dışındadır.

³⁰ Burada varsayım sigortacının dava edilmemiş ve bu tutarların kendisinden tahsil edilmemiş olmasıdır. Eğer tazminat isteyen kişi sigortacıyı da dava etmiş ve bu tutarlar sigortacı aleyhine hüküm altına alınmışlarsa, sigortacı bunları zaten davacıya karşı “kendi yükümlülüğü” olarak ödeyecektir. Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 11.

c) Sigortanın Uygulama Zamanı Ve Bildirim

TTK m. 1473'e göre, "Sigortacı sorumluluk sigortası ile sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder". Bu hükümle sigorta teminatının, olayın sigorta süresi içerisinde veya sigorta ettiren, (sorumluluğunu doğuran olayın meydana gelmiş olduğunu bilmemesi kaydıyla) geçmişe etkili sigorta teminatı elde etmişse, kararlaştırılan geçmişe etki tarihi ile sigorta sözleşmesinin yapıldığı tarih arasında meydana gelmiş olan, olaylar için geçerli olacağı kabul edilmiştir. Yani TTK olay esaslı sigortayı (*occurrence basis-event occurrence*) benimsenmiştir.³¹ Ancak bu hüküm emredici bir hüküm değildir. Bu nedenle taraflar sigorta sözleşmesinde aksini kararlaştırabilirler.³²

Hekim mesleki sorumluluk sigortaları uygulamada, talep esaslı (*claims made*), olay esaslı (*occurrence basis-event occurrence*) veya karma (*hybrid*) sözleşmeler olmak üzere üç şekilde yapılabilmektedir.³³ Talep

³¹ Olay, sigortalının sorumluluğunu gerektiren zararın sebebi niteliğindeki hukuka aykırı davranıştır. Ünan, TTK Şerhi, s. 288-290, Bu madde ile sorumluluk sigortasının genel bir tanımı yapılmıştır. Getirilen düzenlemede ise rizikoya esas teşkil eden olayın, sözleşme süresi içinde gerçekleşmesi esas alınmıştır. Geçmişte meydana gelen bir olay nedeniyle sigortalının kendi döneminde ortaya çıkan zararlardan sorumlu olması ilkesi benimsenmiş olsaydı pratikte bu tür sigortaların uygulanabilirliğinin büyük bir ölçüde azalacağı düşünülmüştür. Zira, sigortacı sözleşme yaparken, sigortalının geçmişteki tüm iş ve işlemlerini bilmek isteyecek ve bunların ne şekilde yapıldığını kontrol etmek isteyecektir. Aksi takdirde çok büyük risklerle karşılaşılabilir tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca, bu şekildeki bir düzenleme kötü niyetli uygulamaların da önünü açacaktır. Şöyle ki, yapmış olduğu bir hata nedeni ile tazminat talebi ile karşılaşabileceğini düşünen kişiler hemen sigorta sözleşmesi yapmak yoluna gideceklerdir. Açıklanan nedenlerden dolayı sigortalının sorumluluğu, sözleşme süresi içinde sigortalısının sorumluluğunu gerektirecek olaylara bağlanmıştır. Bu noktada, sigortalının sorumluluğundan bahsedilmek için zararın sözleşme süresinden daha sonra doğması veya talep edilmesi önemli değildir. Ancak, madde emredici nitelikte olmadığından tarafların, sorumluluk sigortası türlerine göre sözleşme rizikoyu farklı şekillerde belirleyebilmesi de mümkündür. TTK Madde Gereklileri, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, (Erişim Tarihi:19.09.2019).

³² Ancak talep sözlü olarak da yapılabileceğinden, bu durumda bunun ne zaman yapıldığı hususunda kanıt zorlukları ortaya çıkabilir. Karasu, s. 689, Ünan, TTK Şerhi, s. 291.

³³ Sigorta sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunduğu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda riziko gerçekleşmiş sayılır (Genel Şartlar m. B. 1). Talep

esasinda, sadece sözleşme süresi içinde meydana gelen tıbbi kötü uygulamalar sözleşme teminatı altına alınmaktadır.³⁴ Örneğin; 2015 senesinde meydana gelen bir olayla ilgili tazminat talebini, 2015 senesi sonuna kadar ileri sürülmesi gerekmektedir.³⁵ Talep esaslı sigorta kesintisiz olarak yenilenirse (örneğin; sözleşme 2015, 2016, 2017, 2018 ve 2019 yıllarında düzenli olarak yenilenirse, sigortalı, sözleşmenin yenilenmesinde hiç boşluk söz konusu olmadığından korunmuş olacaktır. Ancak, sigortalı, sigorta teminatını kesintisiz elde etmek konusunda ihmal göstermiş ve sözleşmenin yenilenmesinde arada boşluklar meydana gelmişse, sigortalı sözleşmenin yapılmadığı/yenilenmediği bu dönemler için korumadan yararlanamayacaktır.³⁶

Olay esaslı sigortalarda ise sigorta teminatı, bu olayın sigorta süresi içinde meydana gelmesi koşuluyla işlerlik kazanacaktır.³⁷ TTK m. 1473/1’de sorumluluk sigortalarında olay esaslı kabul edilmiştir.³⁸ Olay esaslı sigortalar geçmişe etkili sigorta teminatı vermektedir. Özellikle sigorta yaptırıldığı anda bilinmeyen hatalı uygulamalardan kaynaklanabilecek zararlarla ilgili giderim istemlerine karşı sigorta koruması elde etmek için, sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresi kadar geriye doğru sigorta teminatı sağlaması söz konusu olmaktadır (noterlerin

esaslı sigortalarda, riziko zarar gören tarafından sigorta ettirene tazminat talebinin yapıldığı anda meydana gelmiş kabul edilir. Talep sözlü olarak ta yapılabilir, bu durumda kanıtta zorluklar çıkabilir. Ünan, TTK Şerhi, s. 292

³⁴ Ülkemizde birçok sorumluluk sigortası “talep esaslı” olarak yapılmaktadır: Çevre Kirliliği Mali Sorumluluk Sigortası (Genel Şartlar m.A.2); Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Genel Şartlar m.A.1); Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Genel Şartlar m.A.1 VE B.1) Ürün Sorumluluk Sigortası Genel Şartları. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ise tarafların anlaşmasına göre hem “olay+zarar” hem de “olay+talep” esaslarına göre yapılan sigortalara imkân tanımıştır. Ünan, TTK Şerhi, s. 292.

³⁵ Çeker’e göre; “claims made (sözleşme süresi içindeki olayları kapsayan) poliçelerde tazminat talebi sözleşme süresi içerisinde ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi, sigortacı sözleşme süresi içinde meydana gelmiş bir olaydan kaynaklanması koşuluyla sigorta süresi bittikten sonraki iki yıl içinde yapılan tazminat taleplerini karşılamak zorundadır. Örneğin 1.4.2011-1.4.2012 yılları arasında geçerli bir sözleşme yapılmış ve hasta 30.05.2011 yılında geçirdiği hatalı bir ameliyat sonucunda uzun süre yoğun bakımda kalıp 30.06.2012 yılında vefat etmiş ise sigortacı sözleşmenin süresi 1.4.2012 tarihinde sona ermesine rağmen tazminat ödemekle yükümlü olur”. Çeker, s. 309.

³⁶ Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 10.

³⁷ Ünan, TTK Şerhi, s. 288.

³⁸ TTK m. 1473/1: “...sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu ..”, Ünan, TTK Şerhi, s. 288

ve avukatların mesleki sorumluluk sigortalarında durum çoğunlukla budur) dolayısıyla sigortacının geçmişe dönük inceleme gereksinimi olay esaslı sigortalarda da söz konusudur.³⁹

Başka bir ifadeyle bir talep hakkında zamanaşımı süresi dolana kadar sigortacının sorumluluğu ve sigorta teminatı devam etmektedir. Böylece sigortalıya avantaj sağlanmaktadır. Sigorta süresi içine gerçekleşen malpraktis olayı sebebiyle zarar daha sonra meydana gelse ve tazminat talebi de yine daha sonra ileri sürülse dahi sigortalı (ve zarar gören) bu sigortadan yararlanma hakkına sahip bulunmaktadır. Örneğin, 2014 yılını kapsayan olay esaslı bir sigortada, zarar 2016 yılı içinde ortaya çıkmış olsa (örneğin, sakatlığın kalıcı olduğu bu tarihte kesinleşse) ve zarar gören de 2018 senesinde tazminat istemini ileri sürmüş bulursa dahi, sigortacı bu talep için koruma sağlamakla yükümlü olur. Olay esaslı sigortalarda zararın ne zaman gerçekleşmiş bulunduğu önem taşımaz. Zarar seneler sonrada meydana gelmiş olabilir. Tazminat işlemi ise, zarardan sonra, bu sistem hakkında ön görülmüş bulunan hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi içinde ileri sürülebilecektir. Zamanaşımının dolması aslında tazminat talebinde bulunmaya engel değildir; ancak, zamanaşımının gerçekleştiği hallerde zamanaşımı savunması üzerine alacaklının -istemi esas açısından haklı olsa dahi- daha ileri aşamalara geçebilmesi mümkün olmayacak ve davasının zamanaşımı gerekçesiyle reddi lazım gelecektir.⁴⁰

Oysa talep esaslı sigortalarda, tazminat talebinin sigorta sözleşmesinin sonuna kadar, yani yukardaki olayda olduğu gibi 2014 yılı sonuna kadar ileri sürülmek zorundadır. Ancak talep esaslı sigorta 2014'den, 2018 yılına kadar kesintisiz ve düzenli olarak yenilenirse, sigortalı da hiç boşluk söz konusu olmadan korunmuş olur.⁴¹

Karma sözleşmelerde ise her iki esaslı sözleşmede kapsam dışında kalan halleri de içerecek sigorta sözleşmesi yapılabilir. Karma sigortalar, sigorta korumasında yararlanılacak süreyi zaman bakımından sınırlamaktadır. Bu sigorta da, zarar gören üçüncü kişinin,

³⁹ Geçmişe etkili sigorta teminatı elde edilmişse (sigorta ettirenin sorumluluğu doğuran olayın meydana gelmiş olduğunu bilmemesi kaydıyla) kararlaştırılan geçmişe etki tarihi ile, sigorta sözleşmesinin yapıldığı tarih arasında sigorta teminat sağlamaktadır. Ünan, TTK Şerhi, s. 289.

⁴⁰ Ünan, TTK Şerhi, s. 290.

⁴¹ Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 13.

zarardan sorumlu sigorta ettirenden istemde bulunma hakkı devam ederken, sorumluluk sigortacısına karşı sahip bulunduğu talep hakkı son bulmuş olabilmektedir. Tazminat talebinin sigorta süresi içinde veya bunu izleyen belirli bir süre içinde yapılmış olması koşulunu içeren sigortalarda, sigortacının sorumluluğu bu süreden sonra sona ererken, talep esaslı karma sigortanın her sene düzenli ve kesintisiz olarak yenilenmesi ve her yenilemede (ilk sigorta sözleşmesinde yer alan) başlangıç tarihinden geçerli olmak üzere teminat sağlanacağı'nın kararlaştırılması ile sigortacıya meydana gelen olaydan sonra da başvurmak mümkün olmaktadır. Örneğin sigorta ettirene yönelik tazminat isteminden doğan sorumluluğu, uygulanan zamanaşımı süresi 10 yıl olduğu halde (olayın ve tazminat talebinin sigorta süresi içinde gerçekleşmesi koşuluyla yaptırılan) karma sigortada sigorta süresi bir yıl olarak öngörülmüş ise, sigorta ettiren, bu olasılıkta sigortacıdan yaklaşık dokuz yıl daha uzun bir süre boyunca tehdit altında kalmaktadır.⁴² Örneğin, bir yıl öncesinde gerçekleşen olayları da kapsayacak şekilde 1.1.2017 tarihinde karma bir sözleşme yapılmış olsun. Bir yıl öncesi zaman içerisinde gerçekleştirilmiş tıbbi müdahalelerden meydana gelen zararlara dair tazminat taleplerinin (2.5.2016 yılında) veya sigorta süresi içerisinde (2017 yılında) ya da sigorta süresi dolduktan bir yıl (2018 yılı) içinde ileri sürülmüş olması halinde zarar sigortacı tarafından karşılanır.⁴³

Hekim mesleki sorumluluk sigortası SGS'ye göre, poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine karşı poliçede belirlenen limitler dâhilinde teminat sağlar. Ancak on yıllık dönemin başlangıcı 30 Temmuz 2009'u geçemez ve bir aydan fazla sigortasız kalan dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlar için sigorta koruması yoktur (SGŞ m. A.1).

Buna göre hekim mesleki sorumluluk sigortaları ile talep esaslı (*claims made*) benimsenmiş ve sigortanın her yıl düzenli şekilde ye-

⁴² Ünan, TTK Şerhi, s. 295.

⁴³ Bu tür sigortalarda sigortacı daha büyük bir risk üstlendiğinden talep edeceği primde daha yüksek olacaktır. Çeker, s. 310.

nileneceği varsayılmıştır. Buna göre, sadece sigortalıya sigorta süresi içinde ileri sürülen talepler sigorta koruması altındadır. Talep esaslı sigortalarda tazminat talebinin sigortalı hekime karşı ileri sürülmesi asıl olmakla birlikte, buna ek olarak zarar görenin talebinin sigorta süresi içinde sigortacıya “ulaştırılmış” olması da gerekir. Genel şartlarda ise bildirimle ilişkin herhangi bir koşula yer vermemiş, tersine sigortalıya yapılan talebi yeterli görmüştür. Talebin sigortacıya derhal haber verilmemesinin yaptırımı TTK m. 1475/3’te, TTK 1446/2. maddeye yollama yapılarak hükme bağlanmıştır. Buna göre rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimin yapılmaması veya geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir. Yani sigortacı zarar görene tazminat ödedikten sonra ödediğini kısmen geri almak üzere sigortalıya rücu ettiği vakit uygulanacak olan kusurun ağırlığına göre indirim yapılır.⁴⁴

Genel Şartlar A.1/1 son cümle hükmü, “...bir aydan fazla sigortasız kalan dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlar için sigorta korumasının söz konusu olmayacağını” öngörmektedir.⁴⁵ Bir hekim ilk olarak 2015 tarihinde sigorta yaptırsa, 2009’dan sonraki (tazminat talebine konu olmamış) malpraktis olayları için bu sigortadan yararlanabilecektir. Söz gelişi 2014 Temmuz ayındaki bir olayla ilgili olarak 2015’te sigorta süresi başladıktan sonra ileri sürülen tazminat talepleri için 2015 poliçesi devreye girecek ve koruma sağlayacaktır. Aynı hekim ilk olarak 2011’da sigorta yaptırmış, 2012’de ve 2013’te sigorta yaptırmayı ihmal etmiş ve 2014 için tekrar sigorta poliçesi düzenletmiş olsa, 2013 Temmuzundaki olay için, genel şartlar gereğince (arada bir aydan fazla boşluk olduğundan) açıkta kalacak, sigorta teminatından yararlanamayacaktır.

Baştan itibaren düzenli olarak sigorta sözleşmesi yaptırdığı ve en son 2019 yılında sözleşmenin yenilendiği varsayılacak olursa, 30 Temmuz 2009’dan başlayarak 2019 yılına kadar sigorta koruması sağlanacağı için (30 Temmuz 2009’dan itibaren gerçekleşecek ancak henüz tazminat talebine konu olmamış malpraktis olaylarını da temin ede-

⁴⁴ Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 10.

⁴⁵ Belirtmek gerekir ki bu hüküm hekim sorumluluğu sigortasının “geçmişteki olaylar” için teminat sağlama özelliği ile hiç bağdaşmamaktadır. Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 10.

ceği) için 2015'te meydana gelen malpraktis sözleşme kapsama dâhil sayılacak ve 2019 yılında (sigorta süresi içinde) ileri sürülen bununla ilgili tazminat talebi 2019 poliçesinden ödenecektir.

Sigortalının mesleki faaliyetine son vermiş olması halinde, geçmişe etkili⁴⁶ teminatın yanı sıra, son sigorta sözleşmesi dönemindeki mesleki faaliyetinden dolayı sözleşmenin bitiş tarihinden itibaren iki yıl sonrasına kadar ortaya çıkabilecek talepler de teminat dahilindedir.⁴⁷

II. YARGITAY VE SİGORTA TAHKİMİ İTİRAZ HAKEM KURULU KARARLARINA GÖRE HEKİMİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI UYGULAMASI

A. YARGITAY VE MAHKEME KARARLARI

1. Görev

Y 11. HD, 13.2.2017 T., 2017/270 E. ve 2017/765 K. sayılı kararına konu davada ...10. Tüketici Mahkemesi'nce verilen 13.06.2016 tarih ve 2016/626 E. ve 2016/628 K. sayılı karar ile yerel mahkeme, davalı ile davanın ihbarı istenen hekim 3. kişi... arasında 11.08.2015 - 11.08.2016 tarihleri arasında geçerli olarak Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesi yapıldığı, Sigorta Hukukunun ise 6102 sayılı TTK'nın 1401 vd. maddelerinde düzenlendiği, TTK'nın 4. maddesi uyarınca bu kanundan doğan hususların ticari dava sayılacağı, poliçenin niteliği dikkate alındığında, zorunlu poliçe olması sebebiyle 6502 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan sigorta kapsamı dahilinde değerlendirilemeyeceği, ayrıca davalı ile davacı arasında vekâlet ilişkisi bulunmadığından davalının sorumluluğunun sigorta hukukundan kaynaklandığı, Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Karar temyiz edilmiş-

⁴⁶ Hekim sorumluluğu sigortası tam anlamıyla geçmişe etkili sigorta oluşturmaz. Geçmişe etkili sigorta, rizikonun sigorta sözleşmesi öncesinde meydana geldiği (ancak tarafların bu durumu bilmedikleri) hallerde söz konusu olur. Oysa hekim sorumluluğu sigortasında riziko, Genel Şartların B.1 maddesi uyarınca tazminat talebinin ileri sürüldüğü anda gerçekleşmektedir. Bu an ise (sözleşme yapıldıktan sonra) sigorta süresi içinde yer almak zorundadır. Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 11.

⁴⁷ Mesleğin icra edilmesine son verilmesi halinde, sadece son sigorta dönemini değil, geçmişe etki tarihine kadarki bütün süreyi kapsayan iki yıllık bir "ek" koruma daha uygun düşerdi. Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 10.

tır. Yargıtay temyiz itirazların reddine ve hükmün onanmasına oyçokluğuyla karar verilmiştir.⁴⁸

Y 11. HD, 5.12.2016 T., 2016/13640 E. ve 2016/9304 K. sayılı kararına konu davada: Yerel mahkemece, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girdiği,

⁴⁸ Karşı Oy: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/k maddesinde Tüketicinin "Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi"yi ifade ettiği, Kanun'un 3/1 maddesinde Tüketici İşlemini "mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil 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, vekalet bankacılık ve benzeri sözleşmelerde dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi" olarak tanımlandığı, Kanun'un 73/1 maddesinde "Tüketici İşlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyumsuzluklara dair davalarda Tüketici Mahkemelerinin görevli" olduğu, Kanun'un 83/2 maddesinde de "taarlardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanun'un görev ve yetkiye dair hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği" düzenlenmiştir. Somut uyumsuzlukta, davalıya Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesi kapsamında sigortalı bulunan dava dışı doktorun, gerekli dikkat ve özeni göstermemesi sebebiyle davacıların çocuğunun özürlü olarak doğmasında kusurlu olduğu gerekçesiyle davalı ... şirketinden tazminat talep edilmektedir. Dava dışı doktorun vekalet akdi kapsamında davacılar sunduğu tıbbi hizmetin sorumluluğunun davalı ... şirketince sigorta poliçesi ile üstlenilmesi karşısında davacılar 6502 sayılı Kanun'un 3/k maddesinde ifade edilen "tüketici", davalı ... şirketince düzenlenen sigorta poliçesi ise Kanun'un 3/L maddesinde ifade edilen "tüketici işlemi" olup Kanun'un 73/1 maddesi açık hükmüne göre uyumsuzlukta Tüketici Mahkemeleri görevlidir. Sigorta Hukuku, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 6. kitabında 1401 - 1520 maddelerinde düzenlenmiş, Kanun'un 4/1-a maddesi gereğince sigorta uyumsuzluklarından doğan davalar - ticari dava sayılmış, Kanun'un 5. maddesinde de Asliye Ticaret Mahkemeleri görevli kılınmış ise de, daha sonra 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanun'un 3/k, L ve 73/1 maddesiyle 6502 sayılı Kanun kapsamında kalan sigorta uyumsuzlukları yönünden göreve dair 6102 Sayılı Kanun hükümleri ilga edilmiş, 28.05.2014 tarihinden itibaren bütün uyumsuzluklarda Tüketici Mahkemeleri görevli kabul edilmiştir. Kaldı ki 6502 sayılı Kanun'un 83/2 maddesi açık hükmü de uyumsuzlukta Tüketici Mahkemesi'nin görevli olduğu hususunu tereddüde yer bırakmayacak şekilde vurgulamaktadır. "Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, örneğin TTK da düzenlenen taşıma veya sigorta sözleşmelerinde taraflardan biri tüketici ise artık davaya konu işlem tüketici işlemi sayılacağından 6502 sayılı Kanun uygulanacak ve görevi hususunda buna göre belirlenecektir. (Milli şerh (National Commentary) Aristo Yayınları s. 1280). Açıklanan nedenlerle, somut uyumsuzlukta Tüketici Mahkemesi görevli bulunduğundan, yerel mahkeme kararının bozulması gerekirken, 6502 sayılı Kanun'un 3/k,L,73/1 ve 83/2 maddelerinin göz ardı edilmesi suretiyle kararın onanmasına dair sayın çoğunluk görüşüne karşıyım". www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25/08/2019).

Kanunun 3/1-L bendine göre “...sigorta...”⁴⁹ işinin bir tüketici işlemi olduğu belirtilerek davaya konu olayda tüketici mahkemesinin görevli ve yetkili olduğu gerekçesiyle mahkemenin görevsizliğine, davanın görev sebebiyle dava şartı yokluğundan HMK 114/1-c, 115/2’ ye göre usulden reddine karar verilmiştir.

Kararın temyizi üzerine Yargıtay somut ihtilafa konu tazminat davasının, 6102 sayılı TTK’nın 1401 vd. maddelerinde düzenlenen sigorta sözleşmelerinden doğan riziko tazminatı alacağına dair olduğu, davalı ...şirketinin sorumluluğu anılan Kanun’un 1473. maddelerinden kaynaklandığı ve ihtilafın TTK hükümleri uygulanmak suretiyle çözülecek olması sebebiyle davaya bakma görevinin Asliye Ticaret Mahkemesi’ne ait olduğu gerekçesiyle, davanın görev yönünden usulden reddine dair yerel mahkeme kararının oyçokluğuyla bozulmasına karar vermiştir.⁵⁰

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 19. HD, 16.02.2018 T., 2018/206 E. ve 2018/228 K. sayılı kararı Kocaeli 2. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin

21.11.2017 T., 2017/509 E. ve 2017/464 K. sayılı kararına konu olayda istinaf yoluna başvurulması üzerine verilmiştir. Yerel mahkeme, davacı ...’ın ikinci hamilelik döneminde 2015 yılında davalı ...’ye aitHastanesine başvurduğu ve doğuma kadar olan dönemde tüm kontrol ve muayeneleri diğer davalı uzman hekim tarafından yapıldığı, 2016 yılında doğan çocuğun down sendromlu olması sebebi ile hamilelik dönemindeki testlerin tam yapılmadığı bu konuda kendilerinin uyarılmadığı, doktorun burada ihmalinin bulunduğu iddiasıyla davalılara karşı maddi ve manevi tazminat davası açtığı, davacıların burada tacir olmayıp tüketici konumunda bulundukları, davacı taraf bu davada’ün diğer davalı Sigorta Şirketi ile yapmış olduğu tamamlayıcı hekim sorumluluk sigortası kapsamında sigorta şirketine dava açması sebebi ile ve sigorta hukukunun TTK’nın da düzenlen-

⁴⁹ 6502 sayılı Kanun m. 3/1: Bu Kanunun uygulanmasında, “1) 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 ifade eder.”

⁵⁰ www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

mesi sebebiyle Ticaret Mahkemesinin görevli olduğunu iddia etmiş ise de 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1 maddesinde sigorta işlemlerinde de tarafların tüketici olması halinde tüketici işlemi olduğu belirtildiğinden, bu davada sırf davalılardan bir tanesinin sigortalı olması sebebi ile Ticaret Mahkemesinde görülmesinin gerekmeyeceği, somut olayın tipik bir tüketici işleminden kaynaklandığından davaya bakma görevi 6502 sayılı tüketicinin korunması hakkındaki Kanun'un 3/1 maddesi gereği Tüketici Mahkemesi'ne ait olup mahkemenin görevli bulunmadığına, görev hususunun bir dava şartı olup yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiğine, dosyanın görevli Kocaeli Nöbetçi Tüketici Mahkemesi'ne gönderilmesine dair görevsizlik karar vermiştir.

Davacılar mahkemece verilen görevsizlik kararının doğru olmadığını, görevli mahkemenin Ticaret Mahkemeleri olduğu gerekçeleriyle istinaf talebinde bulunmuşlardır.

BAM kararına göre, "davacı ile davalılar arasındaki ilişki vekâlet akti niteliğindedir. Vekâlet akti ise 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. Dava 08.05.2017 tarihinde açılmıştır. 6502 sayılı Tüketici Kanunu'nun geçici 1. maddesinde "Bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemede görülmeye devam eder" şeklindeki açık düzenleme ile yürürlüğe girmeden önce açılan davalar yönünden görevsizlik kararı verilemeyeceğinin belirtilmiştir. Kanun'un yürürlük tarihinin 28.05.2014 olması sebebiyle dava açıldığı tarihte 6502 sayılı Kanun yürürlükte olup 3. maddesinin I bendinde de tüketici işleminin tanımı yapılmış gerçek ve tüzel kişi tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, vekâlet, simsarlık, sigorta, bankacılık vb. sözleşmelerde tüketici kapsamına alınmıştır. Ticaret Mahkemelerinin görevi 6102 sayılı TTK'nın 4 ve 5. maddelerinde düzenlendiği, davacıların tacir olmadığı, buna göre; davanın nispi ticari dava olmadığı anlaşıldığından ayrıca taraflar arasında tüketici işlemi bulunduğundan iş bu davada görevli mahkeme, tüketici mahkemesidir. Taraflar arasında tespit edilen uyuşmazlık konusu dava tarihi ve 6502 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi nazara alındığında tüketici işlemi olduğundan ve tüketici Mahkeme'lerinin görevine girmesi sebebiyle mahkemenin Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğu yönündeki kararı yerindedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kal-

dığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. İstinaf sebepleri ve dosya kapsamında yapılan incelemede verilen karar ve gerekçesi göz önüne alındığında ilk derece mahkemesinin kararı usul ve kanuna uygun olduğundan davacıların istinaf talepleri yerinde görülmemiştir denilerek istinaf kanun yolu başvurunun esastan reddine oy birliği ile kesin olarak karar verilmiştir.⁵¹

Kararlardan da görüleceği üzere bir kısım kararlarda davaya bakmaya görevli mahkemenin “Asliye Ticaret Mahkemesi” olduğuna, bir kısım kararlarda ise davanın tüketici işlemi olması sebebiyle “Tüketici Mahkemesi”nde görülmesi gerektiğine karar verilmiştir. 7155 sayılı “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun”un 20. maddesi ile 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 5 inci maddesinden sonra gelmek üzere 5/A maddesi eklenmesi⁵² ile konu daha da önem kazanmıştır. Dava şartı olarak arabuluculuk başlıklı 5/A maddesine göre: “1) Bu Kanunun 4’üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. 2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirdiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir”. Bu durumda sigorta ile ilgili açılacak davaların bir de arabuluculuk şartına tabi olup olmadığı önem kazanmaktadır.

TTK’nın 4. maddesinde: “Türk Ticaret Kanunu’nda veya özel kanunlarda ticari dava oldukları açıkça düzenlenen veya Ticaret Mahkeme’lerinde görülecekleri açıkça belirtilen davalar mutlak ticari davalardır” denilmiş ve bu davaları bakmakla görevli mahkemenin Asliye Ticaret Mahkemesi olduğu düzenlenmiştir.

TTK 4. madde ile sigorta hukuku da TTK’da düzenlendiği için bu sözleşmelerden doğan davalar ticari dava olarak nitelendirilir. Buna karşın 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un

⁵¹ <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019).

⁵² RG: 19.12.2018 T. ve 30630 S.

(TKHK)⁵³ 3. maddesinde 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 işlem” olarak tanımlanmıştır. 6502 sayılı Kanun’un 3/k maddesi ile de “tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak ifade edilmiş ve aynı Kanun’un 73/1. maddesi ile de “Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici Mahkeme’lerinin görevli olduğu” düzenlenmiştir. Hem önceki kanun ve sonraki kanun değerlendirmesi hem de özel, genel Kanun değerlendirilmesi yapıldığında TKHK, TTK’ya göre daha özel bir kanun olarak değerlendirilmelidir. Nitekim THKK’da tanımlanan tüketici işlem kavramı da bunu desteklemektedir.

Ayrıca TKHK’nın 83/2. maddesinde açıkça “Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.” hükmü de yer almaktadır. Bu durumda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. İlk olarak sigortacıya karşı dava açan sigortalı “ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmiyorsa” bu kişi tüketici olarak kabul edilir⁵⁴. Diğer yandan sigorta şirketine karşı dava açan kimse “ticari veya mesleki amaçlarla hareket ediyorsa” ticari bir dava söz konusu olacak ve dava ticaret mahkemesinde görülecektir. Bu durumda zorunlu arabuluculuk söz konusu olacaktır⁵⁵.

⁵³ 7.11.2013 tarih ve 6502 sayılı Kanun 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

⁵⁴ 11. HD’nin 21.05.2018 tarih ve 2016-15082/3733 sayılı kararı “...Dava, bireysel emeklilik sigorta sözleşmesine istinaden yapılan kesintilerin iadesi istemine ilişkindir. Dava tarihi olan 06.02.2015 tarihinde yürürlükte bulunan 6502 sayılı [TKHK]’nın 3/1-k maddesinde tüketicinin, 3/1-l maddesinde ise, tüketici işleminin ifade edeceği düzenlenmiş, aynı Kanun’un 73/1 ...hüküm altına alınmıştır. ...Buna göre, mahkemece, tüketici konumundaki davacı tarafından açılan ve 6502 sayılı Kanun kapsamında olan sigorta sözleşmesinden kaynaklanan işlemlerin de tüketici işlemi ve anılan sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıkların çözüm yerinin tüketici mahkemeleri olduğu nazara alınarak 6100 sayılı HMK’nın 115/2 maddesi gereğince davanın usulden reddine karar verilmesi gerekir...”, www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 19.08.2020.

⁵⁵ 11. HD’nin 16.04.2018 tarih ve 2017- 1010/2784 sayılı kararı “...Mahkemece, tüm

“Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”⁵⁶ 59 uncu maddesi ile TKHK’ya 73/A maddesi eklenmiştir. Bu yeni maddeyle tüketici davaları açısından zorunlu dava şartı olarak arabuluculuk getirilmiştir. TKHK 73/A maddesine göre “Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz:

- a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar
- b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar
- c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar⁵⁷
- ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar⁵⁸

dosya kapsamına göre, davacının doğumunu yaptıran ve hamileliğini takip eden doktorun, davalıya Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesi ile sigortalandığı, zarara neden olduğu iddia edilen doktorun mesleki faaliyeti nedeni ile sigorta yaptırdığı, tüketici olmadığı, davacılar ile davalı arasında yapılmış bir sözleşmenin de bulunmadığı, davada [TTK’nın] sigorta hukukuna ilişkin maddelerinin uygulanması gerektiği gerekçesiyle, davanın usulden reddine, yasal sürede talep hâlinde ... Asliye Ticaret Mahkemesi’ne gönderilmesine karar verilmesi yerindedir...” . www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 19.08.2020.

⁵⁶ 22.7.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanun, 28.07.2020 tarih ve 31199 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵⁷ TKHK m. 73/6: Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilir.

⁵⁸ TKHK m. 74: (1) Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri dava açabilir. (2) Satışa sunulan seri malın ayıplı olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi hâlinde, mahkeme ayıbın niteliğine göre malın satışını geçici olarak durdurma veya ayıplı giderme kararları verebilir. Üretici veya ithalatçı mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren en geç üç ay içinde malın ayıbını ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Malın ayıbının ortadan kalkmasının imkânsız olması hâlinde mal, üretici veya ithalatçı tarafından toplanır veya toplattırılır. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir. İmha edilen malla ilgili tüketicinin dava ve tazminat hakları saklıdır. (3) Satışa sunulan bir seri malın, tüketicinin güvenliğini tehlikeye sokan bir ayıp taşıması durumunda Ürünle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri saklıdır.

- d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar”

HUAK’ın 18/A-11 maddesi tüketici aleyhine uygulanmaz⁵⁹.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez. Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir.

Bu durumda bir tüketici işlemi olarak kabul edilen sigorta sözleşmesinden kaynaklanan davalar için TKHK m. 73/1 “Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir” hükmü gereğince tüketici mahkemeleri görevli olacaktır. Bu tür davalar bakımından da TKHK’ya eklenen 73/A maddesinde tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır hükmü getirildiğinden, bu hüküm uyarınca dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulacaktır.

Bu durumda TTK düzenlemesi ile TKHK’nın düzenlemesi çatışmaktadır. TKHK’nın TBMM tarafından 7.11.2013 tarihinde kabul edildiği, 28.11.2013 tarihli RG’de yayımlandığı göz önünde bulundurulduğunda 6502 sayılı Kanun’un 3/L ve 73/1 hükümleri ile TTK m. 4 hükmünün zımnen ilga edildiğini, tüketiciler açısından sigorta sözleşmesine konu davaların artık ticari bir dava olmaktan çıkarıldığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle görevli mahkemeler Tüketici Mahkemeleri olup, ticari dava olmadığından arabuluculuk şartına da tabi olmadığı görülmektedir.⁶⁰

⁵⁹ HUAK m. 18/A-11: Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.

⁶⁰ TKHK’da yer alan hükümlerin uygulanmasını, bu kanunda bu amaçla oluşt-

Ancak sigorta sözleşmesi yaptıran tüketici konumundaki sigortalılara karşın zorunlu hekim mali sigortası yaptırmakla mükellef olanlar, 6502 sayılı Kanun'un 3/k maddesinde "*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" ifadesi ile tanımlanmış olan tüketici kişilerden değildirler, TKHK'ya göre tüketici sayılmazlar. Çünkü mesleki amaçlarla bu sigortayı yaptıran kişi konumundadırlar. Dolayısıyla bu sigorta kapsamında açılacak davalar yine Asliye Ticaret mahkemesi görev alanındadır. Dava üçüncü kişiler tarafından da açılabilmesine göre kanuni halef⁶¹ konumundaki üçüncü kişilerin açacakları davaların da Asliye Ticaret Mahkemesi'nde dava açması gerekmektedir.

2. Husumet

İstanbul 14. Asliye Ticaret Mahkemesi 19.02.2019 T., 2017/634 E. ve 2019/154 K. sayılı kararında yerel mahkemece, Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı Op. Dr ...'nın hekim mesleki sorumluluk sigorta poliçesi hangi sigorta şirketi tarafından düzenlendiğinin Sağlık Bakanlığı Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nden sorulması üzerine,

Sağlık Bakanlığı Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 11.01.2017 postalanma tarihli cevabi yazısında Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı Op. Dr ...'nın zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigorta poliçesinin ...Sigorta tarafından sigortalandığı bildirilmiştir.

Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi, ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu konuda Anayasa m. 40/III, m. 129/V, 657 sayılı Kanun m. 13 (ve HGK 2011/4-592 E., 2012/25 K.) emredici hükümler içermektedir. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalış-

ruşmuş özel yargı organlarına değil, ticaret Mahkeme'lerine bırakmak makul bir çözüm sayılamaz. Bu noktada, tüketicilerin tarafı olduğu sigorta uyumazlıkları karara bağlanırken hem tüketici hukukunda uzman olan yargıçlara hem de sigorta hukukunda uzmanlığa sahip yargıçlara gereksinim olduğunu belirtmemiz gerekir. Bu bakımdan en doğru çözüm, tüketicilerin tarafı olduğu sigorta uyumazlıklarının, sigorta sözleşmesi hukukunda da uzmanlaşmış tüketici Mahkeme'lerinde karara bağlanmasıdır. Samim Ünan, Sigorta Tüketici Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 156.

⁶¹ Haluk N. Nomer, "Halefiyet İle Rücu arasındaki İlişki Özellikle Sosyal Sigortalar İle Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü", *İHFM*, Y. 1997, C. LV, S. 3, s. 247.

makta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. Diğer yandan Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri açısından bakıldığında da; bu şekilde düzenlemenin mevzuatta yer almış olması zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminattır. Davaya konu edilen olayda; davalı bakanlık bünyesinde doktor olarak çalışan ve kamu görevlisi olan davalının, yanlış teşhis ve tedavi uyguladığı, Down sendromu tespiti için belirleyici testleri yaptırmadığı veya testin sonucuna göre aileyi bilgilendirmediğini, bu nedenle çocuğun ömür boyu malul olması nedeniyle söz konusu olan iş güncü kaybı ve ağır engelli olmasına binaen daimi surette bakıcıya muhtaç olması sebebiyet vererek görevi sırasında ve görevinden dolayı davacıyı zarara uğrattığı ileri sürülmektedir. Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13/1. maddesi gereğince; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunda gösterilen koşullara uygun olarak, idare aleyhine veya zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigortası aleyhinde açılabilir. Dava ise tedaviyi uygulayan hekimin dava dışı Dr. ...olduğu iddiası ile bu doktorun zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigortası olan davalı ...sigorta aleyhinde açılmış olup, mahkemece yapılan araştırma sonucu tedaviyi Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı Op. Dr. ...'nın uyguladığı saptanmış, bu doktorun ise davalı sigortaya zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigortası ile sigortalı olmadığı, dava dışı Anadolu Sigortaya sigortalı olduğu saptanmış olmakla davanın husumetten reddine, İstinaf yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.⁶²

Davanın en son sigorta sözleşmesi yapan sigorta şirketine karşı açılması gerekir. Sigortacının değiştiği durumlarda ise, sigortalının, yeni sigortacıya eski sigorta sırasında gerçekleşmiş (ve henüz tazminat istemine konu olmamış) olayları bildirmesi gerekir. Tazminat talebinin iletilmesinden sonra sigorta şirketinin değiştirilmesi, başka bir sigortacı ile sözleşme yapılması halinde ise, yeni sigorta şirketinin önceki tarihli sözleşme dönemlerinde meydana gelen olaylar hakkında bilgilendirilmiş olması gerekir. Bir diğer ifadeyle yeni sigorta şirketinin geçmişteki talepleri bilerek sözleşme yapmış olması gerekir, aksi takdirde dava pasif husumet yokluğu nedeniyle reddolunacaktır.

⁶² <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019).

Örneğin: Zorunlu hekim sorumluluğu sigortası 2013, 2014 ve 2015 yıllarında sigortacı A'ya, 2016 yılından başlayarak da sigortacı B'ye yaptırılmışsa, 2014 yılında gerçekleşmiş ve gerçekleşme anından itibaren sigortalının bilgisi dahilinde olan bir olayın, TTK 1475/1 uyarınca 2014'de 10 gün içinde sigortacı A'ya, 2016 yılında da sigortacı B ile sözleşme yapılırken TTK 1435 uyarınca B'ye bildirilmesi gerekir.⁶³

Ayrıca sadece doktora değil de doktorla birlikte ya da yalnızca hastaneye karşı dava açılmak istenirse, doktorun bir kamu kuruluşunda mı yoksa özel bir kurumda mı çalışmakta olduğuna göre dava açılacak mahkemenin idare mahkemesi mi, hukuk mahkemesi mi olacağına karar verilecektir.

3. Temyiz Mercii

Y 17. HD, 24/1/2014 T., 2014/13726 E. ve 2014/11093 K. sayılı kararına konu dava sigorta hukukundan kaynaklanan, sorumluluk sigortası (mesleki sorumluluk) türlerinden Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesine dayalı olarak açılan kötü tıbbi uygulama nedeni ile uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Bu karara göre, temyiz inceleme görevi 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 14. maddesi ile Başkanlar Kurulu'nun 24.01.2014 gün 1 sayılı kararı uyarınca Yüksek Yargıtay 11. Hukuk Dairesine aittir.⁶⁴

Karardan da görüldüğü üzere, anılan karar yerel mahkemenin verdiği kararların hangi temyiz merciinde inceleneceğine dair, Yargıtay'ın hangi hukuk dairesinin yetkili olduğuna dair açıklayıcı bir karardır.

4. Aydınlatma Yükümlülüğü

Y 13. HD, 9.4.2014 T., 2013/30822 E. ve 2014/10772 K. sayılı kararı konu davada Davacı, davalı şirkete ait Özel B... Hastanesi'nde burundaki kemik eğriliği sebebiyle tedavi gördüğünü, tedavi sırasında ameliyata alındığını, ameliyat sonrası kontrol amacıyla aynı hastaneye gittiğinde ameliyatı yapan davalı doktor İbrahim'in hastaneden ayrıldığını öğrendiğini, bu kez aynı hastanede başka bir doktorun tedavi-

⁶³ Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 14-15.

⁶⁴ <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019)

siyle ilgilendiğini, yanlış ameliyat neticesinde burnunda kalıcı hasar olduğunu ve düzelme imkanının olmadığını söylediğini, yanlış tedavi nedeniyle çalışmadığını ve büyük üzüntü duyduğunu ileri sürerek, 7.000,00 TL maddi ve 40.000,00 TL manevi tazminatın davalılardan yasal faiziyle tahsilini istemiştir. Mahkemece, alınan adli tıp raporu doğrultusunda, davalılara atfedilecek bir kusur bulunmadığı gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz kararına göre davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Borçlar Kanunu'nun vekâlet akdini düzenleyen 386 vd. (TBK 502 vd.) maddeleri uyarınca, vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (TBK m. 396/1) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de hasta mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nın 394/1. (TBK 510/1.) maddesi hükmü uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.

Önemli bir diğer düzenleme de Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'dir⁶⁵. Bu sözleşmenin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; bu sözleşmenin tarafları, *"tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler."* Sözleşmenin 4. maddesinde ise, *"Meslek Kurallarına Uyuma"* başlığı altında; *"Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."* denilmektedir. Anayasa'mızın 90. maddesi uyarınca, sözleşme, iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Bu durumda, her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olması benimsenmiştir.

Diğer yandan, Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde "Rıza" konusu düzenlenmiş ve *"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilecektir"* düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış Rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 26. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kan-

⁶⁵ "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi" 03.12.2003 T. ve 5013 S. Kanunla onaylanmış, 09.12.2003 T. ve 25311 S. RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

dırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur.

Dosyaya ibraz edilen 06.07.2009 tarihli onam belgesinde davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriği ile anlaşılamamaktadır. Genel ifadelerle yan etki ve komplikasyonlardan haberdar olduğu bildirilmiş, bu tür ameliyatın ne tür komplikasyonlar olduğu izah edilmemiştir. Öte yandan mahkemece aldırılan 03.10.2012 tarihli Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporunda, "... davacının, davalı Özel B... Hastanesi'nde septum deviasyonu tanısı ile SMR ameliyatının yapıldığı, yapılan ameliyat sonrası septum perforasyonu meydana geldiği, meydana gelen perforasyonun bu tip ameliyatlar sırasında meydana gelebilecek komplikasyonlardan olduğu, perforasyonun tespiti halinde hastanın bilgilendirilmesi gerektiği, ancak perforasyonun ne zaman geliştiğinin anlaşılamadığı..." belirtilmiştir. Hükme esas alınan Adli Tıp raporu davalı hekimin kusurlu olup olmadığının tespiti için yeterli değildir. O halde mahkemece, davacının geçirdiği ameliyat konusunda KBB uzmanlarının bulunduğu tıp fakültesinden seçilecek bilirkişi heyetinden davacının burun ameliyatında, davalı hekimin kusurunun bulunup bulunmadığı ve ameliyat sonrası kalıcı araz bulunup bulunmadığının, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak sonucuna göre bir karar vermelidir. Davacıda oluşan perforasyonun komplikasyon olduğunun belirlenmesi halinde aydınlatmanın yeterli olmadığı gözetilmeli ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirir. Bu nedenle kararın davacı yararına bozulmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.⁶⁶

⁶⁶ www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

Yargıtay'ın, aydınlatma yükümlülüğünün⁶⁷ yerine getirilmemesi nedeniyle hekimleri tazminata mahkûm ettiği birçok kararı bulunmaktadır. Hatta davanın hekim kusuruna yönelik olarak açılmasına ve hekimin hiçbir kusurunun bulunmadığının belirlenmesine rağmen, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali tazminatın esas nedeni olarak kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında basit ve matbu yazılı rıza formu yeterli görülmemiştir. Hekimin hastasından yazılı rıza alması, ancak aydınlatmayı sözlü olarak yapması geçerli olarak kabul edilmemiş ve yazılı olmadığı için aydınlatmanın yapılmadığı kabul edilmiştir. Bu suretle bir yandan aydınlatmayı ispat yükümlülüğü hekime yüklenmiş ve ayrıca rıza formunun aydınlatma anlamı taşımadığı da öğretilde savunulan görüşlere paralel olarak kabul edilmiştir⁶⁸.

Geçerli bir rızadan bahsedilebilmesi için temel kriter; hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesidir. Nitekim rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi, etkilerini ve sonuçlarını bilmesi ve bu konuda yeteri kadar aydınlatılması gerekir. Aydınlatma yükümlüsü hekimdir. Bu hekim tedaviyi uygulayan hekim olmalıdır. Aydınlatma için hastanın hekimden talepte bulunmasına da gerek yoktur. Aydınlatma ile, hastaya muayene, tetkik ve tahliller neticesinde konulan tanı ve uygulanması düşünülen tıbbi girişimler ve var olan diğer tedavi yöntemleri hakkında bilgi verilmelidir. Bu noktada hekime düşen; tıbbi girişim ile ilgili olarak, girişimin türü, şekli, kapsamı, kesin sonuç verip vermeyeceği, muhtemel komplikasyonları içeren bilgileri hastaya vermektir.

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının Aydınlatılmış Onam başlıklı 26. maddesine göre; Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı risk-

⁶⁷ Rıza/Çağlar/Özdamar, s. 106.

⁶⁸ Her türlü tıbbi girişimden önce, hastanın rızasının alınması, kendi bedeni üzerinde kişilik hakkına sahip olan kişinin bu hakkına saygı gösterilmesinin sonucudur. Bu nedenle sağlık hizmeti almak üzere sağlık kuruluşuna başvuran her kişi, kendi beden ve ruhsal bütünlüğüne karşı girişilen her türlü girişimle ilgili bilgi alma hakkına sahiptir. İşte burada dikkat çekilen husus, hastanın kendisine uygulanması düşünülen tıbbi girişim için serbestçe karar verebilecek durumda olması gerekecektir. Bu durumun sağlanması ise hekim tarafından aydınlatmanın yeterliliğine bağlıdır. Hastanın aydınlatılması, kendi geleceği ile ilgili karar verme hakkının sağlanmasına hizmet edecektir. Yördem, s. 543.

ler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Aydınlatma yükümlülüğü hekime aittir. Bu hekim tedaviyi uygulayan müdahaleyi yapan hekimdir. Yükümlülüğün hekime ait oluşu aydınlatma konusunda ispat külfetini de hekime yüklemektedir.

Y 13. HD, 16.1.2014 T., 2013/17487 E. ve 2014/794 K. sayılı kararında ise Davacı, 14.07.2009 tarihinde düşme sonucu bilinci kapalı vaziyette davalı hastaneye müracaat edildiğini, yoğun bakım sonrası iki kez ameliyat edilerek platin takıldıktan sonra taburcu olduğunu, ancak ağrıları artınca başka bir hastaneye müracaat ettiğini ve U.Ü. Tıp Fakültesine sevk edilerek takılan tüm platinlerin söküldüğünü ileri sürerek, davalının kusuru nedeni ile maddi ve manevi tazminata karar verilmesini istemiştir. Davalı, davacının tedavisinde ve ameliyatında yapılması gereken her türlü tıbbi işlem ve müdahalenin yapıldığını, hiçbir kusurun bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıyay'a göre, Borçlar Kanunu'nun vekâlet akdini düzenleyen 386 ve devamı maddeleri uyarınca davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurunda bile sorumludur. (BK. m. 321/1) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm Şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak,

uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmak ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nın 394/1. maddesi hükmü uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır. Bu açıklamalar gözetildiğinde, hastanın salt ameliyata rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır" düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Yukarıda izah edilen açıklamalar ışığında somut olaya bakılacak olursa; davacının davalı hastanedeki ameliyat sonrası bir dizi tedavi ve müdahalelere maruz kaldığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması usul ve kanuna aykırı olup, kararın davacı yararına Bozulmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.⁶⁹

⁶⁹ www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

Y 13. HD, 11.04.2013 T. 2013/2273 E. ve 2013/9491 K. sayılı kararda; “...Tıbbi hata olmayıp komplikasyon olduğu sonucuna varılırsa aydınlatılmış onamda ispat külfetinin davalılarda olduğu gözetilerek davalıların sorumlu olduğu kabul edilmeli ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir” şeklinde karar verilmiştir. Tüm bu kararlar sonucunda denilebilir ki, aydınlatma yükümlülüğünün artık sadece öğretide savunulmakla kalmadığı ve uygulamada da gün gittikçe sağlam bir yer edindiği görülmektedir. Bu ve benzeri kararlara rağmen, hekimlerin aydınlatma konusunda eksiklik göstermesi durumunda gittikçe daha fazla sayıda dava açılacaktır.⁷⁰

5. Sigortanın Kapsamı

Y 11. HD, 08/07/2019 T., 2019/2062 E. ve 2019/5048 K. sayılı kararı na konu davada Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyeti’nce⁷¹ verilen 17/02/2018 T., ve 2018/İHK-11136 sayılı kararda Uyuşmazlık Hakem Heyetince; İdare tarafından davacı/sigortalıya yapılan ihbarın Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda yer alan tazminat talebini içermediği, dolayısıyla rizikonun gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. İtiraz hakem heyeti kararında; davalının ihbar sırasında oluşan rizikonun sorumlu olduğu, Aydın 2. İdare Mahkemesi’nce idare aleyhine verilen karardaki açıklamalar yeterli olduğundan dosyadan el çekilmesi yönündeki savunmanın yerinde olmadığı, kusur tespiti itirazının dış ilişki açısından önemli olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile 53.090,00 TL’nin 27.10.2017 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Davalı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla, saklanmak üzere tevdi edildiği İstanbul Anadolu 10. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından temyiz incelemesi yapılmak üzere Yargıtay’a gönderilmiştir.

Yargıtay’a göre TBK’nın 61. maddesi uyarınca, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdiği veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, sorumlular hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Anayasa’nın 40/3 maddesine göre kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlem-

⁷⁰ Yördem, s. 544.

⁷¹ Rıza/Çağlar/Özdamar, s. 116 vd.

ler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır. Aynı zamanda Anayasa'nın 129/5 maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve Kanun'un gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin birlikte zarara sebebiyet verdiği ya da zarardan çeşitli sebeplerden dolayı birlikte sorumlu olduğu durumlarda Anayasa'nın amir hükmü gereği sadece devlet aleyhine dava açılabilir. Bu dava sonucunda idare tazminat ödemeye mahkûm edilir ise, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. madde 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca, idarenin genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı bulunmaktadır. Zarar birden çok kamu görevlisinin kişisel kusuruna dayanmakta ise, idare her kamu görevlisine sadece kendi kusuru oranında rücu edecektir (B. Akyılmaz, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, Fikret Eren'e Armağan 2006, s.1057). Nitekim, devletin zarar görene ödediği tazminat için, zarara sebep olan kamu görevlisine genel ilkelere göre kusur oranında rücu edebileceği doktrinde de ifade edilmektedir. Somut olayda; davacının kamu hastanesinde doktor olarak görev yaptığı esnada görevli dava dışı doktor ile uyguladıkları tetkik ve tedavi neticesinde Raziye Pınar'ın taksirle ölümüne sebebiyet verdikleri Kuşadası 1. Asliye Ceza Mahkemesi 2011/563 Esas, 2013/406 Karar sayılı dosyasında alınan 19.09.2012 tarihli Adli Tıp Kurumu raporundan anlaşılmaktadır. Müteveffanın yakınlarının Sağlık Bakanlığı aleyhine açtığı tam yargı davasında Aydın 2. İdare Mahkemesi 2016/463 Esas, 2017/798 Karar sayılı ilamı ile 80.000 TL manevi tazminatın davacılara ödenmesine karar vermiştir. Sağlık Bakanlığı bu ilam üzerine ölenin yakınlarına yaptığı ödemenin 1/2'sini tedaviyi gerçekleştiren iki doktordan biri olduğu gerekçesiyle davacıdan talep etmiş, davacı/sigortalı ödenen miktardan kendisine düşen 53.090 TL'yi dava dışı Bakanlığa ödemiştir. İşbu davada davacı/sigortalı idareye ödediği miktarı sigortacıdan talep etmiştir. Ancak, yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, İdare, sadece kusuru oranında kamu görevlisi doktora rücu edebilecek olup, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ile 3. kişilerden gelecek tazminat taleplerine karşı doktoru sigorta örtüsü altına alan sigortacı da, ancak sigortalı doktorun kusuru oranında teminat sağlayacaktır. Hal böyle olunca,

davalı sigortacının, sigortalı doktorun kusuru oranında zarardan sorumlu olacağına ilişkin savunmasına itibar edilerek, sigortalı doktorun zarara sebep olan tıbbi uygulamasındaki kusur oranını denetime elverişli şekilde belirleyen bilirkişi raporu alınarak, İdare Mahkemesi ilamı uyarınca ölenin yakınlarına ödenen tazminattan doktorun kusur oranına isabet eden miktarda sigorta şirketinin sorumlu tutulması gerekirken, yazılı şekilde sigortalı doktor tarafından idareye yapılan rücu ödemesinin tamamından davalının sorumlu tutulması isabetli olmamış, kararın davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir.⁷²

Y 11. HD, 13.1.2016 T., E. 2015/14376 ve K. 2016/249 sayılı kararına göre: Taraflar arasında görülen davadaMahkemesi'nce verilen 03.12.2014 tarih ve 2014/1117-2014/613 sayılı kararı temyiz edilmiştir. Davacı vekili, müvekkilinin pratisyen hekim olup, davalı şirket nezdinde bulunduğunu, 18/04/2010 - 19/04/2010 tarihleri arasında görev yaptığı hastanede tedavi gören bir hastanın ölümüne sebep olmaktan hakkında dava açıldığını ve beraatına karar verildiğini, işbu davada vekil olarak kendisi tarafından savunma yapıldığını ve 7.000,00 TL vekâlet ücreti alındığını, söz konusu ücretin davalıdan talep edilmesine rağmen davalı tarafından ödeme yapılmadığını oysa, vekâlet ücretinin poliçede istisna olarak sayılan para cezası ya da cezai şart niteliğinde bulunmadığını, her ne kadar poliçede vekâlet ücretinin ödeneceği açıkça yer almasa da istisna olarak da sayılmadığından poliçe kapsamında olduğunun kabulü ile ödeme yapılması gerektiğini, aslında bu hususun davalının da kabulünde olduğunu zira, resmi internet sitesinde avukatlık ücretlerinin sigorta kapsamında olduğunun açıkça ve koşulsuz olarak belirtildiğini, bilgilendirme formunda da yargılama giderleri ve mahkeme masraflarının teminat kapsamında olduğunun açıkça düzenlendiğini ileri sürerek, 7.000,00 TL'nin davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının talebinin Hukuksal Koruma Sigortası'nın teminatı olup, dava konusu poliçede böyle bir teminat bulunmadığını, poliçede sigortanın kapsamının belirtildiğini, davacıya karşı tazminat talepli açılmış bir dava olsa ve kabul edilse bu taleple bağlantılı yargılama giderlerinin davacıya ödenebileceğini oysa, böyle bir durumun

⁷² <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019).

söz konusu olmayıp, talebin poliçe kapsamında bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece dava konusu sigorta poliçesinin davacının görevi ile ilgili olarak tıbbi kötü uygulamaları nedeniyle 3. kişilere verdiği zararları koruduğu ve sadece davacı tarafından 3. kişilere verilen zararların teminat altına alındığı, davacının kendisi tarafından ve kendisinin vekili olarak görev yapan avukatına ödediği vekâlet ücretinin sigorta teminatı dahilinde olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve kanuna aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına, oybirliğiyle karar verilmiştir.⁷³

İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin, 28.05.2019 T., 2017/125 E. ve 2019/358 K.'na göre: Açılan dava, maddi ve manevi tazminat davasıdır. Davalı ... tarafından ihbar olunan Dr.... adına 20/02/2016-2017 vadeli zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigorta poliçesi düzenlendiği, 13/06/2012 tarihinde gerçekleşen doğum olayının poliçe hükümlerine göre teminat kapsamında bulunduğu, sigorta poliçesinin sorumluluk poliçesi niteliği taşıdığı, bu nedenle öncelikle irdelenmesi gereken konunun zarara neden olduğu iddia edilen ihbar olunan Dr... 'ın zararın oluşumunda etkili eyleminin olup olmadığı, mesleki hatasının yani kadın doğum uzmanı olarak hekim kusur, ihmal veya hatasının bulunup bulunmadığı hususudur. Buna göre seçilen alanında uzman bilirkişi heyetinden alınan kök ve ek raporlarda hamilelik süreci, doğum ve sonrasına ilişkin süreç incelenerek ayrıntılı, açık, somut ve denetime açık şekilde tespit edildiği gibi gebe takibinde herhangi bir risk faktörüne rastlanmadığı, travay takibinin güncel bilimsel verilere uygun olduğu, omuz distosisi olduğu sırada doktorun uygun ve zamanında müdahale ettiği, kısaca zararın oluşumunda hekim kusur ve ihmalinin bulunmadığı dolayısıyla sorumluluk sigorta poliçesine göre davalı sigorta şirketinin sorumluluğunun olmadığı, bu konu somut bir şekilde belirlenmiş olduğundan, çocukta oluşan omuz distosisi rahat-

⁷³ www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

sızlığı nedeniyle pediatrik nöroloji uzmanının bilirkişi heyetine dahil edilerek rapor aldırılmasının gerekmediği çünkü öncelikli incelenmesi gereken konunun doktorun mesleki hatasının zarara sebebiyet verip vermediği olduğu bunun da alınan bilirkişi raporuyla açık ve net bir şekilde belirlenmiş olması nedeniyle yeniden rapor aldırılmadan mevcut kök ve ek raporun hükme esas alındığı⁷⁴, sorumluluk poliçesi kapsamında davalı sigorta şirketi sorumlu olmadığından açılan davanın reddine karar vermek gerektiği anlaşılarak, 2 hafta içinde İstinaf kanun yolu açık olmak üzere Davanın reddine karar verilmiştir.⁷⁵

6. Geçmişe Etkili Sigorta

Y 11. HD, 12.6.2017 T., 2016/4503 E. ve 2017/3591 K. sayılı kararına konu davada, 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 20.10.2015 tarih ve 2015/162-2015/772 Sayılı karara göre mahkeme; TTK'nın 1458'nci maddesi uyarınca geçmişe etkili sigorta yaptırılabilmesi, bu nedenle dava konusu sigorta poliçesinin geçerli olduğu ancak, aynı madde uyarınca; gerçekleşmiş riziko nedeniyle geçmişe etkili sigorta sözleşmesi yapılmasının yasaklandığı ve geçersiz kılındığı, davacı-

⁷⁴ Bilirkişi heyetinin dosyaya sunduğu 11.12.2017 tarihli raporda "Davacılar tarafından tazminat talebine dayanak gösterilen olayda, doğumu gerçekleştiren Açıklan, Davacı ...'ın gebe takibine dahil olduğu süreç ve herhangi bir risk faktörü tespit edilmediği travay takibi güncel bilimsel verilere uygun olarak ilerlediği, omuz distosisi olduğu sırada doktorun uygun ve zamanında müdahalesi olduğu, Bebeğin doğumunu gerçekleştiren sigortalı hekimin güncel tıbbi müdahaleleri yerinde ve zamanında uyguladığı, özensiz ve yetersiz müdahalede bulunulmadığı, kusursuz görüldüğü, Davalı sigorta şirketi tarafından Dr. ... ile ilgili 20.02.2016-2017 vadeli... numaralı Zorunlu Hekim Mesleki Sorumluluk Sigorta Poliçesi düzenlendiği, sigorta şirketinin poliçe gereğince sorumluluğunun, sigortalı hekimin sorumluluğu ön şartına bağlı olduğu, olayda doğumu gerçekleştiren sigortalı hekim Dr....'ın zarara sebep olacak herhangi bir kusuru ya da ihmalinin bulunmadığı, dolayısıyla hekimin kusur sorumluluğunu sigorta eden sigorta şirketi yönünden de sorumluluğun doğmayacağı görüşü bildirilmiştir. Davacı tarafın itirazlarının değerlendirilmesi için bilirkişi heyetinden alınan 12.11.2018 tarihli ek raporda davacı vekilinin kök rapora itiraz dilekçesinde cevaplanmasını istediği soruların yanıtları ek rapor içeriğinde verilmiş olup, olayda, doğumu gerçekleştiren Dr. ...'ın, Davacı ...'ın gebe takibine dahil olduğu süreç ve öncesinde herhangi bir risk faktörü tespit edilmediği, travay takibi güncel bilimsel verilere uygun olarak ilerlediği, omuz distosisi olduğu sırada doktorun uygun ve zamanında müdahalesi olduğu, bebeğin doğumunu gerçekleştiren sigortalı hekimin güncel tıbbi müdahaleleri yerinde ve zamanında uyguladığı, özensiz ve yetersiz müdahalede bulunulmadığı, kusursuz görüldüğü, konusundaki görüşün korunduğu" görüşü bildirilmiştir.

⁷⁵ <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019).

nın polişe düzenlenme tarihinde, tıbbi uygulama nedeni ile aleyhine tazminat davası açıldığından haberdar olduğu, bu haliyle davacının alacak talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararın temyizi üzerine Yargıtay, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.1 maddesi uyarınca, sigortalının kendisinden tazminat talebinde bulunulduğunu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda rizikonun gerçekleşmiş sayılacağı; buna göre, somut uyuşmazlıkta polişe tanzim tarihinden önce aleyhine açılan dava ile davacının rizikodan haberdar olduğunun kabul edildiğinin anlaşıldığı, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanmasına karar verilmiştir.⁷⁶

Sigorta sözleşmesi'nin yapılması ile düzenlenen polişe üzerinde sigorta süresi belirtilir. Bu tarih, sigorta sözleşmesinden doğan edimlerin başlangıç anını ve devamı süresini gösterir. Sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğünün başlangıcı, TTK m. 1421 ile düzenlenmiştir.⁷⁷ Bu madde gereğince, aksine sözleşme yoksa sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksitin ödenmesi ile başlar; kara ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda, sigortacı, sözleşmenin yapılmasıyla sorumlu olur. Ancak bazen, sigorta sözleşmesinin yapılmasından önce meydana gelmiş olabilecek olayların (rizikoların) sigorta korumasından yararlandırılmak istenmesi gündeme gelebilmektedir. Böyle bir isteğin gerçekleştirilmesi, TTK m. 1421 ve TTK m. 1458 hükümleri anlamında mümkündür.⁷⁸ Zira TTK m. 1421 gereğince, aksine sözleşme

⁷⁶ www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

⁷⁷ Sigorta sözleşmesi BK'ya göre, sigorta ettiren veya sigortacı tarafından öneride (icapta) bulunulması ve sözleşmenin karşı tarafının bu öneriyi kabul etmesiyle kurulur. Sigorta sözleşmesinin kurulma anı, sigortanın şekli başlangıç zamanını da tayin eder. Sigorta sözleşmesinin teknik başlangıç zamanı, primin veya ilk taksitin ödenmesi gereken anı ifade etmektedir. Sigortacının rizikoyu taşıma anının başlangıcı ise, sigorta sözleşmesinin maddi başlangıç zamanını göstermektedir ve bu anın başlangıcıyla birlikte, sigorta koruması başlamaktadır. M. Sadık Çapa, "Geçmişe Etkili Sigorta", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s. 343, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_3-4_14.pdf, (Erişim Tarihi: 16.08.2019).

⁷⁸ Geçmişe etkili sigortaya ilişkin TK m. 1458 hükmünün, sorumluluk sigortaları açısından da uygulanabilir. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. A.1'de yer almaktadır. Bu madde gereği, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki

yapılabilmektedir. Dolayısıyla taraflar, primin veya ilk taksitin ödenmesinden önceki ya da sigorta sözleşmesinin yapılmasından önceki bir tarihi sigortacının sorumluluğunun başlangıcı olarak belirleyebileceklerdir. Eğer taraflar, sigorta sözleşmesinin yapılmasından önceki bir tarihi sigortacının sorumluluğunun ve dolayısıyla sigorta korumasının başlangıcı olarak kararlaştırmışlarsa, bu tür durumlarda geçmişe etkili sigorta söz konusu olacaktır.⁷⁹ Yani, geçmişe etkili sigorta, sigorta sözleşmesinin maddi başlangıç zamanının, şekli başlangıç zamanından önceki bir tarihten itibaren başlayacak şekilde akdedilmesidir. Geçmişe etkili sigorta, sigorta korumasının geçmişe etkili olmasına yönelik sigortacı ile sigorta ettiren tarafından kararlaştırılması anında kurulur ve böylece taraflar bu sözleşmeyle sağlanacak sigorta korumasının sözleşmenin kurulmasından önceki bir tarihe teşmil edilmesini, yani geçmişe yönelik etki doğurmasını mümkün kılmaktadırlar.⁸⁰

Geçmişe etkili sigortada sigorta koruması, sözleşmenin kurulmasından önceki bir anı da kapsayarak, sözleşme konusu menfaatin zarara uğramış olabilme ihtimaline karşı güvence sağlamaktadır. Ancak bu amacın gerçekleşip gerçekleşmediği objektif anlamda belirsiz olan riziko için güvence sağlar. Buna karşın rizikonun gerçekleştiği sigorta ettiren ile sigortalı tarafından biliniyorsa TTK m. 1458’de öngörülen bu amaç ortadan kalkar. Geçmişe etkili sigortanın asıl işlevi sigorta sözleşmesinin yapılmasına yönelik talep ile sözleşmenin yapılması arasındaki sürenin sigortalanmasını sağlamaktır.⁸¹

faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine ve bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükümlenilecek faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirlenen limitler dâhilinde teminat sağlar. Dolayısıyla sigorta sözleşmesinin tarafları, sigorta korumasını sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren on yıl geriye götürebilecek şekilde, geçmişe etkili sigorta yapabileceklerdir. Çapa, s. 359.

⁷⁹ Geçmişe etkili sigorta ile sigortacının sözleşme kapsamındaki koruma yükümlülüğü, sözleşmenin maddi başlangıç anıyla sınırlı olmaz ve şekli başlangıç zamanından önceki bir tarihe kadar genişler. Bu tarihi sigortacı ile sigorta ettiren kural olarak serbestçe kararlaştırabilirler. İstisnai olarak, bu tarihin belirlenmesine yönelik irade kısıtlanabilir. Çapa, s. 354.

⁸⁰ Bu açıdan TTK m. 1458 hükmü, sigortanın maddi başlangıç zamanını değiştirmesi sebebiyle TTK m. 1421’de öngörülen kurala istisna teşkil etmektedir. Çapa, s. 343.

⁸¹ TTK’da yer almayan geçici sigorta koruması, sigorta ettirene belli bir zaman dilimine ilişkin geçici bir koruma sağlar. Geçici sigorta koruması, ekonomik, sigorta ve riziko politikasına ilişkin ihtiyaçlardan doğmaktadır. Geçici sigorta korumasında, sigortanın maddi başlangıcı ile şekli başlangıcı aynı zamana denk gelmek-

Geçmişe etkili sigortada rizikonun gerçekleştiği sözleşmenin yapıldığı tarihte biliniyorsa bu sigorta geçersizdir⁸². Örneğin bir doktor kendisine karşı tıbbi kötü uygulamadan dolayı dava açıldığını öğrendikten ya da bir ihtarname ile tazminat talebinde bulunulduktan sonra olayın meydana geldiği tarihi kapsayacak şekilde geçmişe etkili sigorta yaptırır ise bu sigorta sözleşmesi sigorta şirketi bakımından bir borç doğurmaz. Kendisine karşı dava açıldığını bilen doktor bu sebeple yaptırdığı sigortadan kaynaklanan prim borcunu sigortacıya ödemekle yükümlüdür.⁸³

Bununla birlikte bir malpraktis davası açılacağı iddiası ya da tehdit ileri sürülmekle birlikte riziko henüz gerçekleşmemişse, bir hastanın doktora karşı tazminat davası açacağı söyleminde bulunması üzerine, doktorun da geçmişe etkili sigorta yaptırması mümkündür. Bu ihtimalde riziko henüz gerçekleşmediğinden yapılan sigorta sözleşmesi geçerlidir.⁸⁴

Önemli bir husus da kamuda çalışan doktorlarla ilgili durumdur. Bilindiği üzere kamuda çalışan doktorlara karşı doğrudan tazminat davası açılması mümkün değildir. Bu tür davaların öncelikle kamu idaresine karşı açılması gerekir. Kamu kurumu sonradan ödemek zorunda kaldığı tazminat için kendi kusurlu personeline rücu edebilir. Bu nedenle acaba kamu idaresine karşı dava açıldığı bilgisine kendisi ulaşan bir sağlık personeli bundan sonra geçmişe etkili sigorta yaptırırsa bu sigorta sözleşmesi geçerli olur mu? İster öncelikle sağlık personeli istihdam eden kamu kurumuna, isterse bizzat sağlık persone-

tedir. Bir başka deyişle, sigorta koruması, sözleşmenin kuruluş anından itibaren başlayacak şekilde yapılmaktadır. Dolayısıyla geçmişe etkili sigorta ile geçici sigorta koruması birbirinden farklı kurumlardır. Çapa, s. 346

⁸² Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. B.1: Sigortalının kendisinden tazminat talebinde bulunulduğunu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda riziko gerçekleşmiş sayılır.

⁸³ Rizikonun objektif anlamda belirsizliği, sigorta sözleşmesinin en önemli unsurları arasındadır. Dolayısıyla rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalktığı, sigorta sözleşmesi taraflarınca biliniyorsa, rizikonun gerçekleştiğinin bilinmezliğinden bahsedilemeyeceğinden sigorta sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulamayacaktır. Bu durumunda sigorta sözleşmesi geçersizdir. Çapa, s. 347.

⁸⁴ Erkin Göçmen, "Geçmişe etkili malpraktis sigortası yapılabilir mi?", *Medikal Akademi*, <https://www.medikalakademi.com.tr/gecmise-etkili-malpraktis-sigortasi-yapilabilir-mi/>, (Erişim Tarihi: 16.08.2019).

line karşı dava açılmış olsun, her iki durumda da geçmişe etkili sigorta yaptırılması mümkün değildir. Çünkü sağlık personelinin rizikonun gerçekleşmesi nedeniyle şimdilik idareye karşı dava açıldığını öğrenmesinden sonra kendisinin riziko gerçekleştiğini henüz bilmediği gerekçesi ile geçmişe etkili sigorta yaptırması mümkün değildir.⁸⁵

7. Rizikonun Meydana Gelmesi

Y 11. HD, 25.6.2018 T., E. 2016/11529 ve K. 2018/4747 sayılı karara göre: Mahkemece, ceza mahkemesi tarafından sanık doktorların kusurlu bulunmasının akabinde suçtan zarar görenlerin olay tarihinden itibaren hukukî talepte bulunma imkanları doğduğu, hasar/riziko tarihinin olayın vukuu bulduğu 02.06.2005 tarihi olduğu, poliçenin, önceki olayları da kapsar biçimde geçmişe etkili olarak tanzim edildiği, riziko, poliçenin tanziminden önceki bir tarihte gerçekleştiğinden ölüm olayından kaynaklı rizikonun da poliçenin koruma kapsamında kaldığı, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A. 1. b maddesi uyarınca, poliçe metninde yer alan “sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek taleplere karşı” koruma sağlanacağı savunmasının, fiilen imkansız bir şartın ileri sürülmesi niteliğinde bulunduğu, aynı doğrultuda olmak üzere yine bu şarta dayalı olarak rizikodan doğan tazminatın sigortalıya ödenmemesinin TMK’nın 2. maddesi hükmü uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık taşıdığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dava, mesleki sorumluluk sigorta poliçesi kapsamında uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Taraflar arasında 31.05.2006-31.05.2007 tarihleri için aktedilen sigorta poliçesinde teminat limiti 50.000 TL olarak belirlenmiş olup mahkemece, davalının poliçe limiti

⁸⁵ Aksi görüşe göre, bu ihtimalde henüz doktora karşı açılmış bir tazminat davası olmadığından Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının B.1 maddesi anlamında riziko gerçekleşmemiştir. Zaten kamu idaresine karşı açılan bu davanın genel olarak sağlık hizmetinin planlanması, örgütlenmesi, tertibi ve düzenlenişi ile ilgili bir kusur nedeniyle idare aleyhinde sonuçlanması da mümkündür. Bu durumda doktorun idareye karşı bir sorumluluğu da olmayacağından idare doktora karşı rücu davası da açamayacaktır. Bir diğer anlatımla kamu idaresine karşı tazminat davası açıldığı anda hala doktorun bir kusurunun ve rücu sorumluluğunun olup olmadığı meçhuldür. Erkin Göçmen, “Geçmişe etkili malpraktis sigortası yapılabilir mi?”, *Medikal Akademi*, <https://www.medikalakademi.com.tr/gecmise-etkili-malpraktis-sigortasi-yapilabilir-mi/>, (Erişim Tarihi: 16.08.2019).

ile sınırlı olarak sorumluluğuna hükmedilmesi gerekirken poliçedeki teminat limitinin aşarak 54.120 TL üzerinden davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu yönden davalı yararına bozulmasına, oybirliğiyle karar verilmiştir. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın⁸⁶ zarar ve tazminat başlıklı B.1 maddesine göre, Sözleşmenin; A.1.'in (a) bendinde belirtilen şekilde yapılması (*Sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı*) hâlinde, sigortalının, sözleşme süresi içinde yürüttüğü mesleki faaliyeti dolayısıyla, gerek sözleşme dönemi gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde başkalarının zarara uğraması sonucunda, A.1.'in (b) bendinde belirtilen şekilde yapılması (*Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı ileri sürülebilecek taleplere karşı sözleşmede belirtilen miktara kadar isteme ilişkin makul giderleri de içerecek şekilde teminat verilir*) hâlinde bir yıldan az olmamak kaydıyla sözleşme yapılmasından önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olaya bağlı olarak⁸⁷; a) Sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakatı dahilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması veya, b) Sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği mesleki sorumluluk sigortalarında, tebligat ile davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle, c) Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde riziko gerçekleşmiş olur. Böylece Mesleki Sorumluluk sigortasında olay esaslı (*occurrence basis-event occurrence*) talep kabul edilmiştir.

⁸⁶ RG: 26.05.2013 T. ve 28658 S.

⁸⁷ Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. A.1. Bu sigorta sözleşmesi ile sigortalının poliçede belirtilen ve ilgili taraflarca konusu tarif edilerek sınırları çizilen mesleki faaliyeti ifa ederken; a) Sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı veya b) Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı ileri sürülebilecek taleplere karşı sözleşmede belirtilen miktara kadar isteme ilişkin makul giderleri de içerecek şekilde teminat verilir. Taraflar, (a) ve (b) bentlerinden birini içerecek şekilde sözleşme yapabilecekleri gibi, her ikisini içerecek şekilde de sözleşme yapabilir. Sigortalının işletmesi ile ilgili sorumluluğu için yaptırılmışsa, sözleşmede aksine hüküm yoksa bu sigorta, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar.

Halbuki Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. B.1'e göre ise, "sigorta sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunduğu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda riziko gerçekleşmiş sayılır" hükmü ile talep (*claims made*) esaslı sigorta benimsenmiştir.

B. HAKEM KARARLARI

Sigorta sözleşmelerine konu zararlar genellikle sigorta tahkiminde hakem kararına uygun bir şekilde sonuçlandığından, ihtilaf Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyetine fazla intikal etmemektedir. Bu nedenle hekimin zorunlu mali sorumluluk sigortasına dair yayınlanmış kararlar sınırlı sayıdadır.

1. Sigorta Kapsamı

Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyetince verilen bir diğer kararda ise Z.Ç. 06.02.2010 tarihinde Özel Huzur Hastanesinde doğum yapmış ve A. Ç. isimli bebeği dünyaya getirmiştir. Z.Ç., doğum öncesinde hastane çalışanı Dr. G. B. ile doğumda mutlaka kendisinin bulunması yönünde anlaşma yaptıklarını, doğum sırasında hatalı müdahale yapıldığını bu nedenle henüz dünyaya gelmemiş başvuran A.Ç.'nin en az % 32,3 oranında malul kalmasına sebep olunduğunu ileri sürerek; sigorta şirketi tarafından ödenmeyen ameliyat ve tedavi giderleri için maddi tazminatın ve manevi tazminatın tahsili istemi ile Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurmuş, Sigorta Hakem Heyeti tarafından başvurunun kısmen kabulüne karar verilmiş; bu karara Sigorta Şirketi vekili tarafından itiraz edilmiştir.

Ancak davacı taraf vekilince İstanbul 15. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/10 E. Sayılı dosyası ile de Dr. G.B.'ye karşı dava açılmış olup, davalı tarafından dava Sigorta Şirketine de ihbar edilmiştir ve dava devam etmektedir. Hakem Heyetine başvuru esnasında mahkemede yapılan yargılamada Adli Tıp Genel Kurulu'ndan gelecek rapor beklendiğinden bu durum bekletici mesele yapılarak ve rapor Hakem Heyetince verilecek kararı etkileyecek nitelikte olduğundan, bekletici mesele yapılarak ve raporun düzenlenmesinin beklenmesine, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30/16 maddesi uyarınca ve taraf

vekillerinin muvafakati ile, iki aylık ek süre alınmasına ve nihayetinde talebin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Uyuşmazlık Hakem Heyeti, genel mahkemedeki davanın davalısının Dr. G. B. N, Tahkim başvurusunda ise davalının sigorta şirketi olduğu, dolayısı ile aynı davanın daha önce genel mahkemede dava konusu edilmemiş olması koşullarının davalıların farklı olması nedeni ile gerçekleşmediği gerekçesi ile usule ilişkin itirazı reddetmiş; esas yönden de az kusurlu olan tabibin tam kusurlu sayılması gerektiği gerekçesi ile maddi ve manevi tazminat taleplerini kabul etmiştir.⁸⁸

⁸⁸ Sigortalının 14.04.2017 tarih ve 2017/İHK-1256 sayılı itirazı üzerine, Sigorta Uyuşmazlık Hakem Heyetince verilen karara karşı Sigorta Şirketi tarafından itiraz edilmesiyle verilen Hakem Kararı: Uyuşmazlık; Sigortalı doktor hakkında genel mahkemede açılan ve görülmekte olan bir dava bulunması nedeni ile, Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurulup başvurulamayacağı, Sigorta şirketinin Sağlık Uzmanları Bireysel Riskler Sigorta Poliçesi kapsamında bir sorumluluğu bulunup bulunmadığı, konularındadır. Uyuşmazlık hakkında daha önce genel mahkemeye başvurulduğu iddiası yönünden: 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30/14. maddesine göre: "Mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyona başvuru yapılamaz". 30/23. maddesine göre de: "Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun hükümleri, sigortacılıktaki tahkim hakkında da kıyasen uygulanır". HMK'nın 447/2. maddesine göre: "(2) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır". HMK'nın "Dava şartları" başlıklı 114/1-ı maddesine göre: aynı davanın daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması Dava Şartıdır. HMK'nın 115. maddesine göre: "(1) Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. (2) Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir". İstanbul 13. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde halen görülmekte olan davanın davacıları: A. Ç., Z. Ç. ve M. Ç. ; davalıları Özel X Sağlık Tesisleri, Dr. G. B. ve Y (doğumu yaptıran hastane çalışanı) olup, davacı A. Ç.'nin engelli doğmasına sebep oldukları iddiası ile davalılardan maddi ve manevi tazminat istenmekte olduğu dosyada bulunan dava dilekçesinden anlaşılmaktadır. Gerek HMK'nın 114/1.1 maddesinde yazılı "aynı davanın daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması" koşulunun; gerek, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30/14. maddesine göre: "Mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyon'a başvuru yapılamaz" koşulunun gerçekleşmesi, bir başka deyimle genel mahkemedeki dava ile sigorta tahkimdeki başvurunun aynı olduğunu söyleyebilmek için: genel mahkemedeki dava ile ikinci davanın (olayımızda tahkimdeki başvurunun) taraflarının, dava konularının ve dava sebeplerinin aynı olması gerekir (Baki Kuru, İstinaf Usulüne Göre Medeni Usul Hukuku, 2016, s. 195,196). Genel mahkemedeki davanın davalıları Hastane, doktor ve sağlık personeli, dava sebebi de, haksız fiile dayalıdır. Oysa Sigorta tahkimdeki başvurunun davalısı Sigorta şirketi, dava sebebi de sigorta poliçesidir. Dolayısı ile iki davanın tarafları ve dava sebebi

farklıdır. Bu durumda: somut olayda; 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30/14. maddesine göre: "Mahkeme'ye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyon'a başvuru yapılamaz" ve HMK'nın 114/1.1 maddesinde yazılı "aynı davanın daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması" koşulları gerçekleşmemiştir. Bu nedenle, Uyuşmazlık Hakem Heyeti tarafından bu konudaki itirazın reddedilmiş olmasında isabetsizlik bulunmadığından; sigorta şirketinin bu konuya ilişkin itirazının reddi gerekmiştir. Maddi ve manevi tazminat yönünden: Dosyada bulunan Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesi'nin 12.06.2015 günlü kararında, sonuç olarak : "ilgili hekim ve diğer sağlık personellerine atfı kabil bir kusur saptanmadığı" bildirilmiştir. Genel mahkemenin Adli Tıp Genel Kurulu'ndan rapor alınmasına karar vermiş olması nedeni ile bu rapor gelmiş ise sunulması, gelmemiş ise gelmesinin beklenmesine karar verilmiş: Sigorta şirketi vekil Adli Tıp Genel Kurulu raporunu dosyaya sunmuştur. Adli Tıp Genel Kurulu'nun 29.09.2016 günlü raporunda da sonuç olarak : "06.02.2010 tarihinde özel X Hastanesi'ne başvuran G1 P0, 39-40 hf lık, 5-6 cm, efasman %80, ağırlı gebenin yaklaşık 3 saat süren travay takibinin ardından vakum ile nsd + epi uygulanarak doğum yaptığı, oksiput posterior gelişli, doğumunda omuz distozisi gelişen ve 3770 gr doğan bebekte sağ brakial pleksus paralizisi saptandığı, Travayda gelen gebenin normal spontan yolla doğuma alınması kararının tıbben doğru olduğu, ebelerin normal doğumu takip etme ve yaptırma yetki ve yeterlikleri bulunduğu, ıkınma zaafı bulunan gebede bebeğin çıkımda fazla beklememesi için vakum takılması yönünde alınan kararın tıbben doğru olduğu, başka bir operasyonda olan hekimin talimatıyla ve kontrolünde ebe tarafından vakum uygulandığının anlaşıldığı, doğumda gelişen omuz distozisi ve buna bağlı gelişen brakial pleksus hasarının vakum uygulamasıyla bir ilgisinin bulunmadığı, küçükte saptanan brakial pleksus lezyonunun normal doğum eylemi sırasında tüm özenin gösterildiği durumlarda dahi bebeğin vaginal yoldan çıkartılması sırasındaki manevralara bağlı olarak görülebildiği ve öngörülemeyen ve önlenemeyen bir komplikasyon olarak nitelendirildiği, dolayısıyla doğum eylemi sırasında bebekte pleksus brakialis lezyonu oluşması yönünden ilgili hekim ve diğer sağlık görevlilerine atfı kabil bir kusur saptanmadığı oy birliği ile mütalaa olunur" değerlendirmesi yapılmıştır. Birbirini doğrulayan ve oy birliği ile verilen Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesi'nin ve Adli Tıp Genel Kurulu raporları karşısında başvuranlar vekili tarafından dosyaya sunulan ve Dr. G. B.'in kusurlu olduğunu belirten X Üniversitesi Tıp Fakültesi Adi Tıp ABD raporuna değer verilememiştir. Polişede aksine bir hüküm bulunmadıkça sigorta şirketinin Sağlık Uzmanları Bireysel Riskler Sigorta Poliçesi kapsamında sorumlu sayılabilmesi için sigortalısının kusurlu olması gerekir. Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesi ve Adli Tıp Genel Kurulu'nun birbirini doğrulayan ve oy birliği ile alınan raporlarında: "ilgili hekim ve diğer sağlık görevlilerine atfı kabil bir kusur saptanmadığı" belirtildiğinden, davalı sigorta şirketinin Sağlık Uzmanları Bireysel Riskler Sigorta Poliçesi kapsamında bir sorumluluğundan da söz edilemez. Dolayısı ile, kararda belirtilen gerekçelerle sigorta şirketinin maddi ve manevi tazminat ödemesine karar verilmiş olması doğru olmamıştır. Davalı sigorta şirketinin bu konudaki itirazı yerinde olduğundan, kabulü ile, 14.04.2017 tarihinde Uyuşmazlık Hakem Heyeti kararıyla kaldırılmasına ve başvurunun reddine karar verilmesi gerekmiştir. Açıklanan nedenlerle: İtirazın kabulü ile: Uyuşmazlık Hakem Heyetinin 05.09.2016 gün ve 2016/16881 Esas, 2016/ 25537 Karar sayılı kararının kaldırılmasına, başvurunun reddine, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30/12. maddesi uyarınca, dava mik-

SONUÇ

Uygulamada malpraktis olarak bilinen, tıp alanındaki kötü uygulama sonucunda oluşan zararlara karşı; bütün hekimler, diş hekimleri ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların sorumluluklarını teminat altına üzere, TŞSK, Ek 12'nci maddesi ile Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası), zorunlu sigorta olarak düzenlenmiştir.

Hekim zorunlu mali sorumluluk sigortasının amacı, hekimlerin hukuki sorumluluk sebebiyle maruz kalabilecekleri mali yükten onları kurtarmaktadır. Bu sigorta sayesinde zarar görenler, kendilerine zarar veren hekime yönelik tazminat alacaklarını karşılayacak bir mali gücü kuvvetli olan kuruluşa başvurma imkânına kavuşmaktadırlar. Hekim mesleki sorumluluk sigortası tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşmedir. Sigorta ettirenin borcu, prim ödeme, sigortacının borcu ise riziko gerçekleştiğinde sigortalının zararını tazmin etmektir.

SGŞ ile sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sözleşme sonrasında talep edilen zararlar, sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek talepler ve bu zarar veya taleple bağlantılı yargılama giderleri sigorta kapsamında sayılırken, sigortalının, poliçe kapsamında yer alan ve sınırları hukuk kuralları veya etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri, insani görevin yerine getirilmesi hariç, sigortalının, poliçe kapsamındaki kuruluşların sorumluluk alanı dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri, idarî ve adlî para cezaları dahil her tür ceza ve cezai şartlar ve ilgili mevzuatla belirlenen çerçevede tıbbi mesleki faaliyet gereği yapılanlar hariç her türlü deneyden kaynaklanan tazminat talepleri sigorta kapsamı dışında sayılmıştır.

Zaman bakımından kapsamı belirlenirken hekim mesleki sorumluluk sigortalarında, talep esası benimsenmiş ve sigortanın her yıl düzenli şekilde yenileneceği varsayılmıştır. Talep esaslı sigortalarda,

tarı itibarı ile temyiz yolu açık olmak üzere ve oy birliği ile karar verilmiştir. *Sigorta Tahkimi Hakem Karar Dergisi*, S. 30, 2017 Nisan-Haziran, s. 68-75, 22/08/2019).

sadece sözleşme süresi içinde meydana gelen tıbbi kötü uygulamalar sözleşme teminatı altına alınmaktadır. Dolayısıyla sorumluluk sigortasının kesintiye uğraması ve kesintiye uğradığı dönemde sigortacının sorumlu olacağı bir malpraktis olayı meydana gelmesi halinde, oluşan zarar sigortacı tarafından karşılanmayacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Ayhan Rıza/Çağlar Hayrettin/Özdamar Mehmet, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara 2020.
- Cantürk Gürol, "Tıbbi Malpraktis Ve Tıbbi Bilirkişilik Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu", 16-17 Ekim 2014, s. 299-322. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/536.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.08.2019).
- Çeker Mustafa, Sigorta Hukuku, 10. B., Karahan Yayınları, Adana 2014.
- Kender Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Arıkan Basım Yayın, 14. B., 2014
- Nomer Haluk N., "Halefiyet ile Rücu arasındaki İlişki Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü", *İHFM*, Y. 1997, C. LV, S. 3, s. 243-260.
- Şenocak, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, , Turhan Kitabevi, Ankara 2000.
- Ünan Samim, "Zorunlu Hekim Sorumluluğu Sigortası Genel Şartlar Şerhi", Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 2012 (Zorunlu Hekim Sigortası).
- Ünan Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 6. Kitap, Sigorta Hukuku, C. II, 1. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016 (TTK Şerhi).
- Ünan, Samim, Sigorta Tüketici Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016 (Tüketici Hukuku).

Makaleler

- Çapa M. Sadık, "Geçmişe Etkili Sigorta", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s. 341-362, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk.dergi.18_3-4_14.pdf, (Erişim Tarihi: 16.08.2019).
- Göçmen Erkin, "Geçmişe etkili malpraktis sigortası yapılabilir mi?", *Medikal Akademi*, <https://www.medikalakademi.com.tr/gecmise-etkili-malpraktis-sigortasi-yapilabilir-mi/>, (Erişim Tarihi: 16.08.2019).
- Karasu Rauf, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, C. 2 Y. 2015, s. 683-706.
- Koyuncuoğlu Tennur, "Doktor Sigortası Mı, Hasta Sigortası Mı?", *TBB Dergisi*, Y. 2011, S. 92, s. 431-450, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-682>, (Erişim Tarihi: 16.8.2019).
- Özer Özlem ve Diğerleri, "Tıbbi Hatalı Uygulamalar", *Dicle Tıp Dergisi*, Y. 2015, S. 42/3, s. 394-397, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/54610>, (Erişim Tarihi: 09.09.2019).

Yördem Yılmaz, "Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortasında Hatalı Tıbbi Uygulama Sorumluluğuna İlişkin Yargı Kararlarına Genel Bakış", *Journal Of Institute Of Economic Development And Social Researches*, 2018 Vol. 4, Issue 12, pp. 539-546, http://iksadjournal.org/Makaleler/1857965187_1.%204_12_ID78.%20Y%c3%b6rdem_539-546.pdf, (Erişim Tarihi: 16.08.2019).

Mahkeme Kararları

www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

İnternet Kaynakları:

Sigorta Genel Şartları, <http://www.tsb.org.tr/genel-sartlar.aspx?pageID=467> (Erişim Tarihi: 28.07.2017).

<http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019)

http://www.floradergisi.org/getFileContent.aspx?op=html&ref_id=53&file_name=1996-1-3-208-209.htm&_pk=6621c429-dcf6-43a9-88af-54455e811987, (Erişim Tarihi: 09.09.2019).

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019).

<http://www.saglik.gov.tr/TR,832/mali-sorumluluk-sigortasi-ile-ilgili-aciklama--soru-ve-cevaplar.html> (Erişim Tarihi: 19.09.2017).

Sigorta Tahkimi Hakem Karar Dergisi, S. 30, 2017 Nisan-Haziran, s. 68-75, 22.08.2019).

TTK Madde Gerekçeleri, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.09.2019).

World Medical Association, Statement on Medical Malpractice ; Marbelle, Spain, 1992, Art. 2/a, <http://hrlibrary.umn.edu/instree/malpractice.html>, (Erişim Tarihi: 20.08.2019)