



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI  
SAĞLIK HUKUKU MODÜLÜ

**ÖZEL HASTANELERDE ÇALIŞAN HEKİMLERİN  
TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

Dr. Ayşe PALANDUZ

S002298

Danışman Prof. Dr. Havva KARAGÖZ

İstanbul, 2016

## YÜKSEK LİSANS TEZ SAVUNMASI TUTANAĞI

Sosyal Bilimler Enstitüsü .....Yüksek Lisans (Tezli)  
Programı S00.2298 nolu öğrencisi Ayşe Palanduz nın hazırladığı “\*.....” konulu  
yüksek lisans tezi ile ilgili tez savunma sınavı, lisansüstü öğretim yönetmeliğinin ilgili maddesi  
uyarınca 17.08.2016 günü saat 10.30 .....’da yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda  
adayın tezinin kabulüne oyçokluğu/oybirliğiyle karar verilmiştir.

\* Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Doğan  
Özel Hukuk Sorumluluğu

JÜRI ÜYESİ	KANAATI	İMZA
<u>Havva Keser</u> <u>Yab. Dr.</u>	<u>Kabul</u>	<u>[İmza]</u>
<u>Yrd. Doç. Dr.</u> <u>Nilay Serol</u>	<u>Kabul</u>	<u>[İmza]</u>
<u>Yrd. Doç. Dr.</u> <u>Pelin Isıntan</u>	<u>Kabul</u>	<u>[İmza]</u>

# ÖZEL HASTANELERDE ÇALIŞAN HEKİMLERİN TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU

## ÖZET VE ANAHTAR KELİMELER

### ÖZET

Bu çalışmada, özel hastanelerde hizmet veren hekimlerin tıbbi müdahaleden kaynaklanan özel hukuk sorumlulukları ele alınmıştır. Öncelikle tıbbi müdahale başta olmak üzere sağlıkla ilgili temel kavramlar ile özel hastanelerin yönetimi ve işleyişi açıklanmıştır. Daha sonra özel hastanelerde hizmet veren hekimlerin tıbbi müdahaleden doğan özel hukuk sorumluluğunun kaynakları sırasıyla incelenmiştir. İlk olarak hekimlik sözleşmesinin unsurları belirtilmiş, hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar açıklanmış ve sözleşmeden doğan borçlar sayılmıştır. Kanaatimizce hekimlik sözleşmesi bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir; ancak Yargıtay estetik ameliyatlar gibi hekimin görünür bir sonuç vaat ettiği müdahaleler ile ilgili sözleşmeleri eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. İkinci olarak culpa in contrahendo sorumluluğu hakkındaki tartışmalara kısaca değinilmiştir. Üçüncü olarak haksız fiil sorumluluğunun şartları açıklanmış, özellikle hukuka uygunluk sebepleri ve hastanın rızası üzerinde durulmuştur. Son olarak hekimler açısından vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması tartışılmıştır.

### ANAHTAR KELİMELER

Hekim, hasta, özel hastane, tıbbi müdahale, sorumluluk, sözleşme, haksız fiil, vekaletsiz iş görme

# **THE PRIVATE LAW LIABILITY FROM MEDICAL INTERVENTION OF MEDICAL DOCTORS WORKING AT PRIVATE HOSPITALS**

## **ABSTRACT AND KEY WORDS**

### **ABSTRACT**

This dissertation aims to address the private law liability from medical intervention of physicians working at private hospitals. It begins with a brief explanation of basic concepts of healthcare and of management and operation of private hospitals. An overview of all sources of private law liability of doctors working at private hospitals follows. The scope is limited to private law liability from medical intervention. Firstly, rights and obligations contained in doctor-patient contract are explained and discussions on the characterization of these contracts are analyzed. The conclusion is that doctor-patient contract is an example of contract of mandate. However, the Court of Cassation holds that in case of treatments such as cosmetic surgery where a visible outcome is promised, the contract in question should be characterized as a contract for work and services. Secondly, liability based on culpa in contrahendo is outlined. Thirdly, tort liability is explained with a particular emphasis on consent as defense against criminal liability. Finally, application of negotiorum gestio to medical intervention by physicians is discussed.

### **KEY WORDS**

Doctor, patient, private hospital, medical intervention, liability, contract, tort, negotiorum gestio

## ÖNSÖZ

Hekimler genellikle yaptıkları işin medikal derinliklerinde uğraşırken hukuksal boyutunu gözden kaçırlar. Olumsuz bir durumla karşılaştıklarında ise kendileri için bilinmeyenlerle dolu bu alanda çaresiz ve yalnız hissederler. Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki bir sertifika programı nedeniyle sağlık hukuku kavramı ile ilk karşılaştığımda bizim dışımızdaki bu dünyanın farklı ve karmaşık yönünü görüp öğrenme arzusu ile doldum.

Bu süreçte yolumu aydınlatan başta tez danışmanım Prof. Dr. Havva KARAGÖZ olmak üzere Sayın Dekanım Prof. Dr. Dr. h. c. Yener ÜNVER, Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT ve Yard. Doç. Ayşe Nilay ŞENOL'a teşekkürü borç bilirim.

Desteğiyle her zaman güç bulduğum sevgili eşim Prof. Dr. Şükrü PALANDUZ'a, hukukun bir tıp doktoru için şaşırtıcı yamaçlarında beni ustaca yönlendiren kızım Seda PALANDUZ'a ve tüm aileme minnettarım.

Dr. Ayşe PALANDUZ

İstanbul, 2016

## İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	I
ÖZET VE ANAHTAR KELİMELER	II
İNGİLİZCE ÖZET VE ANAHTAR KELİMELER	III
ÖNSÖZ	IV
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR	VIII
GİRİŞ	1
<b>BİRİNCİ BÖLÜM: TEMEL KAVRAMLAR</b>	3
A. SAĞLIKLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR	3
1. Sağlık	3
2. Sağlık Hizmeti	3
3. Hasta	4
4. Hekim	4
5. Tıbbi Müdahale	7
6. Komplikasyon	11
7. Malpraktis	13
8. Hastane	14
B. ÖZEL HASTANELER	15
1. Genel Bakış	15
2. Özel Hastanelerin Bağlı Olduğu Mevzuat	16
3. Özel Hastanelerin Kuruluşu	16
4. Özel Hastanelerin Yönetimi ve İşleyişi	16
5. Özel Hastanelerin Denetimi	17
C. ÖZEL HASTANELERDE ÇALIŞAN HEKİMLER	18
1. Hekimlerin Özel Hastanelerde Çalışma Şekilleri	18
2. Mesul Müdür	20
3. Yabancı Uyruklu Hekimler	21
<b>İKİNCİ BÖLÜM: HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU</b>	23
A. HEKİMİN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUNUN KAYNAKLARI	23
B. ÖZEL HASTANEDE HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİ	25
1. Hasta ile Hekim Arasında İlişkinin Kurulması	25
2. Hasta ile Özel Hastane İşletmecisi Arasında İlişkinin Kurulması	26
a) Sözleşme İlişkisi	26
i. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	27
ii. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	28
iii. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi	28
b) Vekaletsiz İşgörme İlişkisi	28
c) Haksız Fiil İlişkisi	28
C. HEKİMİN SÖZLEŞMESEL BORÇ İLİŞKİSİ	30
1. Sözleşmenin Tarafları, Kurulması, Geçerliliği, Şekli, Hekimin Borç ve Yükümlülükleri, Ücret	30
a) Taraflar	30
b) Sözleşmenin Kurulması	30
c) Sözleşmenin Geçerliliği	31

	d) Sözleşmenin Şekli	33
	e) Hekimin Borç ve Yükümlülükleri	33
	f) Ücret	34
	2. Hasta ile Hekim Arasındaki Sözleşmenin Niteliği	34
	a) Hekimlik Sözleşmesinin Bir Hizmet Sözleşmesi Olduğu Görüşü	36
	b) Hekimlik Sözleşmesinin Bir Eser Sözleşmesi Olduğu Görüşü	38
	c) Hekimlik Sözleşmesinin Bir Vekâlet Sözleşmesi Olduğu Görüşü	39
	d) Hekimlik Sözleşmesinin Kendine Özgü Yapısı Olan (Sui Generis) Bir Sözleşme Olduğu Görüşü	41
D	VEKÂLET SÖZLEŞMESİ	43
	1. Genel Bakış	43
	2. Vekilin Yükümlülükleri	44
	a) Talimata Uygun İşgörme Yükümlülüğü	45
	b) Verilen İş Şahsen Görme Yükümlülüğü	46
	c) Sadakat Yükümlülüğü	48
	d) Özen gösterme yükümlülüğü	48
	e) Hesap verme Yükümlülüğü	50
	f) Kayıt tutma Yükümlülüğü	51
	g) Sır saklama Yükümlülüğü	53
E	ESER SÖZLEŞMESİ	55
	1. Genel Bakış	55
	2. Yüklenicinin Borçları	56
	a) Sadakat ve Özen Yükümlülüğü	56
	b) Şahsen İfa Yükümlülüğü	57
	c) Yüklenicinin İşsahibini Aydınlatma ve Bilgi Verme Yükümlülüğü	58
	d) Ayıp Sebebiyle Sorumluluk	59
F	SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUK	61
	1. Genel Bakış	61
	2. Sorumluluğun Koşulları	61
	3. Sorumsuzluk Anlaşması	62
	4. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Doğan Sorumluluk	63
	5. Zamanaşımı	65
	6. Temyiz Makamı	65
G	SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK	66
H	HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU	68
	1. Kusura Dayalı Sorumluluk	68
	a) Fiil	69
	b) Hukuka Aykırılık	69
	c) Zarar	73
	d) Nedensellik Bağı	73
	e) Kusur	74
	2. Kusursuz Sorumluluk	76
	Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu	76
I	HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI	79
	a) Genel Bakış	79
	b) Zamanaşımı	80
	c) Ceza Davasının Tazminat Davasına Etkisi	81

İ	BİRDEN ÇOK SORUMLULUK SEBEBİ VEYA BİRDEN ÇOK SORUMLU BULUNMASI	82
	1. Birden Çok Sorumluluk Sebebi Bulunması	82
	a) Borca Aykırılıktan Doğan Sorumluluk ve Haksız Fiil Sorumluluğunun Yarışması	82
	b) Kusura Dayanan ve Kusur Aranmayan Sorumluluğun Birlikte Bulunması	83
	2. Birden Çok Kişinin Sorumluluğu	83
J	VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEDEN DOĞAN SORUMLULUK	85
	SONUÇ	88
	KAYNAKLAR	90





## KISALTMALAR

<b>Bknz</b>	Bakınız
<b>EKG</b>	Elektrokardiyografi
<b>HHK</b>	Hususi Hastaneler Kanunu
<b>HHY</b>	Hasta Hakları Yönetmeliği
<b>m.</b>	Madde
<b>MK</b>	Medeni Kanun
<b>ÖHT</b>	Özel Hastaneler Tüzüğü
<b>ÖHY</b>	Özel Hastaneler Yönetmeliği
<b>s.</b>	Sayfa
<b>SGK</b>	Sosyal Güvenlik Kurumu
<b>TBK</b>	Türk Borçlar Kanunu
<b>TŞSTİDK</b>	Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
<b>Ulusal ÇEP</b>	Ulusal Çekirdek Eğitim Programı
<b>Y. 13. HD</b>	Yargıtay 13. Hukuk Dairesi
<b>Y. HGK</b>	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

# GİRİŞ

Günümüzde ileri tıbbi teknoloji ve katlanarak artan bilginin kullanılmasıyla sağlık hizmetlerinin seviyesi yükselmiştir. Ancak ulaşılan bu noktada sağlık hizmetinin tarafları arasındaki ilişkinin hukuki boyutu da karmaşık bir hale gelmiştir. Sağlık hizmetleriyle ilgili olarak hem hizmet alanları, hem de hizmet sunanları ilgilendiren yasal düzenlemeler mevcut olmakla beraber bu konudaki mevzuatın bütünleşik olmaması muhatapların en önemli sorunudur. Hekimler ve sağlık işletmeleri hizmetle dolaylı ilgisi olan farklı konularla ilgili yasal düzenlemelerin de muhatabı olmakta ve giderek artan sayıda tazminat ve ceza davalarıyla karşılaşmaktadırlar. Bunun sonucu olarak sağlık hukuku hastane yöneticilerinin, hekimlerin, hukukçuların ve hastaların gündeminde önemli bir yer tutmaktadır.

Ülkenin artan nüfusu, kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşlarında arzın talebi karşılamaya yetmemesi, özel sağlık kuruluşları için getirilen yatırım teşvik tedbirleri ile sağlığın yatırım yapılacak bir alan olarak kabul edilmesi ve özel sağlık sigortası yaptıranların sayısındaki artış sonucu özel sektörün sağlık hizmetlerindeki payı giderek artmaktadır<sup>1</sup>. 1967 yılında özel hastanelerin tüm hastanelere oranı %11 iken, özel hastane sayısının 76'dan 556'ya çıkmasıyla, 2014'te bu oran %36'ya ulaşmıştır<sup>2</sup>. Özel hastanelerdeki yatak sayısı 1967'den 2014'e yaklaşık 10 kat artmış, ülke genelindeki toplam yatak sayısına oranı ise %6'dan %20'ye yükselmiştir<sup>3</sup>. Özel sektördeki hastanelere müracaat sayısının Sağlık Bakanlığı ve Üniversite hastanelerine müracaat sayısına oranı 2002'de %5 iken, 2014'te %23'e yaklaşmıştır. Benzer şekilde ameliyatların oranı da %16'dan %50'ye yükselmiştir<sup>4</sup>. Özel hastanelerin Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ile sözleşme yaparak bedelsiz veya belirli bir fark ile hizmet vermeye başlaması sağlık hizmet

<sup>1</sup> TEMEL Türkan, **Özel Hastaneler Sektör Profili**, 2003, İTO Yayınları, İstanbul.

<http://www.ito.org.tr/Dokuman/Sektor/1-71.pdf> (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

<sup>2</sup> Türkiye İstatistik Kurumu Sağlık İstatistikleri, Yataklı ve yataksız sağlık kurumları sayısı

[http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt\\_id=1095](http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1095) (Son erişim tarihi 08.07.2016).

<sup>3</sup> Türkiye İstatistik Kurumu Sağlık İstatistikleri, Kamu ve özel yataklı sağlık kurumlarının yatak sayısı.

[http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt\\_id=1095](http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1095) (Son erişim tarihi 08.07.2016).

<sup>4</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı, Sağlık İstatistikleri Yıllığı 2014, s. 105, 109.

[http://ekutuphane.sagem.gov.tr/kitaplar/saglik\\_istatistikleri\\_yilligi\\_2014.pdf](http://ekutuphane.sagem.gov.tr/kitaplar/saglik_istatistikleri_yilligi_2014.pdf) (Son erişim tarihi: 000008008.07.2016 08.07.2016).

sunumundaki paylarının artmasına önemli bir katkıda bulunmuştur. Ancak buna paralel olarak, özel hastanelerden yararlanan hasta ve hasta yakınlarının şikayetleri de artmaktadır.

Bu çalışmada özel hastanelerde hizmet veren hekimlerin tıbbi müdahaleden kaynaklanan özel hukuk sorumlulukları ele alınmıştır. Tıp ve hukuk gibi birbirinden farklı 2 temel alanın kesişim noktasında bulunan bu konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve bütünlüğün sağlanabilmesi amacıyla ilk olarak temel kavramlardan bahsedilmiştir. Sağlık hizmeti, tıbbi müdahale, özel hastane gibi konuyla ilgili terimlerin tanımı yapılarak, ilgili mevzuata yer verilmiştir. Bu kavramlar daha sonraki bölümlerde sorumluluk rejimi bağlamında daha derinlemesine ele alınmıştır.

Bu çalışma kapsamında İstanbul Sağlık Müdürlüğü Özel Yataklı Sağlık Hizmetleri Şube Müdürü, bazı özel hastanelerin yetkilileri ve özel hastanelerde çalışan bazı hekimlerle görüşülerek mevcut uygulamaya ilişkin bilgi alınmıştır.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## TEMEL KAVRAMLAR

### A. SAĞLIKLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

#### 1. Sağlık

Kişinin yalnızca hasta ya da sakat olmayışı değil; bedence, ruhça ve sosyal yönden tam bir iyilik durumunda olmasıdır. Bu tanımın içinde yalnız gözle görünen hastalık ve sakatlıklar değil iyilik halinin ruhsal ve sosyal boyutları da yer bulmuştur. Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan bu tanımlama yaygın olarak benimsenmiş ve kullanılmıştır.<sup>5</sup>

#### 2. Sağlık Hizmeti

Bireyin ve toplumun sağlığını korumak, geliştirmek; sağlıkta bir bozulma veya hastalık halinde buna tanı koymaya yönelik olarak yapılan her türlü inceleme; bu durumun düzeltilmesi, iyileştirilmesi ve ortadan kaldırılmasına yönelik her türlü tedavi ile bu nedenle ortaya çıkan geçici veya kalıcı yetersizliklerle kayıpların desteklenmesi suretiyle kişinin hayatını olabildiğince sağlıklı ve bağımsız yaşayabilmesi için yürütülen her türlü çalışma ve hizmettir. Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönerge'de sağlık hizmetleri "*insan sağlığına zarar veren çeşitli etmenlerin yok edilmesi ve toplumun bu etmenlerin etkilerinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedensel ve ruhsal yetenek ve becerileri azalmış olanların rehabilite edilmesi için yapılan hizmetler*" olarak tanımlanmıştır<sup>6</sup>. Bir başka metinde ise "*sağlığın korunması, hastalıkların tedavisi ve rehabilitasyon için yapılan çalışmaların tümü*" şeklinde açıklanmış; koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetleri ile rehabilitasyon hizmetleri olmak üzere üç ana gruba ayrılmıştır<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> World Health Organization, **Basic Documents**, 48th ed. WHO, Geneva, 2004, s. 1. <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf> (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

<sup>6</sup> Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönerge [http://www.asm.gov.tr/UploadGenelDosyalar/Dosyalar/143/MEVZUAT/24\\_01\\_2011\\_14\\_52\\_16.pdf](http://www.asm.gov.tr/UploadGenelDosyalar/Dosyalar/143/MEVZUAT/24_01_2011_14_52_16.pdf) (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

<sup>7</sup> AKDUR Recep, **Türkiye'de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması**, Ankara, 2005, s. 5. [http://www.recepakdur.com/getfile.asp?file=ab\\_turkiye\\_kiyaslama.pdf](http://www.recepakdur.com/getfile.asp?file=ab_turkiye_kiyaslama.pdf) (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

Bu tanımların hepsinde sağlık hizmeti, terimin ilk bakışta akla getirdiğinden daha geniş olarak ele alınmış, sağlığın korunması ve geliştirilmesine yönelik beslenme eğitimi, bağışıklama, el ve ağız hijyeni, vb. konular da sağlık hizmeti kavramına dahil edilmiştir.

### 3. Hasta

Kelimenin karşılığı Türk Dil Kurumu Sözlüğünde "hastalık, kaza veya yaralanma dolayısıyla fizik veya ruh sağlığı bozulmuş ve tedavi edilmesi gereken kimse, rahatsız" olarak yer almaktadır.<sup>8</sup> Hasta Hakları Yönetmeliğindeki (HHY) tanımı ise "sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse"dir (m. 4/b).<sup>9</sup> Bu tanım kelimenin uygulamadaki karşılığına daha uygundur; çünkü bir hastalığı veya rahatsızlığı olmadığı halde sağlığın izlenmesi, sağlığın korunması (aşılama), sterilizasyon, gebeliğin sonlandırılması ya da estetik kaygılarla sağlık hizmeti almak üzere başvuran bireylere de kelimenin gerçek anlamına uygun olmasa da hasta denilebilmektedir.

### 4. Hekim (doktor, tabip)

Tıp fakültesinden diploma almış olmak koşuluyla<sup>10</sup> eğitimi sırasında kazanmış olduğu bilgi, beceri ve tutumlar çerçevesinde, tıbbi ilke ve yöntemlere bağlı kalarak sağlığı koruyup geliştiren, tanı, tedavi ve rehabilitasyon uygulamaları yapan sağlık meslek mensubudur. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrası'na Dair Kanunun (TŞSTİDK) eski

<sup>8</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr> (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

<sup>9</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 01.08.1998 Resmi Gazete Sayısı: 23420.

<sup>10</sup> Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 1219, Resmi Gazete Tarihi: 14.04.1928 Resmi Gazete Sayısı: 863.

*"MADDE 1 – (Değişik: 11/10/2011-KHK-663/58 md.)*

*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.*

*MADDE 2 – Yukarki maddede yazılı diplomanın muteber olması için diploma sahibinin 8 Teşrinisani 1339 tarih ve 369 numaralı kanun mucibince hizmeti mecburesini ikmal etmiş ve diplomasının Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletince tasdik ve tescil edilmiş olması lazımdır. Tababet sanatını icra etmek isteyen askeri tabipler de diplomalarını tasdik ve tescil ettirirler. Ancak hizmeti mecburelerini ifa eyledikleri müddetçe diplomaları alıkonulan tabipler bu müddet zarfında dahi icrayı sanata mezundurlar."*

metinlerinde tıp doktoru olarak çalışmak için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak koşulu da yer alıyordu. Ancak Kanun Hükmünde Kararname ile bu koşul kaldırılmıştır.<sup>11</sup>

TŞSTİDK'da tıbbi müdahale için belli bir uzmanlık şartı aranmamaktadır, hatta sağlık memurlarının bazı küçük müdahaleleri yapmalarına izin verilmiştir (m. 3).<sup>12</sup> Mevzuatta uzmanlık şartının arandığı 3 durum vardır:

- a) TŞSTİDK'ya göre genel veya lokal anestezi ile büyük ameliyat yapmak (m. 23);
- b) Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'da<sup>13</sup> belirtilen alanlarda tedavi yapmak üzere müessese açmak (m. 2);
- c) Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu'na<sup>14</sup> göre Bakteriyoloji ve Biyokimya Laboratuvarı açmak (m.1).

Hekimler görevlerini hiçbir kuruma bağlı olmadan muayenehane açarak serbest olarak yürütebilecekleri gibi resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında da çalışabilirler. Serbest olarak görev yapan hekimler tabip odasına üye olmakla yükümlüdürler; fakat mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi

---

<sup>11</sup> Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Tarih: 11.10.2011, Numara: 663, Resmi Gazete Tarihi: 02.11.2011, Resmi Gazete Sayısı: 28103 Mükerrer.

<sup>12</sup> TŞSTİDK

*"Madde 3 – Yukarki maddelerde zikredilen tabip diplomasını ve fenni, cerrahi veya şubatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaiki lazimeyi haiz olmıyan hiç bir kimse hiç bir ameliyei cerrahiye icra edemez. Cerrahii sağireye ait ameliyat ile sünneti her tabip yapabilir. (Ek cümle: 2/1/2014–6514/20 md.) Ancak, olağanüstü ve istisnai hâllerde Sağlık Bakanlığınca düzenlenecek eğitimi alan kimseler tarafından hekim gözetiminde sünnet ameliyesi yapılmasına Bakanlıkça izin verilebilir. Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâleti tarafından açılan ve idare edilen mekteplerden mezun küçük sıhhiye memurları ve işbu mekteplere muadil tedrisat yapan mekteplerden mezun olup şahadetnameleri Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletince tasdik ve tescil edilenler talimatnamelerinde yazılı olanlara munhasır kalmak şartıyla küçük ameliyeleri yapabilirler.*

*(Ek fıkra: 21/6/2005 – 5371/ 7 md.) Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtilmek kaydıyla acil tıp teknikerleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler."*

<sup>13</sup> Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 3153, Resmi Gazete Tarihi: 19.04.1937, Resmi Gazete Sayısı: 3591.

<sup>14</sup> Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu, Kanun Numarası: 992, Resmi Gazete Tarihi: 19.3.1927 Resmi Gazete Sayısı: 580.

teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenlerin üyelikleri isteğe bağlıdır.<sup>15</sup>

Hekimin iş ve görev tanımı Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek 1'de yer almaktadır.<sup>16</sup> Buna göre:

*“Tabip ve uzman tabip;*

- a) *Tıp ve uzmanlık eğitimi sırasında kazanmış olduğu bilgi, beceri ve tutum çerçevesinde, tıbbi ilke ve yöntemleri uygulayarak birey ve toplumu sağlık sorunlarından, hastalıklardan ve yaralanmalardan koruyucu tedbirleri alır, tanı, tedavi ve rehabilitasyon uygulamaları yapar ve olası komplikasyonların önlenmesi için çalışır. Ortaya çıkan komplikasyonlarda uygun müdahaleyi yapar, gerektiğinde hastayı sevk eder.*
- b) *Tıp ve uzmanlık eğitimi sırasında kazandığı bilgi ve becerilere ilaveten, mesleği ile ilgili eğitim ve bilimsel faaliyetler yoluyla kazandığı bilgi ve beceriler çerçevesinde sanatlarını icra ederler.*
- c) *Birlikte çalıştığı diğer sağlık meslek mensupları tarafından gerçekleştirilen tıbbi bakım ve uygulamaları planlar, izler ve denetler.*
- d) *Adli vakalarda ilgili mevzuatlarda tanımlanan iş ve işlemleri yapar.*
- e) *Gerekli gördüğü durumlarda, diğer tabip, uzman tabip veya birimden konsültasyon ister. Konsültasyon istenen tabip veya uzman tabip bu isteğe icabet eder.*
- f) *Başka bir birime veya kuruma sevki gereken hastaların, tıbben gerekli şartlar sağlanarak sevk edildiği birime veya kuruma ulaşımı için gerekli tedbirleri alır.”*

<sup>15</sup> Türk Tabipleri Birliği Kanunu, Madde 7, Kanun Numarası: 6023, Resmi Gazete Tarihi: 31.01.1953 Resmi Gazete Sayısı: 8323.

<sup>16</sup> Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 22.05.2014 Resmi Gazete Sayısı: 29007.

Yukarıdaki tanımın a bendinde belirtilen yetki ve görevlerin sınırlarının somut olarak belirlenmesi gerekir. Bu sınırlar Tıp Eğitimi için "Mezuniyet Öncesi Tıp Eğitimi Ulusal Çekirdek Eğitim Programında" (Ulusal ÇEP) tanımlanmıştır.<sup>17</sup> Uzmanlık dalları için de benzer şekilde uzmanlık eğitimi çekirdek müfredatları vardır.<sup>18</sup>

## 5. Tıbbi Müdahale

Mevzuatta tıbbi müdahale kavramı sıkça yer almakla beraber net bir tanımı yalnız HHY'de yer almaktadır:

*Madde 4-g) (Ek:RG-8/5/2014-28994) Tıbbi müdahale: Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhi girişimi,  
... ifade eder.*

Doktrinde çok sık atıfta bulunulan Ayan'ın tanımına göre "*tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder. Daha kısa bir söyleyişle, tıbbi müdahale, hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir*".<sup>19</sup> Bu tanım bir kaç yönden düzeltmeyi gerektirir:

- a) Ayan, tıbbi müdahaleyi yapacak kişinin hekim olduğunu vurgulamaktadır. Herhangi bir davranışın "tıbbi müdahale" olarak nitelendirilebilmesi için gereken unsurlardan birinin hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir. Bugün hekim dışındaki sağlık meslek mensuplarının da tıbbi müdahalelerde bulunması kabul görmektedir. TŞSTİDK'nın 7. maddesine getirilen bir ek fıkra ile acil tıp teknikerleri ile acil tıp teknisyenlerinin hastaya müdahale etmesi mümkün

<sup>17</sup> Mezuniyet Öncesi Tıp Eğitimi Ulusal Çekirdek Eğitim Programı (Ulusal ÇEP) 12 Mayıs 2014 tarihinde Üniversitelerarası Kurul toplantısında ve 19 Haziran 2014 tarihinde ise Yükseköğretim Kurulu Genel Kurulunda görüşülerek 2015-2016 eğitim-öğretim yılından itibaren uygulanmak üzere kabul edilmiştir.

<sup>18</sup> Uzmanlık eğitimi çekirdek müfredatları "Tıpta Uzmanlık Kurulu Müfredat Oluşturma ve Standart Belirleme Sistemi" (TUKMOS) Komisyonları tarafından hazırlanıp Tıpta Uzmanlık Kurulu (TUK) tarafından kabul edilerek yürürlüğe girer. <http://www.tuk.saglik.gov.tr/mufredatlar.html> (Son erişim tarihi: 07.08.2016).

<sup>19</sup> AYAN Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 102, Ankara, 1991, s. 5.



olmuştur.<sup>20</sup> Ebenin doğum yaptırması, annenin dokularını keserek (epizyotomi) bebeğin doğum yolunu rahatlatması, yenidoğana canlandırma girişimi (resüsitasyon) uygulaması, aşı yapması; diyaliz teknikerinin hemodiyaliz işlemini başlatıp bitirmesi; acil tıp teknikeri ile acil tıp teknisyeninin damar içi ve kemik içi girişim ile acil ilaç ve sıvıları uygulaması, temel ve ileri hava yolu uygulamaları, endotrakeal entübasyon uygulaması, gerekli hallerde krikotirotonomi ve oksijen uygulaması, elektrokardiyografi (EKG) çekimi ve ritim değerlendirmesi, monitörizasyon, defibrilasyon, kardiyoversiyon, eksternal pacemaker gibi elektriksel tedavileri uygulaması gibi tıbbi müdahaleler görev tanımlarında mevcuttur.<sup>21</sup>

- b) Ayan, tıbbi müdahaleyi tedavi odaklı değerlendirmektedir. Ancak günümüzde tedavi odaklı olmayan tıbbi müdahaleler de vardır. Gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon, organ naklinde vericiye yapılan ameliyat kişinin bir hastalığını tedavi etme amacı olmayan tıbbi müdahalelere örnektir. Aşılama, birinci derecede yakınlarında meme kanseri olup genetik yatkınlığı bulunan kadınlara yapılan meme ameliyatı tedavi değil hastalıklardan koruma amaçlı tıbbi müdahalelerdir. Güzelleşme amacına yönelik estetik ameliyatlarda da yukarıdaki tanımın dışında kalır.

Yenerer Çakmut, tıbbi müdahale kavramını ayrıntılı olarak irdemiştir.<sup>22</sup> Onun tanımıyla "*tıbbi müdahale, kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acularını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir*". Bu ayrıntılı tanım yukarıda sözü edilen bütün çekinceleri karşılayacak şekilde yazılmıştır. Yine de herhangi bir organ eksikliği, işlev bozukluğu olmadığı durumlarda yapılan estetik müdahaleleri bu tanım içine yerleştirmek, bunu yaptırmak

<sup>20</sup> TŞSTİDK

"EK FIKRA: 21/6/2005 – 5371/ 7 md.) Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtilmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile acil tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler. Hastane öncesi acil tıbbi yardım veren personel özel tıp kıyafet giyer."

<sup>21</sup> Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 22.05.2014 Resmi Gazete Sayısı: 29007.

<sup>22</sup> YENERER ÇAKMUT Özlem, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal, İstanbul, 2003, s. 24.

isteyen bireyin mevcut durumdan duyduğu psikolojik rahatsızlığı gidermek amacına atfen mümkün olabilir.

Yenerer Çakmut kişinin yaşamına, sağlığına veya vücut tamlığına yönelik bir müdahalenin hukuka uygun bir tıbbi müdahale sayılabilmesi için gerekli şartları aşağıdaki şekilde sıralamıştır:<sup>23</sup>

- a) Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi,
- b) Yasada öngörülen amaçlara (teşhis, tedavi, hastalığı hafifletme, acıyı dindirme, hastalıktan koruma, nüfus planlaması) yönelik olması,
- c) Tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılması,
- d) Hastanın rıza göstermesi.

Hakeri tıbbi müdahalenin aşağıdaki üç şartın varlığında hukuka uygun olacağını ifade etmiştir:<sup>24</sup>

- a) Yetkili sağlık personeli tarafından yapılması,
- b) Hastanın aydınlatıldıktan sonra rıza göstermesi,
- c) Müdahalenin tıp **biliminin** verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun olması.

Yenerer Çakmut ve Hakeri'nin tanımlarındaki ortak noktalar tıbbi müdahalenin yetkili kişilerce gerçekleştirilmesi, hastanın müdahaleye rıza göstermesi ve müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olarak yapılmasıdır. Hakeri aynı zamanda müdahalenin tıp biliminin verilerine göre gerekli olmasını da aramaktadır. Bu gereklilik tıp literatüründe 'endikasyon' olarak adlandırılır. Ancak sünnet, estetik ameliyatlara, organ naklinde alıcı yararına vericiye yapılan ameliyat, sterilizasyon, gebeliğin belirli koşullarda kadının isteğiyle sonlandırılması, bilimsel araştırma kapsamında yapılan müdahaleler tıbbi gereklilik olmadığı halde kişinin isteğiyle, sosyal endikasyonla veya başka gerekçelerle yapılmaktadır. Bu müdahaleler tıp bilimine uygundur, ancak gerekli değildir. Bu tür müdahalelerden bir kısmı Hakeri'nin tanımındaki tıp biliminin verilerine göre gerekli olma

<sup>23</sup> YENERER ÇAKMUT Özlem, "Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam", **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Mersin Barosu, Ankara, 2009, s. 4-6.

<sup>24</sup> HAKERİ Hakan, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 256.

kriterini veya Çakmut'un tanımındaki "yasada öngörülen amaçlara (teşhis, tedavi, hastalığı hafifletme, acıyı dindirme, hastalıktan koruma, nüfus planlaması) yönelik olma" koşulunu yerine getirmeyebilir. Dolayısıyla hastanın rızası dahilinde yapılan bir müdahalenin hukuka uygun olması için aranan kriterin müdahalenin tıp biliminin verilerine göre gerekli olması değil, uygun olması şeklinde kabulü tıp bilimine ve uygulamasına da paralel olacaktır.

Kişinin vücut bütünlüğünü güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesine<sup>25</sup> göre; *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."* Bu açıdan bakıldığında zorunluluk olmadan yapılan veya herhangi bir kanunda yer almayan tıbbi müdahaleler açısından sıkıntılı bir durum ortaya çıkmaktadır. Hakeri endikasyonsuz bazı müdahalelere yönelik özel düzenlemeler olduğuna dikkat çekmiştir.<sup>26</sup> Organ ve doku nakli<sup>27</sup> ile rahim tahliyesi ve sterilizasyon<sup>28</sup> hakkında kanun ve yönetmelikler vardır. Ancak aşılama gibi hem bireyin hem de toplumun sağlığını korumaya yönelik, tıbbın gerekli bulduğu, toplumda da genel kabul görmüş bir uygulamanın Umumi Hıfzıssıhha Kanununda düzenlenen birkaç özel durum<sup>29</sup> dışında yasal zemini yoktur.<sup>30</sup> Kanunda yer almasa ve tıbbi gereklilik olmasa bile, sünnet gibi ahlaka ve etiğe aykırı olmayan müdahaleler sosyal ve

<sup>25</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Resmi Gazete Tarihi: 09.11.1982, Resmi Gazete Sayısı: 17863 (Mükerrer).

<sup>26</sup> HAKERİ, 2012, s. 404.

<sup>27</sup> Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2238, Resmi Gazete Tarihi: 03.06.1979 Resmi Gazete Sayısı: 16655; Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 01.02.2012, Resmi Gazete Sayısı: 28191.

<sup>28</sup> Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, Resmi Gazete Tarihi: 18.12.1983, Resmi Gazete Sayısı: 18255; Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 6/10/1983, Resmi Gazete Sayısı: 18183.

<sup>29</sup> Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Kanun Numarası: 1593, Resmi Gazete Tarihi: 06.05.1930, Resmi Gazete Sayısı: 1489.

Türkiye limanlarına gelen gemi yolcu ve mürettebatına aşı yapılması (Madde 49/6); komşu ülkelerde bir salgın halinde karadan veya nehir yolu ile gelenlere aşı yapılması (Madde 54/2); ülkede bir salgın hastalık varlığında (Madde 57) hastalara veya hastalığa maruz kalanlara aşı yapılması (Madde 72/2) dışında kanunda zorunlu tutulan tek aşı, bugün hastalığın artık görülmemesi nedeniyle uygulamadan kaldırılan çiçek aşısıdır (Madde 88-94).

<sup>30</sup> Sağlık Bakanlığının belirlediği program çerçevesinde yapılan aşılarla ilgili yasal düzenleme bulunmadığından bu boşluktan yararlanarak aşılama karşı çıkanlar vardır. Yakın zamanda bir Cumhuriyet Savcısı yan etkileri ileri sürerek çocuğunu aşılatmamış ve yargılama sürecinde haklı bulunmuştur. Aşılamayı kabul etmeyen anne-babalar aslında aşı ile önlenen hastalıklar toplumumuzda artık sık görülmediği için bunların ne sonuçlar vereceğini bilmediklerinden, internet ortamındaki bilgi kirliliğinin etkisiyle, bu hastalıklarla karşılaştırıldığında hiç de önemsenmeyecek oranlardaki aşı yan etkilerini gözlerinde büyütürken bu uygulamayı kabul etmiyorlar. Onlar somut verilerle aydınlatılmalı ve ikna edilmeleri için gayret sarf edilmelidir. Aslında çocuğunu aşılatmamayı seçen anne babaların, çocuk aşı ile korunmadığı için bir hastalığa yakalandığında, ihmal ve istismardan yargılanması gerekir.

psikolojik endikasyonla, tıbbın kabul ettiği sınırlar içerisinde, hastanın veya yasal temsilcisinin rızası ile yapılabilir.

Hastanın tıbbi müdahaleye rızasının geçerli olabilmesi için rıza, kişinin üzerinde geçerli olarak tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmalı, bilinçli ve serbest iradeyle verilmeli, hukuka ve ahlaka aykırı olmamalıdır.<sup>31</sup> Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillerle ilgili 63. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>32</sup> Buna göre kanunun verdiği yetki, zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde fiil hukuka aykırı sayılmaz. Tıbbi müdahaleye rıza ile ilgili ayrıntılı açıklamalar haksız fiil bölümünde ele alınacaktır.<sup>33</sup>

## 6. Komplikasyon

Komplikasyonun kelime anlamı karmaşıklığıdır;<sup>34</sup> olayı veya seyri güçleştiren, karmaşık hale getiren şey anlamında kullanılır. Tıbbi müdahale bağlamında komplikasyon da hastalığın seyrini karmaşık hale getiren herhangi bir şey olabilir. Bu açıdan bakıldığında komplikasyon kelimesi, hekimin kusurlu olup olmadığına dair bir anlam içermemektedir. Ancak hekim sorumluluğunun değerlendirilmesi bakış açısıyla komplikasyon kavramı aşağıda açıklandığı üzere biraz farklı bir şekilde ele alınmaktadır.

Her tıbbi müdahale hedeflendiği şekilde olumlu sonuçlanmayabilir. Bunun altında bireysel farklılıklar nedeniyle hastalıkların farklı kişilerde farklı klinik seyirler göstermesi, yapılan müdahaleye insan organizmasının farklı bireysel tepkiler verebilmesi, birden fazla faktörün etkisi altındaki durumlarda kontrol edilemeyen diğer etkiler gibi nedenler yatabilir. Hastanın çok genç veya çok yaşlı olması, sigara kullanımı, altta yatan hastalıklar, başka bir nedenle kullanılan ilaçlar gibi pek çok nedenle yapılan tıbbi müdahaleler olumsuz sonuç verebilir. Özenle yürütülmüş, tıp biliminin bütün gereklerinin yerine getirildiği bir girişimde bile ortaya çıkabilecek bu olumsuz sonuca komplikasyon adı

<sup>31</sup> OĞUZMAN Kemal, SELİÇİ Özer, OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, 14. Bası, İstanbul, 2014, s. 196.

<sup>32</sup> Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, Resmi Gazete Sayısı: 27836, Madde 36.

<sup>33</sup> Bknz s. 69

<sup>34</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr> (Son erişim tarihi 08.07.2016).

verilir. Ortaya çıkan olumsuz sonuç öngörülemeyen ve/veya önlenemeyen bir sonuç ise hukuk öğretisinde bu durum "izin verilen risk" olarak da adlandırılmaktadır.<sup>35</sup> Tehlikeli ve riskli, ancak toplum için yapılması gerekli mesleklerde ceza tehdidi altında olmadan zararlı sonuçların oluşmasına izin verilen bir alan bırakılmasına ihtiyaç vardır. Ancak risk veya tehlike amaçlanan yarardan orantısız şekilde büyük olamaz. İzin verilen riskin önkoşulu özen göstermek; başka bir deyişle riskleri en aza indirgeyecek şekilde davranmak, buna rağmen risk oluştuğunda da bunu erkenden belirleyip zararlı sonuçları azaltacak önlemleri almaktır.<sup>36</sup>

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesine göre hekim bilimsel gerekliliklere uygun şekilde yürütülen teşhis ve tedavi faaliyetlerinin olumsuz sonuçlanmasından sorumlu tutulamaz.<sup>37</sup> Hekimin komplikasyondan sorumlu tutulmaması için aşağıdaki koşulların yerine getirilmiş olması gerekir:

- a) Tıbbi müdahaleyi yapacak hekim buna yetkili olmalıdır. Ameliyat yapabilmek veya özellikli girişimler için ilgili branşın uzmanı olmak gerekir.
- b) Tıbbi müdahale baştan sona özenle yürütülmelidir.
- c) Tıp biliminin gerekleri yerine getirilmiş olmalıdır.
- d) Ortaya çıkabilecek herhangi bir komplikasyonun öngörülebilmesi veya erken fark edilebilmesi için bütün önlemler alınmalıdır.
- e) Komplikasyon ortaya çıktığında buna derhal müdahale edebilecek şekilde hazırlıklı olunmalıdır.

Hekim komplikasyondan sorumlu tutulmasa da, yapılacak tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkabilecek komplikasyonlar konusunda hastanın aydınlatılmamış olması kusur sayılabilir.<sup>38</sup> Komplikasyonlardan söz etmeyerek yapılacak bir müdahaleyi olduğundan basit gösterip hastayı ikna etmeye çalışmak aldatma olarak değerlendirilebilir. Aldatma

<sup>35</sup> ÜNVER Yener, Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku, **Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 61, 65, 66.

<sup>36</sup> ÜNVER Yener, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 189.

<sup>37</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Resmi Gazete Tarihi: 19.02.1960, Resmi Gazete Sayısı: 10436.

*"MADDE 13: Tabip ve dış tabibi, ilmi icapları uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. (...)"*

<sup>38</sup> GÖKCAN Hasan Tahsin, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 282.

TBK'nın 36. maddesinde irade bozuklukları başlığı altında ele alınmıştır. Aldatanın bu kusuru aldatılan lehine tazminat alacağı doğurabilir.<sup>39</sup>

## 7. Malpraktis

Latince “Male” ve “Praxis” kelimelerinden türemiş olup kötü, hatalı uygulama anlamına gelir. Başka birinin zararına neden olan, meslek erbabı kişinin kötü, dikkatsiz faaliyeti, bir işi profesyonelce yapmakta olan kişilerin, kötü ve hatalı uygulamaları, makul olmayan beceri ve özen eksiklikleri sonucu hizmet alanın zarar görmesi olarak tanımlanabilir.<sup>40</sup> Bu açıdan bakıldığında her meslek grubu için malpraktisten söz edilebilir. Tıp alanını ilgilendiren bir hatalı uygulama “tıbbi malpraktis” olarak nitelendirilmelidir, ancak tek başına malpraktis kelimesi yaygın olarak bu anlamda kullanılmaktadır.

Komplikasyon tanımında hekimin sorumlu tutulmamasını sağlayan koşullardan bir veya daha fazlası yerine getirilmediğinde hatalı tıbbi uygulama, kötü tıbbi uygulama anlamına gelen malpraktisten söz edilir. Türk Tabipleri Birliği'nin Hekimlik Meslek Etiği Kuralları<sup>41</sup> hekimliğin kötü uygulanması başlığıyla malpraktisi şöyle tanımlamıştır:

*" Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice)*

*Madde 13-Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir."*

Malpraktis özen yükümlülüğünün ihlali kapsamında değerlendirilebilir; hasta ile hekim arasındaki sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil oluşturabilir. Malpraktis nedeniyle tazminat söz konusu olması için zarar meydana gelmiş olmalıdır.<sup>42</sup> Ancak kanımca hasta açısından hiçbir zarar oluşmasa ve dolayısıyla haksız fiil teşkil etmediğinden tazminat isteme imkanı olmasa bile, her hatalı tıbbi müdahale malpraktis olarak kabul edilmeli; sağlık kurum ve kuruluşları ile meslek örgütleri hatalı tıbbi uygulamalar yönünden tetikte olmalı ve özdenetimi ihmal etmemelidir.

<sup>39</sup> EREN Fikret, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 19. baskı, Ankara, 2015, s. 397.

<sup>40</sup> ÜNVER Yener, 2008, s. 54.

<sup>41</sup> Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Yayın Tarihi: 01.02.1999.  
[http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31) (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

<sup>42</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul, 2016, s. 38.

Komplikasyon ve malpraktisin ayırt edilmesi önemli bir konudur. Herhangi bir tıbbi müdahale ile ilgili olarak mahkemeye intikal eden malpraktis iddiası varsa, hakimin mesleki bilgi ve deneyimi ile malpraktis olup olmadığının değerlendirilmesi genellikle mümkün olmayacağından bilirkişiye başvurulur.<sup>43</sup> Bilirkişiden beklenen hastanın uğradığı iddia edilen zararın hekim veya hastane hatası nedeniyle ortaya çıkıp çıkmadığının, bunun bir komplikasyon mu, malpraktis mi olduğunun belirlenmesidir. Konusunda uzman bilirkişiler ilgili kişilerin ifadeleri, tıbbi kayıtlar, laboratuvar incelemelerinin sonuçları ve başka her türlü belgeyi inceleyip somut gerekçelere dayandırarak raporlarını yazarlar. Bu raporda davranışın kusurlu olup olmadığı, kusurlu ise uğranılan zarar ile saptanan kusurlu bir davranış arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı belirtilmelidir.<sup>44</sup>

## 8. Hastane

Ayakta ve/veya yatarak hasta tetkik, muayene ve tedavilerinin yapıldığı yataklı sağlık kurumlarına hastane denir. Sağlık Bakanlığına bağlı olarak ya da devlet veya vakıf üniversitelerinin bünyesinde faaliyet gösterebilecekleri gibi özel hastane olarak da işletilebilirler. Özel hastane kavramına takip eden bölümde ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

<sup>43</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, Resmi Gazete Sayısı: 27836.

*"MADDE 266- (1) Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz."*

<sup>44</sup> DEMİR Mehmet, Tıbbî Sorumluluk ve Tazminat Davalarında Bilirkişinin Rolü, **IV. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara Barosu, Ankara, 2012, s. 433.

## B. ÖZEL HASTANELER

### 1. Genel Bakış

Devletin sağlıkla ilgili görevleri Anayasa'nın sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması başlıklı 56. maddesinde ifade edilmiştir.<sup>45</sup> Buna göre Devlet, sağlık hizmetleri ile ilgili görevini sadece kamu hastaneleri aracılığıyla değil, özel kurumlardan yararlanıp onları denetleyerek de yerine getirebilmektedir. Özel Hastaneler Anayasa'da belirtilen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının gerçekleşmesi bağlamında gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olarak Sağlık Bakanlığı izniyle kurulan ve Bakanlık denetiminde işletilen sağlık kuruluşlarıdır. Esas amacı sağlık sektöründen kazanç elde etmek olmakla beraber sektörün özellikleri düşünüldüğünde kamu hizmeti görürler.

Hususi Hastaneler Kanununun (HHK)<sup>46</sup> 1. maddesinde, özel hastaneler "devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişleri zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları" olarak tanımlanmıştır. Vakıf üniversitelerinin hastaneleri de özel hastane niteliğindedir.

Özel Hastaneler bir ya da daha fazla uzmanlık dalında hasta kabul ve tedavi ederler; hasta kabul edecekleri dallar açılma izinlerinde belirtilir. Özel hastanelerin temel özellikleri, hizmet, fiziki altyapı ve tıbbi donanım standartları Özel Hastaneler Yönetmeliği'nde (ÖHY)<sup>47</sup> belirtilmiştir. En az 100 yatağa sahip olması koşulu bulunmakla

<sup>45</sup> T.C. Anayasası

*"MADDE 56– Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*

*Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.*

*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.*

*Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.*

*Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."*

<sup>46</sup> Hususi Hastaneler Kanunu, Kanun Numarası: 2219, Resmi Gazete Tarihi: 05.06.1933, Resmi Gazete Sayısı: 2419.

<sup>47</sup> Özel Hastaneler Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 27.03.2002, Resmi Gazete Sayısı: 24708.

*"Madde 5- Özel hastaneler, bu Yönetmelikte asgari olarak öngörülen bina, hizmet ve personel standartlarını haiz olmak kaydıyla, yirmi dört saat süreyle sürekli ve düzenli olarak, bir veya birden fazla uzmanlık dalında hastalara ayakta ve yatırarak muayene, teşhis ve tedavi hizmeti verir.*

*Özel hastanelerde gözlem yatakları hariç en az yüz hasta yatağı bulunur. Ancak atıl kapasiteye yol açılmaması bakımından, Bakanlıkça belirlenen sağlık hizmet bölgelendirmesine göre planlanan hekim*



beraber Sağlık Bakanlığınca belirlenen ihtiyaçlar doğrultusunda elli yatağın altına düşmeyecek şekilde özel hastane açılmasına izin verilebilir.

İstanbul ilinde SGK sözleşmesi ile faaliyet gösteren özel hastanelerin sayısı 137'dir.<sup>48</sup>

## 2. Özel Hastanelerin Bağlı Olduğu Mevzuat

Özel hastanelerin işleyişi ile ilgili temel mevzuat "HHK", "Özel Hastaneler Tüzüğü" (ÖHT)<sup>49</sup> ve "ÖHY"dir. Bunun dışında TŞSTİDK ve faaliyet alanlarıyla ilgili olarak diğer sağlık mevzuatının hükümlerine de tabidirler.

## 3. Özel Hastanelerin Kuruluşu

Bir özel hastane açılmadan önce Sağlık Bakanlığından ön izin alınması gerekir. Kuruluş ve ruhsatla ilgili işlemler "Özel Sağlık Tesisleri Ruhsatlandırma Daire Başkanlığı"nın denetiminde, ÖHY'de belirtilen usul ve esaslara göre yürütülür. Bina yeri seçimi, bina projesi, hizmet ünitelerinin niteliklerinde de yönetmelikte belirtilen hususlara uyulur.

## 4. Özel Hastanelerin Yönetimi ve İşleyişi

Özel hastaneler gerçek veya tüzel kişiler tarafından işletilir. Bu tüzel kişilik dernek, vakıf veya ticaret şirketi olabilir. Birden fazla kişi bir araya gelip ortaklık kurarak bir özel hastane açıp işletebilirler.<sup>50</sup>

Özel hastanelerin tıbbi, idari ve teknik hizmetleri bir mesul müdür sorumluluğunda yürütülür. Mesul müdür, gerekli koşulları sağlıyorsa hastane sahibi olabilir (HHK m. 19); ya da hastane sahibi tarafından görevlendirilir. Bu görevlendirme Bakanlığa iletilmek

---

*sayısı ve hizmet ihtiyacı doğrultusunda Planlama ve İstihdam Komisyonunun görüşü alınarak ellinin altında olmamak kaydıyla yüz yatağın altında özel hastane açılmasına izin verilebilir."*

<sup>48</sup> <https://gss.sgk.gov.tr/OzelSHSBilgi/pages/shsSorgu.faces> (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

<sup>49</sup> Özel Hastaneler Tüzüğü, Resmi Gazete Tarihi: 10.01.1983, Resmi Gazete Sayısı: 17924.

<sup>50</sup> AYAN Mehmet, 1991, s. 129.

üzere Müdürlüğe bildirilir. Mesul müdürün görev, yetki ve sorumluluklarına aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecektir.<sup>51</sup>

Özel hastanenin sahibi gerçek kişi veya kişiler değil de bir tüzel kişilikse bu durumda mali işleri yürütüp yönetimi kontrol etmek amacıyla bir yönetim kurulu oluşturulur (HHK m. 10).

ÖHY uyarınca hizmet verilen branşlar ve hasta yatak sayıları faaliyet izin belgesinde belirtildiği şekilde olmalıdır. Genel hastanelerde poliklinik ve kliniklere ek olarak acil ve yoğun bakım ünitelerinin, radyoloji, biyokimya veya mikrobiyoloji laboratuvarlarının bulunması gerekir. Faaliyet tam gün olarak sürer. Polikliniklerde muayene ilgili hekimlerce yapılır. Acil ünitesinde hekim bulunması zorunludur. Nöbet listeleri haftalık olarak düzenlenir. Tıbbi kayıtlar usulüne uygun olarak tutulur, arşivlenir ve saklanır. Tıbbi kayıtlar dijital olarak veya yazılı kayıt sistemi ile tutulabilir.

## **5. Özel Hastanelerin Denetimi**

Özel hastaneler ÖHY'de düzenlenen usul ve esaslara göre denetlenir. Buna göre denetimler, şikayet üzerine yapılan inceleme ve soruşturmalarda Bakanlıkça Komisyona yaptırılabilir gibi, Bakanlık müfettişleri tarafından olağan ve olağan dışı olarak da yapılabilir. Ayrıca sağlık müdürlüklerinin “Özel Yataklı Sağlık Hizmetleri Şube Müdürlüğü” tarafından altı ayda bir rutin olarak denetlenir. Bu denetimlerde personel, tıbbî donanım, ilaç, tesis, bina ve diğer standartlar ile tıbbî hizmetler açısından öngörülen diğer şartlar bakımından tespit edilen eksiklik ve usulsüzlükler rapor edilir. Bu eksiklik ve usulsüzlüklerin hemen veya belirli bir sürede giderilmesi istenir, ya da hastane faaliyetleri geçici veya süresiz olarak durdurulur.

---

<sup>51</sup> Bknz. s. 20, 21.

## C. ÖZEL HASTANELERDE ÇALIŞAN HEKİMLER

### 1. Hekimlerin Özel Hastanelerde Çalışma Şekilleri

Hekimlerin özel hastanelerde kadrolu, geçici kadrolu veya hastane dışından hizmet satın alma pozisyonunda çalışmaları mümkündür.

Sağlık Bakanlığı, sağlığa ayrılan kaynakların akılcı kullanımını, sağlık insan gücü ihtiyacının doğru tespit edilmesi, ülke genelinde dengeli dağılımın sağlanması ve atıl kapasite yaratılmaması amacıyla kamu hastanelerinin yansıra özel hastanelerde de hekim kadrolarını belirlemekte ve denetlemektedir. Özel hastane kadroları, ÖHY'nin 6. maddesi uyarınca ve sağlık hizmet bölgelendirmesine<sup>52</sup> göre planlanan hekim sayısı ve hizmet ihtiyacı dikkate alınarak belirlenir ve yatırım listesinde ilan edilir.

Sağlık Bakanlığı, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünce ruhsatlandırılan özel sağlık kuruluşlarını Özel Sağlık Kuruluşları Bilgi Yönetim Sistemi üzerinden takip eder. Bu sistem personel, taşınırlar ve sağlık kurumlarının izlenmesi için geliştirilen Çekirdek Kaynak Yönetim Sistemi ile entegre olarak çalışır. Böylece özel sağlık kuruluşlarının kimlik, ruhsat, cihaz, ambulans, donanım, laboratuvar, iletişim ve hizmet kapasite dağılımı gibi bilgilerin yanı sıra personel bilgileri de izlenebilir. Özel hastaneler doktorlarını bu sisteme kaydederler ve Doktor Bilgi Bankası aracılığıyla otomatik doğrulama işlemleri gerçekleştirilir.<sup>53</sup>

Özel hastanelerde bulundurulacak hekimlerin en az sayıları ÖHT'de düzenlenmiştir. Tüzüğün ek 1 sayılı çizelgesinde açılış izninde yazılı kabule yetkili bulunduğu her uzmanlık dalında en çok 30 yatak için 1 uzman hekim çalıştırılacağı belirtilmektedir.

Kadro konusu ÖHY'de daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır.<sup>54</sup> Buna göre mesul müdür hastanenin her bir uzmanlık dalı için toplam kadrosunu, kullanabileceği kadrosunu ve aktif çalışanını elektronik sistemde takip eder, hekim ayrılış ve başlayış tekliflerini bu sistem üzerinden yapar ve çalışma belgelerini düzenler.

<sup>52</sup> AKDAĞ Recep, **T.C. Sağlık Bakanlığı Yataklı Sağlık Tesisleri Planlama Rehberi Özet Kitap**, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2011. [http://rapor.saglik.gov.tr/SHGM/shgm\\_yatirim.pdf](http://rapor.saglik.gov.tr/SHGM/shgm_yatirim.pdf) (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

<sup>53</sup> Sağlık Bakanlığı, Strateji Geliştirme Başkanlığı, **Sağlık Bakanlığı Faaliyet Raporu 2014**, s. 25. [https://sgb.saglik.gov.tr/content/files/faaliyet\\_raporu\\_2014/faaliyet\\_raporu\\_2014/index.html](https://sgb.saglik.gov.tr/content/files/faaliyet_raporu_2014/faaliyet_raporu_2014/index.html) (Son erişim tarihi: 08.07.2016)

<sup>54</sup> ÖHY Madde 6, 7, 19, Ek Madde 5, 8, Geçici Madde 9, 13, 14.

Hekimler özel hastanelerde hizmet sözleşmesiyle çalışırlar. Hizmet sözleşmesi, TBK'nın 393. maddesinde "işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Buna paralel olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde de "*bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme*" tanımı yer almaktadır.<sup>55</sup> Aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi değildir, ancak süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur.

İş sözleşmesi belirli veya belirsiz süreli (İş Kanunu m. 11)<sup>56</sup> yapılabileceği gibi çalışma biçimleri bakımından tam veya kısmi süreli (İş Kanunu m. 13)<sup>57</sup> yapılabilir. Hekimlerin özel hastanelerle yaptıkları iş sözleşmesi "belirli süreli" olarak düzenlense bile eğer esaslı bir nedene dayalı olmadan sözleşme bitiminde tekrarlanıyorsa artık "belirsiz süreli" olarak kabul edilir. Tam süreli hizmet sözleşmesiyle hekim özel hastanede normal haftalık çalışma süresini kapsayacak şekilde çalışır. Kısmi süreli hizmet sözleşmesi söz konusuysa haftalık çalışma süresi tam süreli sözleşmedekinden daha kısadır. İş Kanununun 14. maddesine dayandırılarak hekimler hastanelerde ihtiyaç duyulması halinde çağrı üzerine çalışacak şekilde de sözleşme yapabilirler.<sup>58</sup> Özel hastaneler hekimle yaptıkları sözleşmeye bir deneme kaydı koyabilirler. Bu madde taraflara deneme süresi içinde

---

<sup>55</sup> İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Resmi Gazete Tarihi: 10.06.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25134.

<sup>56</sup> İş Kanunu

*"Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi*

*MADDE 11 - İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar."*

<sup>57</sup> İş Kanunu

*"Kısmî süreli ve tam süreli iş sözleşmesi*

*MADDE 13 - İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir.*

*..."*

<sup>58</sup> İş Kanunu

*"Çağrı üzerine çalışma:*

*MADDE 14 - Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir.*

*... Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır.*

*..."*

sözleşmeyi uyarıya gerek olmadan veya tazminat hakkı doğmadan feshedebilme hakkı doğurur (İş Kanunu m. 15)<sup>59</sup>.

Hekimlerin özel hastanelerde bu şekilde hizmet sözleşmesi ile ücret karşılığı çalışabilmelerinin yanı sıra, şirket ortağı olan veya mesleğini serbest icra eden hekimlerin hizmet satma pozisyonunda kendi adlarına fatura düzenleyerek çalışmalarını da mümkündür. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na<sup>60</sup> 23.04.2015 tarihinde ilave edilen ek 10. madde ve buna dayandırılarak SGK tarafından yayımlanan Genelge<sup>61</sup> ile doktorların özel hastanelerdeki hizmetlerinin statüsü ve bu hizmetten kaynaklanan vergilendirmelerde değişikliklerin önü açılmıştır. Böylece hastaneler, dışarıdan hizmet alımı yapmış olacağı için prim ödeme, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ve yıllık izin gibi yükümlülüklerden kurtulmuştur. 4/b statüsünde çalışan doktor ise yüzde 20 stopajın dışında, belli bir tutarı aşan geliri için yılsonunda gelir vergisi mükellefi olacağı gibi işyeri olarak gösterdiği mekanlar için ilgili mevzuata uygunluk şartını yerine getirmekle yükümlü olmuştur.

## 2. Mesul Müdür

Özel hastanelerin tıbbî, idarî ve teknik hizmetleri ÖHY'nin 16. maddesi uyarınca bir mesul müdür sorumluluğunda yürütülür. Hastanenin her türlü mali ve idari işlerinin yanı sıra hastaların tıbbi uygun tedavi ve istirahatlerini teminden sorumludurlar (HHK, m.

<sup>59</sup> İş Kanunu

*"Deneme süreli iş sözleşmesi*

*MADDE 15 - Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir.*

*Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir. İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır."*

<sup>60</sup> Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Resmi Gazete Tarihi: 16.06.2006, Resmi Gazete Sayısı: 26200.

Değişiklik yapan Kanun: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5510, Resmi Gazete Tarihi: 23.04.2015, Resmi Gazete Sayısı: 29335.

*"EK MADDE 10:...*

*Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişiler, özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet vermeleri hâlinde sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılır."*

<sup>61</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı 2015-19 sayılı Genelge, Tarih: 03.07.2015.

<http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/5948ee4f-f16f-422f-8581-8d117de5e210/2015-19-d%C3%BCzeltme+yap%C4%B1ld%C4%B1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5948ee4f-f16f-422f-8581-8d117de5e210> (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

23). Mesul müdür Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmalı, 1219 sayılı TŞSTİDK hükümlerine göre Türkiye'de hekimlik yapma koşullarını taşımaları, Türkiye'de iki yılı kamu ya da özel hastanelerde olmak üzere, en az beş yıl tabiplik yaptığını belgeleyebilmeli ve herhangi bir suçtan dolayı ağır hapse veya yüz kızartıcı suçlar yüzünden hapse mahkum olmamalıdır (ÖHY m. 16). 2009 yılında 16. maddeye getirilen bir ek fıkra ile mesul müdürün görev yaptığı hastanenin dışında muayenehane veya başka bir sağlık kurum/kuruluşunda çalışması yasaklanmıştır.

### 3. Yabancı Uyruklu Hekimler

Önceden yabancı uyruklu doktorların Türkiye'de çalışmalarına izin verilmezken Kasım 2011'de 1219 sayılı TŞSTİDK'nın 1. maddesinde Kanun Hükmünde Kararname<sup>62</sup> ile yapılan değişiklik sonucu hekim olarak çalışmak ve hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şartı yeterli olmuştur. Bunun ardından Sağlık Bakanlığı yabancı doktorların ve diğer sağlık meslek mensuplarının özel sağlık kuruluşlarında çalışma esaslarını bir yönetmelikle belirlemiştir.<sup>63</sup> Bu düzenlemeyle diploma veya uzmanlık belgelerinin denkliği onaylanmış ve Sağlık Bakanlığınca tescil edilmiş yabancı sağlık mensupları mesleklerini icra etmesine engel bir hal olmaması, çalışma izni almaları ve Üniversitelerin Türkçe Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezleri tarafından yapılan Türkçe dil sınavında Avrupa Dil Portfolyosu kriterlerine göre (B) veya üzeri seviyede başarılı olmaları koşuluyla özel hastanelerde çalışabilmektedir. Yabancı İstihdamı Kanun Tasarısı ise yabancıların kamuda çalışabilmelerinin önünü açmak üzere hazırlanmıştır<sup>64</sup>. Türk soylu yabancıların kamu, özel kurum, kuruluş veya işyerlerinde çalışmaları ile ilgili olarak önceden yapılmış düzenlemeler mevcuttur.<sup>65,66</sup> Yabancı uyruklu hekimlerin Türkiye'de çalışmaları ile ilgili

<sup>62</sup> Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Tarih 11.10.2011, Sayı: 663, Yayımlandığı Resmi Gazete'nin tarihi: 02.11.2011, Sayısı: 28103 (mükerrer).

<sup>63</sup> Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye'de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, Yayımlandığı Resmi Gazete'nin tarihi: 22.02.2012, Sayısı: 28212.

<sup>64</sup> Yabancı İstihdamı Kanun Tasarısı, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-1035.pdf> (Son erişim tarihi: 09.07.2016).

<sup>65</sup> Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 2527, Resmi Gazete Tarihi: 29.09.1981, Resmi Gazete Sayısı: 17473.

<sup>66</sup> Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu veya Özel Kurum, Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine Dair Kanunun Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik, Yayımlandığı Resmi Gazete'nin tarihi: 14.01.1983, Sayısı: 17928.

düzenlemeler Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan hekimlerin mağduriyetine yol açmaktadır.<sup>67</sup>



---

<sup>67</sup> YGS/LYS ile karşılaştırıldığında başarı şansının nispeten daha yüksek olduğu "Yabancı Uyruklu Öğrenci Sınavı (YÖS) ile girdiği tıp fakültesini Türkiye'de bitirmiş, bu nedenle Türkçe'yi rahatlıkla anlayıp konuşabilen bir kişi devlet hizmeti yükümlülüğü de olmadığı için rahatlıkla istediği şehirdeki bir hastanede çalışmaya başlayabilmektedir. Aynı çifte standart yabancı uyrukluların uzmanlık eğitime başlamaları ve sonrasında devlet hizmeti yükümlülüğü olmadan çalışmalarında da yaşanmaktadır. Çifte vatandaşlığa sahip olanların durumu da benzerdir.

## İKİNCİ BÖLÜM

# HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU

### A. HEKİMİN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUNUN KAYNAKLARI

Günlük dilde sorumluluk bir kişinin kendi davranışlarının veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesidir. Hukukun koruduğu değerler, özellikle şahıs ve malvarlığı hakları zarar gördüğünde bu zararların belirli ilkeler doğrultusunda bu zararı veren kişiye yüklenmesi sorumluluk hukukunun konusudur.

Hukuki anlamda sorumluluk, hukuk düzeninde yer alan bir hukuk kuralına veya taraflar arasındaki hukuki ilişkiye aykırı bir davranıştan doğan sorumluluğu ifade etmektedir.<sup>68</sup> Öğretide kullanılan bu geniş anlamıyla sorumluluk hukuku, hem sözleşmeden doğan sorumluluğu hem de sözleşme dışı sorumluluğu kapsar. Ancak haksız fiil denilen genel davranış kurallarına aykırılık ile önceden mevcut bir borca aykırılık farklı rejimlere tabidir.<sup>69</sup> Bu nedenle doktrinde sorumluluk hukuku sıklıkla dar anlamda sadece sözleşme dışı sorumluluk hallerini ifade edecek şekilde kullanılmakta ve böylece sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluktan ayırt edilmektedir.<sup>70</sup>

Hekim tıbbi faaliyetlerini yürütürken hukuka aykırı bir davranışla hastasına zarar verdiğinde bu zarardan sorumludur ve tazmin etmekle yükümlüdür. Özel hastanede çalışan bir hekimin özel hukuk sorumluluğunun dayanakları TBK'da aşağıdaki bölümlerde ele alınmıştır:

- 1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri (TBK Madde 1-48),
- 2) Haksız fiillerden doğan borç ilişkileri (TBK Madde 49-76),
- 3) Vekâletsiz işgörmeye (TBK Madde 526-531),

<sup>68</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 490.

<sup>69</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 37.

<sup>70</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 490.



Bu üç sorumluluk kaynağı dışında bir de sözleşme kurmak amacıyla bir araya gelen, ancak aralarında sözleşme kurulamayan durumda taraflar arasında "*Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*" (Culpa In Contrahendo) vardır. Burada görüşmecilerden biri diğerine, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan dolayı sorumlu olur.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 1128.

## B. ÖZEL HASTANEDE HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİ

### 1. Hasta ile Hekim Arasında İlişkinin Kurulması

Hasta ile hekimin özel hastanede karşılaşması birkaç farklı şekilde olabilir. Karşılaşmanın şekline göre, hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin niteliği de değişecek ve hekimin hukuki sorumluluğunun tespiti bu doğrultuda değerlendirilecektir. Farklı ihtimaller şu şekilde sıralanabilir:

- a) Hasta hekim ayırımı gözetmeksizin bir rahatsızlık nedeniyle özel hastaneye başvurduğunda o an hizmet veren bir hekime hastane tarafından yönlendirilebilir. Bu durumda öncelikle hasta ile hastane arasında bir sözleşme kurulmuş olur. Hekim, hasta ile hastane arasındaki sözleşmenin tarafı olmayıp bu sözleşmenin ifasında hastanenin yardımcı kişisi konumundadır.<sup>72</sup>
- b) Hasta önceden tanıdığı, adını duyduğu bir hekime muayene olmak ya da daha önce zaten muayenehanesinde veya üniversite hastanesinde muayene olduğu bir hekime bu kez de özel hastanede muayene olmak veya onun tarafından tetkik veya tedavi edilmek için özel hastaneye başvurmuş olabilir. Bu durumda hasta ile hem hekim, hem de hastane arasında ayrı ayrı sözleşme ilişkileri kurulabilir.
- c) Hasta bilinçli bir tercih yapmadan başkaları tarafından hastaneye getirilmiş olabilir. Aniden hastalanan veya bir kazada yaralanan bilinci kapalı hasta, ya da hastalığının ağırlığı nedeniyle seçim yapamayacak veya iradesini açıklayamayacak durumda olan hasta buna örnektir. Bu durumda hastanın irade beyanı olmadığından hekim ile arasında sözleşme kurulamaz. Hastayı getiren kişi (uygulamada genelde karşılaşıldığı üzere hasta yakını), yukarıda a) şıkkında açıklanan ilk ihtimalde olduğu gibi ya doktor, ya da hem doktor hem hastane ile hastanın tedavisi için sözleşme ilişkisine girebilir. Bu sözleşme, hasta yakını ile hastane arasında kurulsun da, tedavi ve bakımı konu alan, üçüncü kişi, yani hasta yararına bir sözleşmedir. Ancak bazı durumlarda hastanın örneğin bir taksici gibi yakını olmayan üçüncü kişiler tarafından veya ambulans ile hastaneye getirilmesi ve yanında bir yakını olmaması mümkündür. Bu durumda sözleşme ilişkisinden söz edilemez; aşağıda açıklanacağı üzere, vekâletsiz

---

<sup>72</sup> ÇELİK Ahmet Çelik, Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu, [http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/465\\_hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.pdf](http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/465_hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.pdf) (Son erişim tarihi: 08.07.2016)

iş görme<sup>73</sup> ve haksız fiil<sup>74</sup> hükümleri devreye girer. Sözleşme ilişkisinin kurulduğu durumlarda da haksız fiil ve vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanabilir.

## 2. Hasta ile Özel Hastane İşletmecisi Arasında İlişkinin Kurulması

Hasta ile özel hastane işletmecisi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği sorumluluğun esaslarını belirler. Bu açıdan ele alındığında hasta ile hastane arasında sözleşme, haksız fiil veya vekaletsiz işgörme ilişkisi ortaya çıkabilir. Bunların dışında henüz hastayla hastane arasında sözleşme ilişkisinin kurulmayıp sözleşme görüşmelerinin yapıldığı aşamada da sorumluluk doğduğu kabul edilir; buna "*Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*" (Culpa In Contrahendo) adı verilir. Bazı durumlarda birden fazla sorumluluk sebebi bir arada bulunup birbirleriyle yarışabilir.

Bu bölümde hasta ile hastane arasında kurulan farklı hukuki nitelikteki ilişkiler ve bunun hasta ile hekim arasındaki ilişkiye yansımaları ele alınacaktır.

### a) Sözleşme İlişkisi:

Bir özel hastaneye başvurarak sağlık hizmeti alan hasta ile hastane işletmecisi arasında genellikle sözleşme ilişkisi kurulur. Sağlık hizmeti sunulması bu sözleşmenin asli edimi olmakla beraber, bunun yanı sıra hastanede yatan hastanın ihtiyaçlarına göre oda tahsisi, günlük bakım, yedirip içirme, hatta hasta nakli, otopark gibi hizmetler de verilir. Hasta ile özel hastane arasında kurulan bu sözleşmeye "*hastaneye kabul sözleşmesi*" denir ve hukuki niteliği konusunda farklı görüşler vardır. Ayan, hastanede verilen hizmetin aslen tıbbi tedavi olması nedeniyle vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması gerektiğini savunmuş; diğer yükümlülüklerle ilişkin olarak da tipik sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasının (barındırma hizmetleri için kira sözleşmesi, yedirip içirme için satış sözleşmesi gibi) uygun olacağını belirtmiştir.<sup>75</sup> Hatırnaz Erol ve Özdemir hastaneye kabul sözleşmesinin karma ve kombine sözleşme olduğunu ileri sürmüşlerdir.<sup>76</sup> Yargıtay

<sup>73</sup> Bknz s. 85.

<sup>74</sup> Bknz s. 68.

<sup>75</sup> AYAN Mehmet, 1991, s. 143.

<sup>76</sup> HATIRNAZ EROL Gültezer, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 62; ÖZDEMİR Hayrünnisa, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 86.

kararlarında ise özel hastanenin sorumluluğu ile ilgili olarak vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması benimsenmektedir.<sup>77</sup>

Yargıtay kararlarında üzerinde durulan bir nokta olmamakla beraber öğretide Alman ve İsviçre Hukukunda olduğu şekilde hastaneye kabul sözleşmesinin farklı çeşitlerinden söz edilmektedir<sup>78</sup>:

- i. *Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi*: Hastane işletmecisi ile hasta veya yasal temsilcisi arasında hastanede sunulan her türlü hizmeti kapsayacak şekilde yapılan sözleşmedir. Sözleşmenin bütün edimleri hastane işletmecisi tarafından üstlenilmiştir.<sup>79</sup> Bu sözleşmede hekim taraf değildir. Bu nedenle hastanın hekim aleyhine sözleşmeye aykırılık iddiası ile dava açması doğru olmaz. Sözleşmeye aykırılık davası hastane aleyhine açılır. Hastanenin hekimin fiillerinden sorumluluğu ise TBK'nın 116. maddesi ile düzenlenen "*yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*" kapsamında değerlendirilmelidir.

Hekimin zarar verici davranışı ayrıca haksız fiil niteliği de taşıyorsa bu durumda hasta hekim aleyhine TBK m. 49 gereğince dava açabilir. Bu durumda hastanenin sorumluluğu ise TBK'nın 66. maddesi ile düzenlenen kusursuz sorumluluk tiplerinden "*adam çalıştırmanın sorumluluğu*" kapsamında değerlendirilmelidir.

<sup>77</sup> Y. 13. HD, 11.03.2014, E. 2014/7222, K. 2014/6716.

"*Davalı şirket özel hukuk tüzel kişisi olup, davalı doktor da bu şirkete ait hastanede çalışmaktadır. Özel hastane ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğretide ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır. (Öğretide ve uygulamaya örnek olarak: Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: 2, Sevinç Matbaası, Ankara 1977. sayfa: 176 ve devamı; Dairemizin 4.3.1994 gün ve 1994/8557-2138 sayılı kararı ve aynı doğrultudaki birçok başka karar.)*

*Somut olayda, davacı ile davalı arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin vekalet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakla, uyumsuzluğa vekalet hükümleri uygulanmalı ve doğal olarak, uyumsuzluğun da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir..."*

Y. HGK. 11.12.2002, E. 2002/13-1011 K. 2002/1047.

"*Özel hastane ve onun çalıştırdığı doktor ile hasta arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir.*

*BK.386/2 hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekalet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane (ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar) ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğretide ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır."*

<sup>78</sup> AYAN Mehmet, 1991, s. 133; ÖZDEMİR Hayrünnisa, 2004, s. 84; HATIRNAZ EROL Gültezer, 2013, s. 87.

<sup>79</sup> AYAN Mehmet, 1991, s. 135; KARAGÖZ Havva, Özel Hastanelerin Sorumluluğu, **Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, 149-160.

ii. *Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi*: Bu tip sözleşmede hekimin hastanedeki faaliyetlerini de içerecek şekilde hastanede sağlık hizmeti sunumuyla ilgili tüm edimler hastane tarafından üstlenilir. Ayrıca hekimin tıbbi müdahalesi ile ilgili olarak hasta ve hekim arasında da sözleşme ilişkisi kurulur. Buna göre hastane ve hekimin tıbbi müdahale nedeniyle müteselsil sorumluluğundan söz edilir. Hasta hekimin sözleşmeyi ihlali nedeniyle hastane işletmecisi ile hekimi ayrı ayrı veya birlikte dava edebilir.<sup>80</sup> Hastane bakım hizmetleri açısından ise sorumluluk yalnız hastane işletmecisindedir.<sup>81</sup>

iii. *Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi*: Hasta, hastane işletmecisi ve hekim ile farklı edimler içeren 2 ayrı sözleşme yapar. Hekimin müdahalesi bakımından hastane işletmecisi herhangi bir edim üstlenmez ve sorumluluk yüklenmez. Bu durumda hekimlik sözleşmesi bakımından hastanın muhatabı hekim, hastaneye kabul sözleşmesi bakımından ise hastane işletmecisidir.<sup>82</sup> Ancak hastanın bu ayrımın bilincinde olması ve bu yönde bir irade açıklaması gerekir; ki uygulamaya kabul gören bir sözleşme çeşidi değildir.<sup>83</sup>

b) *Vekaletsiz İşgörme İlişkisi*:

Hastanın irade beyanında bulunamayacak dolayısıyla sözleşme kuramayacak durumda olması halinde ihtiyaç duyulan zorunlu tıbbi müdahalenin yapılabilmesi vekaletsiz işgörme ilişkisi çerçevesinde olur. Acildeki bilinci kapalı hastanın hayatını kurtarmak için yapılan girişimler veya öngörülemeyen bir durum nedeniyle ameliyatın genişletilmesi örneklerinde vekaletsiz işgörme hükümleri uygulanır.<sup>84</sup>

c) *Haksız Fiil İlişkisi*

Hasta ile hastane işletmecisi arasında sözleşme ilişkisi olsun veya olmasın, vekaletsiz işgörme hükümleri uygulansın veya uygulanmasın, hastane işletmecisi haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilir.<sup>85</sup> Başka bir deyişle sözleşmeye aykırı bir davranış

<sup>80</sup> AYAN Mehmet, 1991, s. 136-137.

<sup>81</sup> AKKANAT Halil, Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, **Özer Selçi'ye Armağan**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 40.

<sup>82</sup> AKKANAT Halil, 2006, s. 40.

<sup>83</sup> HATIRNAZ EROL Gültezer, 2013, s. 92.

<sup>84</sup> AYAN Mehmet, 1991, s. 146-147.

<sup>85</sup> AYAN Mehmet, 1991, s. 148.

nedeniyle zarar gören hasta haksız fiil sorumluluğuna dayanarak da dava açabilir. Ancak belirli bir zarar için bu sorumluluk türlerinden yalnız birinin tercih edilmesi gerekir. Seçim zamanaşımı, kusurun ispatı ve yardımcı kişiden kaynaklanan sorumluluk gibi hususlarda zarar görenin yararına olacak şekilde yapılmalıdır.



## C. HEKİMİN SÖZLEŞMESEL BORÇ İLİŞKİSİ

Hasta ile hekim arasındaki hukuksal ilişkinin kaynağı uygulamada genellikle sözleşmesel borç ilişkisidir. Önceki bölümde açıklandığı üzere bilinci kapalı ya da hastalığının ağırlığı nedeniyle seçim yapamayacak ve iradesini açıklayamayacak durumda olan hastalar dışında birçok durumda hasta ile doktor arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bu bölümde hekimlik sözleşmesinin özellik arz eden unsurları üzerinde uygulamadan örnekler verilerek durulacak ve sözleşmenin hukuki nitelendirmesi hakkındaki tartışmalara değinilecektir.

### 1. Sözleşmenin Tarafları, Kurulması, Geçerliliği, Şekli, Hekimin Borç ve Yükümlülükleri ve Ücret

#### a) Taraflar:

Sözleşmenin tarafları sağlık hizmetinden yararlanma talebi olan kişi ve hekimdir. Sağlık hizmetinden yararlanma talebi her zaman bir hastalık nedeniyle doğmayacağı, sağlığın korunması ve geliştirilmesi ile ilgili uygulamalar hekimin hastalık dışında verdiği hizmetlerden olduğu için "hasta" yerine "sağlık hizmetinden yararlanma talebi olan kişi" deyimini daha isabetli ve kapsayıcıdır. Ancak kısa ve anlaşılır olması açısından çalışmanın bundan sonraki kısmında sağlık hizmetinden yararlanma talebi olan kişiyi ifade etmek üzere hasta deyimini kullanılacaktır. Hasta fiil ehliyetine sahip olmadığında sözleşme veli veya vasi tarafından hastayı temsilen kurulur; bu durumda sözleşmenin tarafları hasta ve hekimdir. Bunun dışında veli veya vasi hekimle kendi adlarına hasta yararına sözleşme kurulabilirler; ancak bu bir temsil ilişkisi değildir.

#### b) Sözleşmenin kurulması:

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulan bir hukuki işlemdir (TBK m.1). Tarafların bu irade açıklamaları sözleşmenin kurucu unsurudur; eksikliği halinde sözleşme yoktur. Yokluk kurucu unsurlardaki eksiklik nedeniyle bir hukuki işlemin varlık kazanmaması anlamına gelir.<sup>86</sup> İrade açıklaması, açık

<sup>86</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 200.

Sözleşmenin geçerli olarak kurulması için tarafların iradesinden veya yasadaki kaynaklanan tamamlayıcı unsurlar da vardır (NOMER Haluk N, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta, 14. Baskı, İstanbul, 2015, s. 43). Tamamlayıcı unsur gerçekleşmeden de taraflar sözleşme ile bağlıdır ancak tamamlayıcı unsur gerçekleşmedikçe sözleşme eksiktir ve hükümlerini doğurmaz. Eksik unsurların gerçekleşmesi ile

olabileceği gibi örtülü de olabilir. Hekimin hastanın şikayetlerini dinlemeye başlaması, onu muayene etmesi, gerekli tahlilleri istemesi, tıbbi kayıtları kağıt üzerinde veya elektronik ortamda tutması; hasta açısından ise hekimin onu muayene etmesine izin vermesi, istenilen tahlilleri yaptırması örtülü irade beyanı ile kurulan sözleşmenin varlığının kanıtları olarak değerlendirilebilir.

c) *Sözleşmenin geçerliliği:*

Bir sözleşmenin geçerli olması için bazı koşullar aranır:<sup>87</sup>

- Taraflar fiil ehliyetine sahip olmalıdır.
- Sözleşmenin konusu emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmamalıdır.
- Sözleşmenin konusu imkansız olmamalıdır.
- İrade açıklamaları sağlıklı olmalıdır.
- Muvazaa (danışıklılık) bulunmamalıdır.
- Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aşırı yararlanma (gabin) hali bulunmamalıdır.

Sözleşmenin geçerli olabilmesi için tarafların o sözleşmeyi yapmaya ehil olmaları zorunludur; çünkü Medeni Kanuna (MK)<sup>88</sup> göre ancak fiil ehliyetine sahip olan kişiler kendi fiilleriyle hak edebilir ve borç altına girebilirler (MK, m. 9). Hekimlik sözleşmesinde de, sözleşmeyi yapan kişiler fiil ehliyetine sahip olmalıdır.

Fiil ehliyetinin temel şartı, ayırt etme gücüdür. Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır (MK m. 10). Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, MK'ya göre ayırt etme gücüne sahiptir. (MK m. 13). Ayırt etme gücü, kişinin akla uygun biçimde davranma kapasitesidir;

---

sözleşme tamam olur, gerçekleşmeyeceği kesinleşirse sözleşme hükümsüzleşir ve bağlayıcılığı ortadan kalkar (OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2015, s. 174).

<sup>87</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2015, s. 81.

<sup>88</sup> Medeni Kanun, Kanun Numarası: 4721, Resmi Gazete Tarihi: 22.11.2001, Resmi Gazete Sayısı: 24607.



başka bir deyişle kişinin davranışının yol açacağı sonuçları öngörebilmesi ve bu doğrultuda davranabilmesidir.

Ayırt etme gücü olmayan kişi, fiil ehliyetinden kesin olarak yoksundur. Yapacakları işlem ve hukuki fiiller kanundaki istisnalar dışında kural olarak geçerli olmaz ve sonuç doğurmaz (MK m. 15).

Hasta akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da benzer bir sebeple hastaneye akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun şekilde gelebilir. Hastanın bilinci, koma örneğindeki gibi tamamen kapalı olabileceği gibi, ilaç etkisi veya zeka geriliği gibi nedenlerle bilinci açık olan hastanın da ayırt etme gücü geçici veya sürekli olarak bulunmayabilir. Bu durumda hastanın sözleşme kurmak için gereken irade beyanında bulunması mümkün değildir. Hekimlik uygulamalarında ayırt etme gücü olmayan hastanın durumu acilse sözleşme kurulmaksızın müdahale gerçekleştirilir ve hekimin sorumluluğu da vekaletsiz işgörmeye veya haksız fiil bağlamında değerlendirilir.

Hastanın ayırt etme gücü olmadığında sözleşme hastayı temsilen veya hasta yararına kurulur. Hastayı temsilen kurulan sözleşmede hasta sözleşmenin tarafı iken, üçüncü kişi yararına sözleşmede hasta sözleşmenin tarafı değil yararlanandır. Bu ikinci durumda doktor, edimi üçüncü kişi olan hastaya ifa etmekle yükümlüdür.<sup>89</sup>

Hasta ayırt etme gücüne sahip bir küçük veya kısıtlıysa kendisini borç altına sokan hukuki işlemlerin hüküm ifade etmesi, ancak yasal temsilcisinin önceden izin vermesi veya sonradan onaylamasına (icazet) bağlıdır. (MK m. 16). İzin alınmadan yapılan işlem noksanlık ile sakattır. Noksanlık, bir eksiklik nedeniyle işlemin geçerliliğinin askıda olması anlamına gelmektedir. Bu durumda kanuni temsilci izin verirse işlem yapıldığı andan itibaren geçerli olur, aksi durumda yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz sayılır. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanımında ise kanuni temsilcinin izin veya icazeti gerekli değildir (MK m. 16). Hasta ayırt etme gücüne sahip bir küçük veya kısıtlıysa hekimlik sözleşmesi yasal temsilcisinin izin veya icazeti ile kurulabilir. Bu durumda sözleşmenin tarafı hasta olacaktır.

---

<sup>89</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 429.

d) *Sözleşmenin şekli:*

Sözleşmedeki iradenin açıklanma biçimine şekil denir. Bazı sözleşmelerde şekil şartı vardır, başka bir deyişle o sözleşmedeki irade açıklaması veya sözleşmenin geçerliliği belirli bir şekle tabidir, kanun veya taraflarca öngörüldüğü şekilde yapılması gerekir. Şekil şartı olmayan sözleşmeler ise herhangi bir şekilde (sözlü, yazılı, işaretle veya resmi şekil türlerinden herhangi biriyle) yapılabilir.<sup>90</sup> Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Ancak belirli bir şekle tabi olup da bu şekilde yapılmayan sözleşmeler geçersiz olur (TBK m.12). Hekimlik sözleşmesi için bir şekil şartı öngörülmemiştir. Yazılı olması adet değildir; çoğu zaman zımni olarak yapılır.

Şekil şartı sözleşmenin geçerliliği için öngörülmüş olabileceği gibi, onun kanıtlanması için de öngörülmüş olabilir. Yargı önünde hukuki işlemin ispatı bakımından aranan şekil koşuluna ispat şekli denir. İspat şekline uyulmaması hukuki işlemi geçersiz kılmaz ancak yargılama halinde ona dayanan tarafın iddialarını kanıtlaması güçleşir.<sup>91</sup> Sözleşmenin tarafları arasında bir anlaşmazlık çıktığında olay yargıya intikal ederse söz konusu sözleşmenin varlığının ispatlanması gerekebilir. Aksi halde bu sözleşmeye atfedilerek talep edilen haklar elde edilemez. Sözleşmenin varlığını ispat etmesi gereken taraf talepte bulunan taraftır. Yazılı bir belgede yer alan hususların aksini iddia eden tarafın iddiasını yazılı bir belgeye dayandırması gerekir.<sup>92</sup> Tıbbi kayıtlar sözleşmenin kanıtı olarak kullanılabilir.

e) *Hekimin Borç ve Yükümlülükleri:*

Edim borcun konusudur ve borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır. Bu davranış verme, yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkar.<sup>93</sup> Hekimin yüklendiği edim esas olarak iş görmedir, görülen iş ise sağlık hizmeti sunumudur. Bu hizmet bir doktorun hastasını ameliyat etmesi, bir çocuğun büyüme ve gelişmesini takip etmesi, ona aşı yapması, hastalandığında teşhis koyup tedavi etmesi olabilir. Asli edim olan sağlık hizmetini sunarken hekimin özenli davranması, hastayı bilgilendirmesi, yapacağı müdahale için rızasını alması, bu sırada öğrenmiş olduğu sırları koruması, kayıtları düzgün bir şekilde tutması ve saklaması gibi yan edim yükümlülükleri de vardır.

<sup>90</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 264.

<sup>91</sup> NOMER Haluk N, 2015, s. 95; OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2015, s. 141.

<sup>92</sup> AYAN Mehmet, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Mimoza Yayınları, 9. Baskı, Konya, 2015, s. 195.

<sup>93</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2015, s. 6.

Edimin yerine getirilmesi bir anda gerçekleşiyorsa ani edimden, belirli bir zaman zarfında gerçekleşiyorsa sürekli edimden ve aralıklarla gerçekleşiyorsa aralıklı edimden söz edilir.<sup>94</sup> Hastanın basit bir rahatsızlıkta poliklinik muayenesi için doktora gidişi ani edimli borç ilişkisine, diş hekiminin yaklaşık bir yıl sürecek ortodontik tedavi için diş teli uygulaması ve bu nedenle hastayı ayda bir görmesi aralıklı edimli borç ilişkisine örnek gösterilebilir.

TBK m. 26 hükmü gereğince taraflar sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilir<sup>95</sup>. Ancak "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*" (TBK m. 27). On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasak<sup>96</sup> olduğu için küçük bir çocuğun verici olacağı bir organ nakline ilişkin sözleşme kurulmaması bu duruma örnek verilebilir.

f) *Ücret:*

Hasta ile hekim arasında kurulan sözleşme "tam iki tarafa borç yükleyen" bir sözleşmedir.<sup>97</sup> Hekimin borcu sağlık hizmeti vermek, hastanınki de bedelini ödemektir. Hastanın ücret ödemesi zorunlu olmasa da mesleki bir teamüldür.

Ücretin ne olacağı taraflarca sözleşme serbestisi çerçevesinde kararlaştırılır. Önceleri özel hekimlik uygulamalarının ücretlendirilmesinde Türk Tabipleri Birliği tarafından hazırlanan asgari ücret tarifesi dikkate alınmaktaydı; bunun yerini 2014 yılından itibaren Hekimlik Uygulamaları Veritabanı almıştır.

<sup>94</sup> NOMER Haluk N, 2015, s. 8.

<sup>95</sup> TBK

*"MADDE 26- Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*

*MADDE 27- Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür..."*

<sup>96</sup> Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, m. 5.

<sup>97</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 211.

## 2. Hasta ile Hekim Arasındaki Sözleşmenin Niteliği

Hasta ile hekim arasında kurulan sözleşmenin nasıl adlandırılacağı ve TBK'da düzenlenmiş tipik sözleşmelerden hangisinin hükümlerinin uygulanacağı ile ilgili öğretilerde çok farklı görüşler vardır.

Hastanın hekimle kurduğu ilişkinin temeli genellikle teşhis ve tedavidir.<sup>98</sup> Gerçekten de çoğu zaman teşhis ve tedavi birbirinden ayrılmayacak şekilde iç içedir; ki bu durumda sözleşmenin teşhis ve tedavi sözleşmesi olarak adlandırılması uygundur. Nitekim Özdemir, teşhis ve tedavi sözleşmesi kavramını kullanmıştır.<sup>99</sup> Ancak teşhis ve tedavinin bir arada bulunmadığı durumlar da vardır. Görüntüleri değerlendirerek tanı koyan bir radyolog örneğinde olduğu gibi hastanın beklentisi ya da hekimin görevi yalnız tanı konulması olabilir. Kimi zaman ise hasta önceden konulmuş bir tanıyla farklı bir hekime tedavi için başvurur, bu durumda da sadece tedavi sözleşmesi olarak adlandırılması yeterli olur. Şenocak tedavi akdi ifadesini tercih etmiştir.<sup>100</sup> Benzer şekilde Kıcalıoğlu da tedavi sözleşmesi kavramını kullanmıştır.<sup>101</sup> Ayan tedavi (hekimlik) sözleşmesi terimini kullanmış, ancak bu sözleşmenin teşhisi de kapsadığına değinmiştir.<sup>102</sup> Aşılama gibi sağlığın korunması ve geliştirilmesi ile ilgili uygulamalar, ya da gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon, organ vericilerine yapılan girişim gibi durumlarda ne teşhis, ne de tedavi amacı güdülmektedir. Uygulamadaki bu çeşitlilik dikkate alınarak kapsayıcı olması bakımından hasta ile hekim arasındaki ilişkinin *hekimlik sözleşmesi* olarak adlandırılması en uygun olanıdır. Demir<sup>103</sup>, Gökcan<sup>104</sup> ve Yavuz İpekyüz<sup>105</sup> bu terimi kullanan yazarlardandır. Bu çalışmada hekimlik sözleşmesi ifadesi kullanılacaktır.

<sup>98</sup> Teşhis (tanı) bir kişideki rahatsızlığın önceden yapılmış hastalık sınıflandırmaları esas alınarak tanımlanmasıdır. Bunun için hastanın şikayetleri, rahatsızlığının öyküsü öğrenilir; klinik belirti ve bulguları belirlenir; gerekli ise laboratuvar incelemeleri yapılır ve hepsinin değerlendirilmesiyle bir karar verilir. Teşhis konulduktan sonra eğer mümkünse hastalığı ortadan kaldırmak, değilse belirti ve bulguları hafifletmek için tedavi verilir. Bazen eldeki bulgularla kesin teşhis koymak mümkün olmayabilir; şart da değildir. Konulan öntanı ile bir tedavi başlanıp hastanın bu tedaviye verdiği cevapla tanı kesinleştirilebilir. Tedavi bireydeki rahatsızlığı giderip onu sağlıklı hale getirmek için yapılan her türlü tıbbi müdahaleyi kapsar. Bu amaçla ilaç tedavisi, fiziksel tedavi, cerrahi tedavi, psikoterapi gibi çok çeşitli yöntemler kullanılabilir. Bu şekilde hastalık tamamen ortadan kaldırılabilir ya da bu mümkün olmazsa bile belirti ve bulgularında baskılanma, kısmi iyileşme veya düzelme sağlanabilir.

<sup>99</sup> ÖZDEMİR Hayrünnisa, 2004, s. 51.

<sup>100</sup> ŞENOCAK Zarife, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998, s. 18.

<sup>101</sup> KICALIOĞLU Mustafa, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 172.

<sup>102</sup> AYAN Mehmet, 1991, s. 49.

<sup>103</sup> DEMİR Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, **AÜHFD**, 2008, Cilt 57 Sayı 3, s. 225-252.

Hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin adlandırılması gibi nitelendirilmesi üzerinde de farklı görüşler vardır. Hekimin sözleşme ile yüklendiği edimlerin iş görme niteliğinde olduğu söylenebilir. TBK'da düzenlenen ve köken olarak Roma Hukukundan gelen 3 ana iş görme sözleşmesi vardır. Bunlar vekâlet, eser ve hizmet sözleşmeleridir. Öğretide hekimlik sözleşmesinin bu sözleşmelerden herhangi biri olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ile ilgili görüşler aşağıda özetlenmiştir:

a) *Hekimlik sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olduğu görüşü:*

Ülkemizde öğretide ve uygulamada pek kabul görmeyen bu görüşün kaynağı Alman hukukudur. Roma Hukukunda vekâlet sözleşmesinde ücret alınamayacağı kuralı<sup>106</sup> Alman hukukunda aynen benimsendiğinden ücret alınan hekimlik sözleşmeleri, buna imkan veren hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmiştir.<sup>107</sup> Ancak Türk hukukunda, vekâlet sözleşmesinde ücret alınamayacağı kuralı mevcut olmadığı gibi hizmet sözleşmesi hükümleri de hekimlik sözleşmesiyle bağdaşmamaktadır.

Hizmet sözleşmesini diğer iş sözleşmelerinden ayıran temel nokta bağımlılık unsurudur.<sup>108</sup> Bağımlılık unsuru, işverenin işçiye talimat verme yetkisinin yoğunluğunda somutlaşır. TBK'nın 393. maddesinde hizmet sözleşmesi "*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi ya da işçinin bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşme*" olarak tanımlanmıştır. Ayrıca "*işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabileceği ve onlara özel talimat verebileceği*" (TBK m. 399) hükmü de bu ilkeyi desteklemektedir. İş görme sözleşmesinde işçi işverenin iş organizasyonunun bir parçasını teşkil ederken vekâlet sözleşmesinde vekil bağımsız bir konumdadır.<sup>109</sup> Vekâlet sözleşmesinde de müvekkil işin somutlaşmasına ve görülmesine yönelik bir takım talimatlar verebilecekse bile işin

<sup>104</sup> GÖKCAN 2014, s. 914.

<sup>105</sup> YAVUZ İPEKYÜZ Filiz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 16.

<sup>106</sup> RADO Türkan, **Roma Hukuku Dersleri**, Filiz Kitapevi, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s.119.

<sup>107</sup> KARAGÖZ Havva, Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Ders Notları (Yayınlanmamış), s. 2.

<sup>108</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 385; YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s. 874; TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, 5. Tıpkıbasım, İstanbul, 2010, Cilt 2, s. 36.

<sup>109</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2013, Cilt 1, s. 385.

organizasyonuna ilişkin “davranış talimatları” verme yetkisi bulunmamaktadır. Hizmet sözleşmesi kapsamında işverenin işçiye talimat verme yetkisi ise çok daha yoğundur.<sup>110</sup>

İşçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin bir uzantısı da işçinin işverene yönelik sadakat borcudur.<sup>111</sup> TBK m. 396’da “İşçinin, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamayacağı” hükme bağlanmıştır.

Hizmet sözleşmesine ilişkin yukarıdaki hükümlerin tersine, doktorun işveren pozisyonundaki hastaya bağımlı olarak çalışması da, başka bir hastaya hizmette bulunamaması da düşünülemez. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde<sup>112</sup> ve Türk Tabipleri Birliği Meslek Etiği Kurallarında<sup>113</sup> açıkça belirtildiği şekilde hekim sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir etkiye kapılmaksızın, vicdani ve mesleki görüşüne hareket eder, uygulayacağı tedaviyi belirlemede serbesttir. Herhangi bir inceleme veya tedaviye gerek olup olmadığına, ve uygulayacağı tedavinin ne olacağına serbestçe karar verir. Bu nedenlerle öğretide ve uygulamadaki baskın görüşe paralel olarak hekimlik sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olmadığı kabul edilmelidir.

Öğretide Aile Hekimi ile hasta arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğuna dair görüşler vardır.<sup>114</sup> Reisoğlu da “hekim ile hasta arasındaki ilişki eğer belli bir iş için değil de belli bir süre devam ediyorsa hizmet akdi söz konusu olacağını; aile hekimi ilgilendiği aileye belirli veya belirsiz bir zaman içinde hizmet sunduğu için aralarındaki sözleşmenin hizmet akdi olduğunu” ifade etmiştir.<sup>115</sup> Bu yazarların söz ettiği Aile Hekimleri muhtemelen Almanya’dakilerdir. Çünkü bu eserler kaleme alındığında ülkemizde Aile

<sup>110</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2013, Cilt 1, s. 385; YAVUZ Cevdet, 2014, s. 868.

<sup>111</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2013, Cilt 1, s. 399; YAVUZ Cevdet, 2014, s. 872.

<sup>112</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

*“Madde 6 – Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder.*

*Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.”*

<sup>113</sup> Türk Tabipleri Birliği Meslek Etiği Kuralları

[http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&id=65&Itemid=31](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65&Itemid=31) (Son erişim tarihi: 08.07.2016)

*“Vicdani ve Mesleki Kanı*

*Madde 8-Hekim, mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder.”*

<sup>114</sup> DONAY Süheyl, “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, Sayı 10, 1968, s. 39-53 (nakleden AYAN M, 1991, s. 53).

<sup>115</sup> REİSOĞLU Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu” **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul, 1983, s. 12 (nakleden YAVUZ İPEKYÜZ Filiz, 2006, s. 58).

Hekimliği uygulaması başlamamıştı.<sup>116</sup> Aile Hekimleri Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yaparak göreve başladılar. Bireylere verilen sağlık hizmetinin bedeli Aile Hekimine devlet tarafından ödenir. Hasta ile Aile Hekimi arasındaki hukuki durum, hasta ile bir kamu hastanesindeki hekim arasındaki hukuki durumdan farklı değerlendirilmemelidir.

b) *Hekimlik sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olduğu görüşü:*

Eser sözleşmesi diğer iş görme sözleşmelerinden, yüklenicinin bir sonuç borçlanması noktasında ayrılmaktadır. Bu nedenle hekimlik sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği de, bu unsurun açıklanmasını gerektirmektedir.

"Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir" (TBK m. 470). Burada yüklenicinin borcu belirli bir sonucun yerine getirilmesine yöneliktir.<sup>117</sup> İş görme faaliyetinin kendisinden çok, faaliyet neticesinde ortaya çıkan sonuç önemlidir.<sup>118</sup> Vekâlet sözleşmesinde ise vekil, belirli bir sonuca yönelik faaliyette bulunmayı yüklenir ve özen göstermek koşuluyla sonucun gerçekleşmemesinin rizikosunu taşımaz.<sup>119</sup> Eğer bir sözleşme, niteliği gereği, yüklenicinin belirli bir eser meydana getirmesini ve bu esere ilişkin bir sonuç taahhüt etmesini imkansız kılıyorsa, eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir.

Bu açıdan bakıldığında yalnız estetik ameliyatları konu alan sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında burun estetiği<sup>120</sup>, saç ekimi, dövmenin silinmesi, karın bölgesindeki doğumdan sonra oluşan bozulmanın giderilmesi gibi estetik ameliyatlar, eser sözleşmesi kapsamında

<sup>116</sup> Türkiye'de Aile Hekimliği Uygulaması pilot olarak 2005'te başlamış, bütün ülkeye yayılması 2010'da mümkün olmuştur.

<sup>117</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2014, s. 9.

<sup>118</sup> YAVUZ Cevdet, 2014, s. 986.

<sup>119</sup> YAVUZ Cevdet, 2014, s. 1164; TANDOĞAN Haluk, 2010, s. 39, 363.

<sup>120</sup> Y. 13. HD. 05.04.1993, E. 131 K. 1993/2741

"Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinden böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir." Nakleden GÖKCAN Hasan Tahsin, 2014, s. 939."

değerlendirilmiştir.<sup>121</sup> Ancak bu kararlara konu olan somut olaylarda hekimin bir sonuç vaat edip etmediği açık değildir. Hastanın burnundaki tümseğin ortadan kaldırılmasını istemesiyle, safra kesesinin alınmasını istemesi arasında fark ilkinde ameliyat sonucunun gözle görünür olmasıdır.

Sonucun taahhüt edildiği müdahalelerde eser sözleşmesine dayanmak, hasta açısından daha avantajlıdır; çünkü eser sözleşmesi TBK m. 475'te hükme bağlandığı üzere, iş sahibine tazminat talebinden başka, onarım, sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesi gibi seçimlik haklar da tanınmaktadır.<sup>122</sup>

Öğretide estetik ameliyatlarda eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesine karşı çıkan yazarlar vardır: Aşçıoğlu güzelleştirme ameliyatlarında bile amacın kişiye sağlık kazandırmak olduğunu ileri sürerek bu görüşe katılmamıştır.<sup>123</sup> TBK m. 471'de belirtildiği gibi, eser sözleşmesinde "*yüklenici meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür*". Bu ifade eserin meydana getiriliş sürecinde yüklenicinin sonuca etki eden her türlü faktörü kontrol edebileceğini düşündürmektedir. Ancak bir estetik ameliyatta hekimin bütün faktörleri denetim altında tutarak bir sonuç elde etmesi mümkün değildir, çünkü hekimin bilgi, deneyim ve becerisinin dışında doğrudan hastayla ilgili olan, doku cevabı, altta yatan hastalıklar, doku iyileşmesini olumsuz etkileyen sigara kullanımı, yaş gibi faktörler de sonucu etkiler ve bu etkinin derecesini belirleyebilmek mümkün olmayabilir. Bu açıdan bakıldığında kusursuz bir sonucun taahhüt edilmesi mümkün değildir. Öğretide benim de katıldığım bu yaklaşımla estetik ameliyatlarda bile eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağı savunulmuştur.<sup>124</sup> Sunay ve arkadaşları estetik operasyonların herhangi bir sözleşme kapsamına sokulmaya çalışılmadan, yalnızca estetik operasyonlara özgü yeni yasal düzenlemelerin yapılmasını önermişlerdir.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Y. 15. HD. 08.06.2006, E. 2005/7988, K. 2006/3417; 15. HD. 14.11.2008, E. 2008/969, K. 2008/6813; 15. HD. 22.06.2009, E. 2009/2008, K. 2009/3757; 15. HD. 03.11.1999, E. 1999/4007, K. 1999/3868; 15. HD. 08.06.2006, E. 2005/7988, K. 2006/3417.

<sup>122</sup> PETEK Hasan, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s.177-239. <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergi8-1/pdf/petek7.pdf> (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

<sup>123</sup> AŞÇIĞLU Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara, 1993, s. 20.

<sup>124</sup> TANDOĞAN Haluk, 2010, s. 21; ŞENOCAK Zarife, 1998, s. 34; YAVUZ İPEKYÜZ Filiz, 2006, s. 59-64, AKARTEPE Alparslan, Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Yetkin Yayınları, 2007, s. 18.

<sup>125</sup> SUNAY Özgür, KIZILKAYA Ali, MOLA Fahri, BARUTÇU Ali, ÇALIŞ KIZILKAYA Emine, Estetik Cerrahinin Hukuki Sorumluluğu, **Türk Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Dergisi** 2005; 13(1): 36-38.



c) *Hekimlik sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü:*

Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 502). Vekilin borcu, yüklendiği işi belirli bir özen ölçüsünde görmektir. Doktrindeki baskın görüşe göre vekil belirli bir sonucun sağlanmasını borçlanmaz; dolayısıyla, sözleşmeye ve kanuna uygun şekilde iş gördükçe belirli bir sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu olmayacaktır.<sup>126</sup> Hekimin genel olarak bir sonuç borçlanamamasının nedeni tıbbi müdahalenin sonucunun yalnızca hekimin bilgi, beceri ve özenine bağlı olmaması; sağlık hizmeti sunumunda sonucu etkileyen, çoğu hastadan kaynaklanan birden fazla etkenin birlikte rol almasıdır.

Vekil, işi, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi vekalet verenin menfaatine yapar; ancak hizmet sözleşmesine nazaran daha geniş bir bağımsızlığa sahiptir. Vekil, işin görülmesi sırasında belirli ölçüde vekalet verenden bağımsız şekilde karar alır.<sup>127</sup> Özel bir uzmanlık gerektiren işlerde bu bağımsızlık daha da geniştir.<sup>128</sup> Eğer talimatlar işin nasıl yapılacağını büyük oranda belirliyorsa ve bağlayıcı nitelikteyse bu durumda bağımsızlıktan söz edilemeyeceği için ilişki vekalet sözleşmesi olarak değil, başka bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir.<sup>129</sup> Oysa hekim mesleğini icra ederken kararlarını büyük bir serbestlikle, yalnız güncel bilimsel verilerin ışığında, kendi vicdanı ve deneyimine dayanarak verir.

Hekim sağlık hizmeti verirken hastasına karşı vekâlet sözleşmesinin gereği olan iş görme borcunu yerine getirir. Bu hizmeti hastası için, onun adına ve isteğine uygun olarak, sadakat ve özenle yapar. Hekimin mesleğini serbestçe ifa edebilmesine ve yaptığı iş karşılığında ücret almasına olanak tanıdığı, üstlendiği edimle ilgili olarak bir sonuç garanti etmesine gerek olmadığı için hekimlik sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu ileri sürülmektedir. İsviçre hukukunda<sup>130</sup> olduğu gibi Türk hukuk öğretisinde<sup>131</sup> ve

<sup>126</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper 2014, Cilt 2, s. 131; YAVUZ Cevdet, 2014, s. 1164; TANDOĞAN Haluk, 2010, s. 39.

<sup>127</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper 2014, Cilt 2, s. 122; YAVUZ Cevdet, 2014, s. 1168.

<sup>128</sup> YAVUZ Cevdet, 2014, s. 1168.

<sup>129</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper 2014, Cilt 2, s. 126.

<sup>130</sup> AYAN Mehmet, 1991, s. 53-56 (nakleden).

<sup>131</sup> REİSOĞLU Seza, 1983, s. 13; AYAN Mehmet, 1991, s. 54; ŞENOCAK Zarife, 1998, s. 25; GÖKCAN Hasan Tahsin, 2014, s. 915; AKARTEPE Alparşlan, 2007, s. 18-20.

uygulamasında<sup>132</sup> bu durum yaygın olarak kabul edilmektedir. Vekâlet sözleşmesi ile ilgili ayrıntılara aşağıda yer verilecektir.<sup>133</sup>

Hastaya yapılan tıbbi müdahale hem bir sonuç vaadi (burna güzel bir görünüm kazandırılması) ile borçlanmayı, hem de sağlıklı bir durumun tedavisini (burundaki polibin alınması) birlikte kapsayabilir. Böyle bir durumda çıkacak uyuşmazlıkta hasta ile hekim arasında ne tür bir sözleşmenin kurulacağına karar vermek zor olabilir. Müdahalede ağır basan tarafı esas almak veya şikayetin kaynaklandığı noktaya göre değerlendirmek uygundur. Hem estetik, hem tedavi unsurlar içeren operasyonları konu alan sözleşmelerin hukuki nitelendirmesi Yargıtay kararlarında da bu şekilde yer almaktadır.<sup>134</sup>

d) *Hekimlik sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşme olduğu görüşü:*

Kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde yer almayan unsurları içeren ve bu unsurları bütünlük içinde bir araya getirerek yeni bir oluşum ortaya koyan sözleşmelere *kendine özgü yapısı olan sözleşmeler* adı verilir.<sup>135</sup> Diğer bir deyişle, bu tip sözleşmeleri oluşturan unsurlar, kısmen veya tamamen kanunda öngörülen sözleşme tiplerinde bulunmamaktadır.<sup>136</sup> Hekimle hasta arasındaki ilişkinin özellikleri nedeniyle TBK'da adı geçen tipik akitlerden farklı, özel bir sözleşme olduğu görüşü Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da savunulmuştur. Bu görüşü savunanlar hekimlik sözleşmesinin unsurlarının kanunda açık olarak düzenlenmediğinin, taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda

<sup>132</sup> Y. HGK, 11.12.2002, E. 2002/13-1011, K. 2002/1047, nakleden ÇELİK Ahmet Çelik, Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu Meslek İçi Eğitim Semineri, 2007. [http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/465\\_hecimlerin-ve-hastanelerin-sorumluluğu.pdf](http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/465_hecimlerin-ve-hastanelerin-sorumluluğu.pdf) (Son Erişim Tarihi: 08.07.2016)

*"Özel hastane ve onun çalıştırdığı doktor ile hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir. BK. 386/2 hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekâlet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane (ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar) ile hasta arasındaki uyuşmazlıkların vekâlet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğretisi ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır."*

Ayrıca Y. 13. HD, 04.03.1994, E. 1994/8557, K. 1994/2138; 13. HD, 16.02.2012, E. 2011/19947, K. 2012/3097.

<sup>133</sup> Bknz s. 43.

<sup>134</sup> Y. 13. HD. 18.12.2014, E. 2014/8135 K. 2014/16780.

*"Uyuşmazlık, davacı talebi burun kemerindeki kemik çıkıntısı ile birlikte sinüzit hastalığı ve burundaki polibin alınması olup, mahkeme nitelendirmesi estetik burun ameliyatının tatbikine aykırı bir durum olmadığı belirtilip talebin reddine karar verilmiş ise de; talep estetik amaçlı ameliyat sonrası uğramış olduğu zararın tazmini talebi değil sağlık sebebiyle tedavi maksadıyla yapılan müracaat sonrası vekâlet sözleşmesine aykırılıktan kaynaklanan tazminat talebine ilişkindir."*

<sup>135</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2013, Cilt 1, s. 8-9.

<sup>136</sup> YAVUZ Cevdet, 2014, s. 28.

da Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden yararlanılmasının uygun olacağını altını çizmektedirler. Hekimin sahip olduğu bilgi nedeniyle güçlü ve otoriter, hastanın ise hastalığı ve bilgisizliği nedeniyle zayıf ve güçsüz oluşunun hekim ve hastanın sözleşme ilişkisinde denk olmamaları sonucunu doğurduğunu; bu durumun özel ve farklı bir sözleşmeyle dengelenebileceğini ileri sürmektedirler.<sup>137</sup> Ancak bu görüş uygulamada karşılık bulamamıştır, çünkü tipik sözleşmelerin dışına çıkılması halinde uygulanacak kuralların belirlenerek kullanılmasında sıkıntılar yaşanabilir. Zaten hekimlik sözleşmesine tipik sözleşmelerin hükümlerinin örneksenerek uygulanması hem ülkemizde, hem de diğer ülkelerde kabul görmekte ve yeni bir sözleşme tipine ihtiyaç duyulmamaktadır.<sup>138</sup> Bu durum TBK m. 502/2'de açıkça ifade edilmiştir:

*"Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır."*

---

<sup>137</sup> ATABEK Reşat, SEZEN Merih, Hekimin Mesuliyeti, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1954, Cilt 28, Sayı 2, s. 144; ÖZDEMİR Hayrünisa, 2004, s. 71; ÇELİK Ahmet, Çelik, 2007; ERYILMAZ Vildan, Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirilmesi, **Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 47.

<sup>138</sup> KARAGÖZ Havva, s. 2.

## D. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ

### 1. Genel bakış

Vekâlet sözleşmesi TBK'da 502-514. maddeler arasında düzenlenmiştir. Buradaki tanıma göre vekâlet sözleşmesi, "*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*". Vekâlet sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Vekil iş görmeyi, vekâlet veren de ücret ödemeyi üstlenir. Ancak vekâlet sözleşmesi ile üstlenilen edim mutlaka bir bedel karşılığında yapılmak zorunda değildir. Başka bir deyişle ücret vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir. Kanun koyucu "*Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.*" ifadesi ile taraflar aralarında anlaşmışta ya da ücret alınması ile ilgili bir teamül varsa işin ücret karşılığında görülebileceğini belirtmiştir.<sup>139</sup> Profesyonel hayatta görülen iş karşılığında ücret ödenmesi beklenen bir durumdur. Avukatın ve hekimin ücret alması, teamül gereğidir. Hatta muayenehanesinde hasta gören bir hekim aralarında önceden var olan insani ilişkiye (akraba, arkadaş, komşu...) dayalı olarak o kişiden ücret alması bile kayıtlarını tuttuğu bu hasta ile ilgili olarak ücret almış gibi vergisini ödemek durumundadır.

Vekâlet sözleşmesi ile vekil vekâlet veren için bir işi görmeyi veya işlemi yapmayı üstlenir. Vekil üstlendiği işi özenle yapmakla yükümlüdür, ancak sözleşmeye ve kanuna uygun şekilde iş gördükçe belirli bir sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu olmaz.<sup>140</sup> Bu nokta vekâlet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayıran noktalardan biri, hatta en önemlisidir. Bazen görülen iş üçüncü bir kişinin yararına olabilir. Bir ebeveynin çocuğunu ameliyat ettirmek için cerrahla yaptığı sözleşme bu duruma örnektir.

Vekâlet sözleşmesi ile ilgili bir şekil şartı yoktur. Sözleşme tarafların karşılıklı uygun irade beyanlarıyla kurulur. İrade beyanları açık veya örtülü olabilir. Hasta ile hekim arasındaki irade beyanı genellikle örtüldür. Hastanın hekime başvurması, hekimin de hastayı kabulü, şikayetlerini sorgulaması, muayene etmesi, tetkiklere başlaması sözleşme

---

<sup>139</sup> Roma Hukukunda vekâlet sözleşmesi (mandatum) kural olarak ivazsız bir sözleşmedir. Vekil bu sözleşmede ücret alamaz, yalnızca masraflarını ve uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir. Uygulamada hekim ve öğretmenlerin meslek icra ederken aldıkları ücret ise şeref ücreti olarak kabul edilir. RADO Türkan, 2014, s. 119. Günümüzde Alman hukukunda vekâlet sözleşmesi halen ücretsiz bir sözleşmedir. İsviçre ve Türk hukukunda ise üzerinde anlaşmaya varılmışsa veya bu konuda teamül varsa ücret alınması mümkündür. KARAGÖZ Havva, s. 5.

<sup>140</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 131. YAVUZ Cevdet, 2014, s. 1164; TANDOĞAN Haluk, 2010, s. 39.

ilişkinin örtülü şekilde kurulduğunu ve sözleşmenin ifasına başlandığını ispat eden emareler olarak değerlendirilebilir.

Kanunda "*kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sifata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesinin kurulmuş olacağı*" belirtilmektedir (TBK m. 503). Burada resmi sifata sahip kişiye bilirkişi ve noteri; mesleği gereği iş yapanlara ise avukat ve hekimi örnek verebiliriz. Öğretide hekimin tedavi talebini derhal reddetmemesi halinde sözleşmenin kurulmuş olacağı kabul edilmektedir<sup>141</sup>. Ancak kanun maddesinin lafzında yer alan *hemen* sözcüğü kabul edilebilir bir süre olarak anlaşılmalıdır<sup>142</sup>. Bazen hasta bir hekime başvurarak şikayetlerini anlatsa da, görüşmenin bir aşamasında, tetkik veya tedavi konusunda anlaşamayıp yollarını ayırabilirler. İstisnaları olmakla birlikte hekim hastaya bakmayı kabul etmeyebilir. Hastayı görür görmez sözleşmenin kurulduğunun varsayılması doğru olmaz. Fakat sözleşmenin kabulündeki gecikmenin hastaya zarar verebileceği de akıldan çıkartılmamalıdır. Bu durumun *Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk "Culpa In Contrahendo"* kapsamında değerlendirilmesi uygun olur.<sup>143</sup>

Vekâlet sözleşmesinin kapsamı TBK'nın 504. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre vekâletin neyi kapsadığı ya sözleşmede belirtilir ya da işin niteliğine göre belirlenir. Böylece vekâlet veren, işin görülmesi ile ilgili yeterince bilgisi olmadığı durumlarda ortaya çıkabilecek sözleşme boşluğuna karşı korunmuş olur<sup>144</sup>. Ameliyat olacak bir hastanın cerrahla yapacağı vekâlet sözleşmesinde cerrahın ameliyat öncesinde, sırasında ve sonrasında neler yapacağı yer alamaz. Ancak cerrahın beklenen hastasını sağlığa kavuşturmak için yapılması gereken ne varsa yapmak ve kaçınılması gereken ne varsa kaçınmaktır.

## 2. Vekilin Yükümlülükleri

Hekimlik sözleşmesinde asıl edim sağlık hizmeti sunumudur. Sağlık hizmetinin kapsamı çok değişken ve çeşitli olabilir. Kimi zaman yalnız teşhis veya tedavi, kimi zaman

<sup>141</sup> AYAN Mehmet, 1991, s. 57, ŞENOCAK Zarife, 1998, s. 34.

<sup>142</sup> EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 705.

<sup>143</sup> Bknz s. 66.

<sup>144</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 133.

hem teşhis, hem tedavi, bazen de farklı bir hekim veya hastaneden alınan sağlık hizmetinin değerlendirilmesi, başka bir deyişle bu hizmete ilişkin ikinci görüş talep edilebilir. Sağlığın korunması ve geliştirilmesine yönelik aşılama, tarama, büyüme-gelişme izlemi gibi uygulamalar da hekimle hasta arasındaki sözleşmenin asli edimi olabilir.

Bu asli edimin yerine getirilme sürecinde, ifanın tam olarak yapılmasına yardımcı, ya da ana edimin doğrudan ifası ile ilgili olmasa da vekâlet vereni koruyucu nitelikte yan edim yükümlülükleri vardır. Koruyucu ve yardımcı yan edimlerin yapılmamaları eksik veya kötü ifa yoluyla borca aykırılığa neden olur. Hastanın dava açarak tazminat talep edebilmesi ise ancak bu eksik veya kötü ifanın mal veya şahıs varlığında zarara sebep olması ile mümkündür.<sup>145</sup>

Yan edim yükümlülüklerinin bir kısmı doğrudan TBK içinde yer alır. Bu bölümde hekimlik sözleşmeleri bakımından önem taşıyan yan edim yükümlülükleri incelenecektir:

a) *Talimata uygun iş görme yükümlülüğü:*

Vekilin yüklendiği iş veya hizmeti vekâlet verenin talimatlarına uygun olarak yapmakla yükümlüdür. Bu talimatlar işin niteliği, kapsamı ve ayrıntıların belirlenmesine yarar, işin görülme ve yürütülme biçimini somut bir şekilde ortaya koyar.<sup>146</sup> Ancak yukarıda da açıklandığı gibi, hizmet sözleşmesinden farklı olarak bu talimatlar vekili bağımlı hale getirecek yoğunluk ve bağlayıcılıkta olamaz.<sup>147</sup> Özellikle uzmanlık gerektiren işlerde, vekilin bağımsızlığı daha da geniş anlaşılmaktadır.<sup>148</sup> Hasta ve hekim arasındaki sözleşmede, bilgi açısından hekimle eşit düzeyde olmayan hastanın hekime kapsamlı talimat vermesi beklenmez. Ancak tıbbi müdahale için verilecek rızanın kapsamı, yapılacak işlemin ayrıntılarını belirlemek için olmasa da sınırlarını çizmek açısından talimat niteliğinde kabul edilebilir. Bu sınırlar dahilinde hekim, tedavi ve müdahalenin usul ve detaylarını mesleki bilgi ve tecrübesini kullanarak takdir edecektir.

TBK'nın 505. maddesinde "*Vekilin vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlü olduğu; ancak vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde talimattan ayrılabilirdi*" ifade edilmektedir. Bunun dışında talimattan ayrılan vekil, yüklendiği işi görse bile vekâlet verenin zarar görmesi

<sup>145</sup> KARAGÖZ Havva, s. 12-13.

<sup>146</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 721.

<sup>147</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 122; YAVUZ Cevdet, 2014, s. 1168.

<sup>148</sup> YAVUZ Cevdet, 2014, s. 1168.

halinde zararı tazmin etmekle yükümlüdür.<sup>149</sup> Acil durumlarda veya ameliyatta beklenmeyen bir durumla karşılaşıldığında hekimin hasta yararına müdahalesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Hastanın rızasını alabilmek için cerrahın ameliyatı durdurup hastayı uyandırarak durumu anlatması veya müdahaleyi başka bir seansa bırakması hastanın daha fazla zarar görmesine neden olabilir. Bu durumda varsayılan rıza ilkesine uygun davranılabilir. Bu ilke "ameliyat öncesi bu durum biliniyor olsaydı ve hastadan izin istenseydi o da buna izin verirdi" görüşünden yola çıkarak müdahaleyi en akılcı şekilde yönlendirmektir. Ancak ameliyatın genişletilmesi ile ilgili yetkinin ameliyat öncesi alınan aydınlatılmış onamda yer alması gerektiği de ileri sürülebilir. Genellikle yapılan uygulama böyle bir müdahale gerektiğinde dışarıda bekleyen hasta yakınlarının onayını almak ya da hastanın rıza gösterdiği sınırların dışına çıkmamak şeklindedir.

b) *Verilen işi şahsen görme yükümlülüğü:*

Vekâlet sözleşmesinde kural olarak taraflar arasındaki güven gereği vekil işi bizzat görmekle yükümlüdür. Çok ünlü bir cerrah tarafından ameliyat edilmek üzere hastaneye yatan hastaların bazılarını farklı bir cerrahın ameliyat etmesi kabul edilemez. Şahsen ifa yükümlülüğünün TBK m. 506'da belirtilen üç istisnası vardır:

- i. Zorunluluk hali: Durumun zorunlu kıldığı hallerde vekil işi başkasına yaptırabilir. Ameliyat sırasında eli kesilen cerrah, bizzat devam edemeyecekse, bir meslektaşından ameliyata devam etmesini isteyebilir. İşin görülmesi bir başkasının da yardımını gerektiriyorsa vekil, vekalet verenin yararına, bu yardımı isteyebilir.<sup>150</sup> Bir genel cerrah ameliyat sırasında hemanjiyom gibi damarsal bir bozukluk gördüğünde damar cerrahının yardımını isteyebilir.
- ii. İşin bu şekilde yapılmasıyla ilgili bir teamül olması: Tatile giden veya hastalanan bir hekimin yerine bir meslektaşının bakması bu kapsamda değerlendirilebilir.
- iii. Bizzat vekâlet verenin bu konuda vekile yetki vermesi: Vekâlet veren işin başkasına gördürülmesini açıkça veya örtülü şekilde kabul etmiş olabilir. Bu durumda vekilin vekâleti üçüncü bir kişiye devretme yetkisi ortaya çıkar. Bu yetkilendirme kapsamında işin başkalarına gördürülmesi üç şekilde olabilir:

<sup>149</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 722.

<sup>150</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 719.

- Vekil vekâlet kapsamındaki bazı işlerin görülmesinde yardımcı kişilerden yararlanabilir: Bir hekimin yara bakımını hemşireye; tıbbi kayıtları sekretere bırakması, bu duruma örnektir. Hekimin yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu TBK m. 116'da belirtilmiştir ve ilerleyen bölümlerde daha ayrıntılı değinilecektir.<sup>151</sup>
- Vekil, vekâlet veren adına sözleşme yaparak vekâletten doğan borcun ifasını başkasına devredebilir. Buna *ikame vekâleti* adı verilir. İkame vekâletinde vekil ile ikame vekil arasında değil; vekâlet verenle ikame vekil arasında ilişki kurulur; ancak ilk vekilin sorumluluğu da devam eder.<sup>152</sup> Hekimin takip ettiği bir hastayla ilgili olarak gerektiğinde başka bir dal hekiminden konsültasyon istemesi ve hastanın tedavisine onun da katılması ikame vekâlete örnek olabilir.
- Vekil kendi adına, vekalet veren hesabına bir sözleşme yaparak vekâletten doğan borçlarının ifasını başkasına yükleyebilir. Buna *alt vekâlet* adı verilir.<sup>153</sup> İlk vekâletin vekili alt vekâletin vekâlet vereni olur. Cerrahın ameliyat yapacağı hastalara anestezi vermesi için bir anestezi uzmanı ile anlaşması bu duruma örnek olabilir. Burada hasta alt vekâletin tarafı olmasa da, ilk vekâlet veren olmak sıfatıyla vekâletin ifası ile ilgili taleplerini hem vekili olan cerraha, hem de alt vekil olan ANESTEZİ uzmanına karşı ileri sürebilir.<sup>154</sup>

İlk vekil ikinci vekâleti kurmak için yetkili ise, başka bir deyişle ikame / alt vekâlet caiz ise; ilk vekilin sonraki vekâletteki sorumluluğu hafiftir; sadece ikame / alt vekili seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür (TBK m. 507). Bu özeni gösterdiğini kanıtlarsa edimin ifası ile ilgili sorumluluktan kurtulur. Alt vekil vekalet verene karşı doğrudan sorumludur.<sup>155</sup>

<sup>151</sup> Bknz s. 63.

<sup>152</sup> YAVUZ Cevdet, 2014, s. 1163; EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 718; GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 141 .

<sup>153</sup> YAVUZ Cevdet, 2014, s. 1163; EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 718; GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 142 .

<sup>154</sup> KARAGÖZ Havva, s. 14.

<sup>155</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 720.



Eğer vekâlet veren, işin başkasına gördürülmesi için vekile yetki vermediyse, başka bir deyişle vekil caiz olmayan şekilde yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur. Bu durumda ikinci vekil yapılması gereken işi özen göstererek yapmış ise sonucun meydana gelip gelmediğine bakılmaz.

Vekilin kendi yerine başkasını koyması caiz olsun veya olmasın vekâlet veren, edimin ifası ile ilgili taleplerini hem vekiline, hem de idame vekile / alt vekile karşı ileri sürebilir.

*c) Sadakat yükümlülüğü:*

Vekâlet ilişkisi vekil ile vekâlet veren arasında özel bir güveni gerektirir. Bu nedenle kanunda vekilin sadakat yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür (TBK m. 506). Vekâlet ilişkisi vekil ile vekâlet veren arasında özel bir güveni gerektirir. Hasta-hekim ilişkisi de güven esasına dayanır; hekim hastaya dürüst davranmalı, güvenini sarsacak şekilde hareket etmemeli, parasal çıkarları için gereksiz işlemler yapmamalıdır. Sadakat yükümlülüğünün hekimlik sözleşmesine yansımaları, hekimin hastasının çıkarlarını gözeterek davranması, zarar verecek her türlü davranıştan kaçınıp yararına olacak davranışlarda bulunması anlamına gelir<sup>156</sup>. Hastayı belirli bir incelemeye, tedavi yöntemine veya takipte kalmasına ikna etmek için yanlış bilgi vermek, durumunu abartmak, kaygılarını kişisel çıkarlar için kullanmak, gerekli olmayan inceleme ve tedavilerin yapılması sadakat yükümlülüğünün ihlaline girer. Kanseri bir hastayı tedavi eden hekimin, tıp biliminin uygun gördüğü tedaviyi uygularken, bir yandan da hastasının bu zaafını kullanarak, onu kendi yakınlarının sahip olduğu şirketin sattığı bitkisel tedavi desteklerini kullanmaya teşvik edip menfaat elde etmesi de aynı şekilde sadakat yükümlülüğüne aykırıdır.

*d) Özen gösterme yükümlülüğü:*

TBK m. 506'da vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Özen, sağlık hizmet sunumunun her aşamasında gösterilmesi gereken genel bir yükümlülüktür. İhlali halinde asıl edimin gerektiği gibi yerine getirilmesi mümkün olmaz.

<sup>156</sup> AYAN Mehmet, 1991, s. 87; ÖZDEMİR Hayrünnisa, 2004, s. 123; YAVUZ İPEKYÜZ Filiz, 2006, s. 102; BAŞPINAR Veynel, "Hekimin Özen Borcu", *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Yetkin Yayınları, 2007, s. 25.

Başka bir deyişle hekim hastayla ilk temas ettiği andan itibaren kılık kıyafetiyle, davranışlarıyla, iletişimiyle, öyküsünü alırken, muayene ederken, tetkikleri planlarken, tedavisini düzenlerken ve takip ederken özenli davranmalıdır. Güncel tıbbi gelişmeleri izlemesi, bir ameliyat gününden önce uykusuz kalmaması, performansını düşürecek hayat tarzından kaçınması özenli davranmanın gerekleridir. Tıp fakültesinden mezun oluşundan beri uzun yıllar geçmiş bir hekim, sonradan uygulamaya girmiş fakat genel olarak kabul görüp rehberlerde yer alan bir tanı veya tedavi yöntemini bilmediğini söyleyerek ya da artık kullanılmaktan vazgeçilmiş bir tedaviyi bilgisizliği nedeniyle uyguladığında bundan haberinin olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Ondan beklenen kendini geliştirmesi, yenilikleri izlemesi, öğrenmesi ve uygulamasıdır ve bunlar özen yükümlülüğünün kapsamında yer alır.

İcap nöbetinde çağrıldığı halde gitmeyen ya da uyguladığı tedavinin muhtemel yan etkilerini izleyerek gerçekleşmesi halinde erken müdahale etmeyen bir hekim, ameliyat sonrası yakın takip yapmadığı için komplikasyonu fark etmeyen bir cerrah özenli davranmamış demektir. Yardımcı kişi ile beraber çalışıyorsa onun seçimi, gerekli talimatların verilmesi ve sağlık hizmetinin sunarken denetlenmesinde de özenli davranmalıdır.

TBK vekilin göstermesi gerek özenle ilgili objektif<sup>157</sup> bir ölçüt getirmiştir: Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır (m. 506). Bir hekimin göstereceği özenin ölçüsünü belirlerken benzer alanda çalışan ortalama bir hekimin göstermesi gereken davranış esas alınır. Bir uzmandan beklenen özen bir pratisyen hekimden beklenen özenden fazladır. Yapılacak müdahale ne kadar karmaşıkça hekimin göstermesi beklenen özen de o kadar fazladır.

Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali tek başına dava edilemez. Ancak özensiz davranış asıl edimin ifasının hiç veya gereği gibi yapılamaması sonucunu doğuracağı için zarar oluştuğu takdirde bu durum davaya konu edilerek tazminat talep edilebilir.<sup>158</sup> Hekimin özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini, bundan zarar gördüğünü, gördüğü zarar ve özensiz davranış arasında nedensellik bağının bulunduğunu hastanın kanıtlaması gerekir; hekim ise sorumluluktan kurtulmak için kendi alanında çalışan benzer deneyime

<sup>157</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 161-162; EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 723-724.

<sup>158</sup> BAŞPINAR Veysel, 2007, s. 36.

sahip bir hekimin göstereceği davranışı sergilediğini, başka bir deyişle kusursuz olduğunu kanıtlamalıdır.<sup>159</sup>

Vekilin özen borcu Yargıtay kararlarında da ayrıntısıyla tanımlanmıştır:

*"Borçlar Kanununun vekâlet akdini düzenleyen 502 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. Bu 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 **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, TBK'nın 510/1. maddesi hükmü uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.**"<sup>160</sup>*

e) *Hesap verme yükümlülüğü:*

TBK'nın 508. maddesi gereğince vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermekle yükümlüdür. Bu borç, vekâlet verenin vekil, yardımcı kişiler veya alt

<sup>159</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 724.

<sup>160</sup> Y. 13. HD, 02.04.2015, E. 2014/40392, K. 2015/10447

<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRwsNJGzCYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2er4V8d2mIVadFvtXRuYwFAz244%2BHGDdDZPnnN5NziictY5NUBJgyfldkhHk0Yq9IbWfdXCDv1yvMmBCsrjkRMzRg%3D%3D&aranan=vekâlet%20s%C3%B6zle%C5%9Fmesi,%20hekim&dokumanTuru=YARGITAYKARARI> (Son erişim tarihi: 08.07.2016)

vekillerce alınan tedbirlere ilişkin aydınlatılmasını, bu kapsamda kendisine ayrıntılı ve anlaşılır şekilde bilgi verilmesini kapsar.<sup>161</sup> Hekim açısından hesap vermek talebi halinde hastaya veya onun yetkilendirdiği kişiye ilk görüşme anından itibaren yapılan her şey hakkında bilgi vermek, açıklama yapmaktır. Bu bilginin verilmesi herhangi bir zamanla sınırlandırılmaz. İşlemlerin yapıldığı zaman ve sonrasında da hekim bu bilgileri talep edildiğinde vermelidir. Bunun mümkün olabilmesi için tıbbi kayıtların özenle tutulması ve saklanması, gerektiğinde bir kopyasının hastaya veya yetkilendirdiklerine verilmesi gerekir.

ÖHT ve ÖHY'ye göre özel hastanede veya dışarıda yapılan ve bedeli hasta tarafından ödenen laboratuvar tetkik ve tahlil sonuçları ile röntgen filmlerinin hastalara verilmesi gerekir. Tek nüshası olan bu tür belgelerin hastaya verilmesi, sonradan hekimi sıkıntıya düşürebilir; bu nedenle bir kopyalarının saklanması uygundur. Günümüzde kayıtların elektronik ortamda tutulması; röntgen, bilgisayarlı tomografi gibi görüntüleme incelemelerinin bile kolaylıkla ve istenen sıklıkta kopyalanabilmesine olanak tanımaktadır.

Vekilin hesap verme yükümlülüğü bağımsız bir yan borçtur ve gerektiğinde dava edilebilir.<sup>162</sup>

*f) Kayıt tutma yükümlülüğü:*

TBK'da ayrıca düzenlenmemiş olmakla beraber öğretilerde hesap verme yükümlülüğünün somut görünüşleri içinde değerlendirilmiştir.<sup>163</sup> Sağlık mevzuatında kayıtların tutulması ile ilgili düzenlemeler vardır.<sup>164</sup> Hastayla ilgili tıbbi kayıtların usulüne uygun olarak tutulması ve saklanması gerekir. Bu yükümlülük özel hastane bağlamında esasen hastane işletmesini ilgilendirmekle beraber hekimin de birey bazında kayıtların oluşturulmasında önemli rolü vardır. Kayıtların hiç veya gereği gibi tutulmaması sorumluluk nedenidir. Kayıtların yanlış bilgi içermesi ve kayıt güvenliğinin ihlali hastanın zarar görmesi halinde tazminat hakkının doğmasına neden olur. Ayrıca tıbbi kayıtlardaki bilgiler sözleşmeye aykırılık nedeniyle açılan tazminat davalarında hekimin kusursuzluğunu ispat için gereklidir. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin bir içtihatında Kadın Doğum uzmanı olan hekimin, annenin gebeliği boyunca tutulan dosyayı sunmadığı

<sup>161</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 169.

<sup>162</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 728.

<sup>163</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 169.

<sup>164</sup> ÖHT m. 29 ve ÖHY m. 48-50.

için "gebeye sezeryan önerildiği ancak gebenin kendi tercihi ile normal doğum yapmak amacıyla hastaneye son anda geldiği" iddiasını ispatlayamayacağı; 2004 yılında yapılan doğuma ilişkin sunulan formun 2006 yılında basılmış olması nedeniyle tutulan kayıtların itibarının kalmadığı vurgulanmıştır.<sup>165</sup>

<sup>165</sup> Y. 13. HD, 14.05.2015, E. 2014/24534, K. 2015/15547

"Dava, davalı doktorun gebeye uygun olan sezeryan doğumu seçmeyip normal doğum yaptırması ve bu sırada da özensiz davranarak bebeğin kol sinirlerinin zedelenmesine yol açması nedeniyle istenilen maddi-manevi tazminata ilişkindir. Taraflar arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir. Vekil, vekâlet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir.

Mahkemece, alınan 31.07.2013 tarihli İstanbul Adli Tıp 3.İhtisas Kurulu raporu benimsenmek suretiyle, davanın reddine karar verilmiş ise de, alınan rapor incelendiğinde, "2004 doğumlu hakkında düzenlenen adli ve tıbbi belgelerin değerlendirilmesinde; dosyadaki mevcut tıbbi belgelere göre gebe ...'un Özel ... Hastanesine 21.07.2004 tarihinde saat 13:50'de yatırılmış olduğu, yapılan muayenesinde doğum eyleminin son döneminde olduğu, rahim ağzının tam açık olduğu tespit edilmiş olup, bu aşamada sezeryan kararı alınmasının anne ve bebek için komplike sonuçlara yol açabileceği, dolayısı ile normal doğum kararının uygun olduğu, ayrıca yine kayıtlara göre bebeğin 20 dakika sonra müdahalesiz olarak vajinal yoldan doğmuş olduğunun kayıtlı olduğu, hastanın hastaneye daha erken geldiğini gösterir bir belge bulunmamakla birlikte daha erken gelse bile mevcut bulgulara göre yapılan eylemlerin yerinde olduğu, brakial pleksus zedelenmesinin sezeryan doğumlarda ve düşük tartılı bebeklerde de görülebileceği tıbben bilindiğinden Dr. ... tarafından yapılan işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu oy birliği ile mütalaa olunur." şeklinde rapor verildiği anlaşılmıştır.

Mahkemece, her ne kadar alınan adli tıp raporu işaret edilmek suretiyle, davanın reddine karar verilmiş, alınan raporda da, dosyadaki kayıtlara göre gebenin hastaneye gelmesinden 20 dakika sonra doğumun gerçekleştiği belirtilmekte ise de, **dosya kapsamından hasta kayıtlarının sağlıklı olmadığı anlaşılmaktadır. Hasta dosyasını eksiksiz sunmakla davalı yükümlüdür ancak davalı, annenin gebeliği boyunca tutulan dosyasını sunamamıştır. Bu durumda, davalı, gebeye sezeryan önerildiği ancak gebenin kendi tercihi ile normal doğum yapmak amacıyla hastaneye son anda geldiği iddiasını ispatlayamamıştır. 2004 yılında olan doğuma ilişkin sunulan "hasta takip formu" nun da 2006 yılı baskısına ait olduğu anlaşılacakla da, davalının, tuttuğu kayıtların, dolayısıyla, gebenin son anda doğuma geldiği iddiasının itibarı kalmamıştır. Hal böyle olunca, davacıların iddiasına itibar etmek gerekir ki, davacılar da, hastaneye doğumdan 3-3,5 saat önce geldiklerini ifade etmektedirler. O halde mahkemece, bu konuda rapor düzenlemeye ehil ve donanımlı bir Üniversiteden, kadın doğum uzmanlarından oluşan, akademik kariyere sahip 3 kişilik bilirkişi kurulundan, dava konusu olayda normal doğumu seçmenin doğru bir karar olup olmadığı, başka bir yolun mümkün olup olmadığı, 3-3,5 saat önce doğuma gelmenin doğum şeklini değiştirip değiştirmeyeceği, ayrıca normal doğum sırasında da yapılan işlemlerin tıp bilimi açısından yeterliliği ve gerekliliği hususunda, davalılara atfı kabil bir kusur olup olmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, Mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalıların kusurlu olup olmadığının belirlenmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu yönler göz ardı edilerek, eksik incelemeye dayanılarak, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."**

g) *Sır saklama yükümlülüğü:*

Bir yan edim yükümlülüğü olan sır saklama yükümlülüğü, TBK m. 506'da yer alan sadakat yükümlülüğünün bir uzantısıdır; vekil ile vekalet veren arasındaki karşılıklı güvenin yansımasıdır. Burada vekalet verenin kişilik haklarının korunması amaçlanır.

Hasta ile hekim arasında güven duygusunun var olması esastır. Bu güven duygusuyla hasta hekime kendisiyle ilgili mahrem bilgileri verebilir. Hekim sağlık hizmeti sunarken mesleği gereği doğrudan veya dolaylı olarak edindiği hastaya ait tıbbi veya tıbbi olmayan bu bilgileri sadakatle saklamalı ve açıklamamalıdır. Bu yükümlülük hasta ile hekim arasındaki vekâlet ilişkisi bittikten sonra, hatta hastanın hayatını kaybetmesinden sonra da devam eder. Tıbbi Deontoloji Tüzüğünde de aynı yönde hüküm mevcuttur<sup>166</sup>.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlali bazı durumlarda kabul edilebilir<sup>167</sup>:

- i. Hastanın rızası varsa hekim hastaya ait bilgileri onun onayladığı kişilerle paylaşabilir.
- ii. Görev nedeniyle tanık olunan suçun ihbarı: Hekimler hastalarının aleyhine suç işlendiğine şahit olduklarında veya suça karıştığını düşündükleri bir kişi kendilerine başvurduğunda bu suçu ihbar etmekle yükümlüdür<sup>168</sup>. Suça karışan kişinin ihbarı, onun sağlık hizmeti talep etmesini engelleyebileceği ve yaşama hakkının önüne geçebileceği için tartışmaya konu edilmektedir.
- iii. Bilimsel araştırmalar ve yayınlar hastanın kimliği gizlenerek tanınma olasılığı ortadan kaldırılırsa sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmez.

<sup>166</sup> Tıbbi Deontoloji Tüzüğü

*Madde 4 – Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.*

*Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.*

<sup>167</sup> YILDIRIM M. FADIL, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Yetkin Yayınları, 2007, s. 61-63.

<sup>168</sup> Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2014, Resmi Gazete Sayısı: 25611.  
*"Madde 280- (1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

- iv. Hekimin kendini savunması: Hekim hasta tarafından kendisi aleyhine açılan davada savunma amacına yönelik olarak savunma sınırları içinde kalmak koşuluyla hastanın tıbbi bilgilerini mahkemeye açıklayabilir.
- v. Bilirkişi raporlarının hazırlanması sırasında tıbbi kayıtlarda yer alan bilgilerin kullanılması sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez.
- vi. Bildirimi zorunlu olan bulaşıcı hastalıkların Sağlık Bakanlığınca belirlenen usule uygun bildirim halinde sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmiş olmaz.
- vii. Zorunluluk hali: Hekimin mesleğini yaparken öğrendiği hastaya ait bir sır başka bir kişinin hayatını ya da sağlığını tehdit ediyorsa hekim bu durumu yetkili makamlara ve ya ilgili kişilere bildirmek durumundadır.

## E. ESER SÖZLEŞMESİ

### 1. Genel Bakış

Eser sözleşmesi yüklenicinin, iş sahibinin ödeyeceği bedel karşılığında bir eser meydana getirmeyi üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen bir iş görme sözleşmesidir.<sup>169</sup> TBK'da 470 ve 486. maddeler arasında yer alan hükümlerle düzenlenmiştir. Eser sözleşmesi karşılıklı ve birbirine uygun, açık veya örtülü irade beyanlarıyla kurulur; bazı istisnalar dışında herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Bu sözleşmenin tarafları yüklenici ve iş sahibidir. Yüklenici eser meydana getirip teslim etmeyi borçlanan kişi, iş sahibi ise bu eser karşılığında bedel ödemeyi borçlanan kişidir. Eser meydana getirmek kavramı ile yeni bir eser ortaya koymanın yanı sıra var olan bir eseri onarmak veya değiştirmek de kastedilmektedir.<sup>170</sup> Yüklenicinin iş görmesi sonucunda eskisinden farklı bir sonucun ortaya çıkması yeterlidir.<sup>171</sup>

İş sahibinin bedel ödeme taahhüdü bu sözleşmenin zorunlu unsurudur; bedelin belirlenmesi şart değildir. Eser sözleşmesi uyarınca hasta hekime ücret ödemekle yükümlüdür. Hekim ve hasta ücreti önceden belirlemiş olmasa bile ücretin ödenmesi zorunludur ve taraflar aralarında anlaşamazlarsa TBK m. 481 uyarınca ücret tıbbi müdahalenin yapıldığı yer ve zamanda emsal bedellere ve yüklenicinin harcamalarına bakılarak belirlenir.<sup>172</sup> Eser sözleşmelerinde işin yapıldığının ispat külfeti yükleniciye, bedelin ödendiğinin ispat külfeti ise iş sahibine aittir.

Tıp hukuku bağlamında eser sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden en önemli farkı yüklenicinin "*belirli bir sonuca yönelik özenli bir faaliyette bulunmayı*" değil "*belirli bir sonucu*" üstlenmiş olmasıdır. Bu sonuç gerçekleşmediğinde, başka bir deyişle eser ayıplı ise meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur. Hekim sağlık hizmeti sunarken genellikle belirli bir sonuç vaat edemez, tedavinin başarısını garanti edemez<sup>173</sup>. Nadir de olsa hekimin belirli bir sonuç vaat ettiği, teminat verdiği tıbbi girişimler bulunabilir. Estetik burun ameliyatları, ortopedistin veya diş hekiminin protez yapması bu duruma

<sup>169</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 2.

<sup>170</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 580-591.

<sup>171</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 4.

<sup>172</sup> GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 939.

<sup>173</sup> Tıbbi Deontoloji Tüzüğü

*Madde 13 – Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.*



örnektir. Hekimin ücret olarak tıbbi görüş raporu yazması veya bir laboratuvar testi yapması da bu kapsamda değerlendirilebilir. İşte bu gibi durumlarda hasta ile hekim arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı aksi görüşler<sup>174</sup> olmakla beraber öğretide<sup>175</sup> ve uygulamada<sup>176</sup> kabul edilmiştir.

## 2. Yüklenicinin Borçları

### a) Sadakat ve Özen Yükümlülüğü:

TBK m. 471'de yükleniciye eseri meydana getirme borcu ile bağlantılı, özenli iş görme yükümü düzenlenmiştir. Buna göre yüklenicinin üstlendiği edimi iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etme yükümlülüğü vardır. Özen yükümünün ihlal edilmesi, eser sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurursa TBK m. 112'ye aykırılık teşkil edebilir ve eser sözleşmesinin ihlali anlamına gelir.<sup>177</sup> Özen borcunun ölçüsünü belirlerken benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır (TBK m. 471). Böylece özen yükümlülüğü için objektif bir kriter getirilmiştir.

<sup>174</sup> YAVUZ Cevdet, 2014, s. 959, diğerleri için bkz s. 39.

<sup>175</sup> YAVUZ İPEKYÜZ Filiz, 2006, s. 61, 64; ÖZAY Merter, 2006 s. 47-48; GÖKCAN HT, 2014, s. 938;

<sup>176</sup> Y. 3. HD, 30.03.2016, E. 2015/7414, K. 2016/4865.

*"Davaya dayanak yapılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Varılmak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukuki nitelendirilmesi yapıldığında ise, yanlar arasında BK'nun 355 ve devamı (TBK'nun 470 ve devamı) maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu, dolayısıyla uyuşmazlığın eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği açıktır.*

*Eser sözleşmelerini, diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli hususlardan birisi de sonuç sorumluluğu, yani tarafların iradeleri doğrultusunda yüklenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdüdür. Burada, vekâlet akdindeki gibi sonuç taahhüt edilmeksizin sadece bir işin görülmesi taahhüdü bulunmamakta, bir eserin-sonucun yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir. Bu borcun altına giren taraf, yani yüklenici, BK'nun 356/1 (TBK'nun 471/1) maddesi ve işin mahiyeti gereği, işi sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Sadakat borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapma ve ona zarar verecek her türlü eylemden kaçınması anlamını taşır.*

*Eser sözleşmesi hükümlerine göre, davalı doktorun yükümlülüğü taahhütlerine, tıbbın gereklerine ve iyiniyet kurallarına uygun şekilde estetik ameliyatı gerçekleştirmek, davacının yükümlülüğü de bedeli ödemektir. Davacı, davalı doktorun yükümlülüklerini yerine getirmediği, taahhütlerine ve tıbbın gereklerine uygun ameliyat yapmadığı, estetik amaçlı ameliyatın başarısız olduğunu iddia ederek bu davayı açmıştır. Davanın dayanağını TBK'nun 475. maddesi oluşturmaktadır."*

<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=6dQp1E3JN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRwsNJGzcyM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2erExDgW4yNpWwDoBD%2Be1erT0Kp6BRsxmlDMIC619C9pwhET9M079xJxsUm20DotFam2N1YithYrzm2XewdJtB3FQ%3D%3D&aranan=hekim%20eser%20s%C3%B6zle%C5%9Fmesi&dokumanTuru=YARGITAYKARARI> (Son erişim tarihi: 08.07.2016)

<sup>177</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 43.

TBK m. 471'de yüklenicinin sadakat borcu da açıkça düzenlenmiştir. Bu yükümün kapsamı, somut olayın şartlarına göre belirlenir.<sup>178</sup> Doktrinde yüklenicinin sadakat borcunu da özen borcu içinde değerlendiren yazarlar vardır.<sup>179</sup> Eser sözleşmeye uygun olarak teslim edilse bile yüklenicinin sadakat borcuna aykırı davranışı nedeniyle doğan zararın tazmini istenebilir.<sup>180</sup>

Hekimlik sözleşmesi söz konusu olduğunda özen ve sadakat yükümlülüğünün kapsamına özellikle hastaya ait bilgilerin ifşa edilmemesi, hastanın aydınlatılması, hastanın şahıs ve malvarlığı değerlerinin korunması girer. Durum gerektirirse yüklenicinin sadakat borcu sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam edebilir.<sup>181</sup> Hekimin sözleşme ifa edildikten sonra da hastaya ait sırları saklaması, bunun bir örneğidir.

*b) Şahsen İfa Yükümlülüğü:*

TBK m. 83 ile borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlunun şahsen ifa yükümlüsü olmadığı belirtildiği halde; kanun koyucu eser sözleşmesi için şahsen ifa yükümlülüğünü düzenlemiştir; eserin başkasına yaptırılması ancak istisna olarak mümkün kılınmıştır. Buna göre yüklenici eseri bizzat kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Burada yüklenicinin kendine bağlı olarak çalışan ifa yardımcılarında söz edilmektedir. Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir (TBK m. 471). Bu durumda yüklenici bir alt eser sözleşmesi ile eserin yapılmasını bir alt yükleniciye devreder. Bir diş hekimi hastanın protez ölçülerini kendisi alır, fakat protez atölyedeki bir teknisyen tarafından yapılır. Ancak hastası ile arasında eser sözleşmesi kurulan bir estetik cerrahın ameliyatı başkasına yaptırması olağan şartlarda beklenen ve kabul edilebilir bir durum değildir.

Eğer yüklenici işsahibinden aldığı yetkiyle eserin yapılmasını devrettiyse alt yüklenicinin seçiminden ve ona talimat verilmesinden sorumludur. Eğer yüklenicinin eserin meydana getirilmesini devretmeye yetkisi yoksa eserdeki ayıptan bizzat yapmış gibi sorumludur. İşsahibi ile alt yüklenici arasında sözleşme ilişkisi, dolayısıyla iş sahibinin alt yükleniciye ücret ödeme borcu yoktur.

<sup>178</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 46.

<sup>179</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 620.

<sup>180</sup> YAVUZ Cevdet, 2014, s. 972.

<sup>181</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 622; GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 46.

c) *Yüklenicinin İşsahibini Aydınlatma ve Bilgi Verme Yükümlülüğü:*

Eser sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmenin gereği gibi ve süresinde ifasını tehlikeye koyan her türlü durumu işsahibine bildirme borcu vardır. Bunun dayanağı TBK m. 471'de belirtildiği üzere "yüklenicinin üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etme zorunluluğu"; ayrıca m. 471 hükmü gereğince "eseri meydana getirilirken, işsahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenicinin bu durumu hemen işsahibine bildirmesinin gerekliliği; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olmasıdır". TBK'da eser sözleşmesindeki bu aydınlatma ve bilgilendirme yükümünün tabi olduğu şekilde ilgili bir hüküm yoktur, ancak yazılı yapılması ispat kolaylığı sağlar.<sup>182</sup>

Bu yükümlülüğün tıp hukukuna yansımaları aydınlatılmış anlamda görülür. Bir estetik cerrahın yapacağı ameliyatın başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, muhtemel sonuç ve komplikasyonlar konusunda hastasını bilgilendirmesi gerekir. Bunun yapılmaması Yargıtay tarafından tazminat isteğinin haklı bulunmasına yol açmıştır.<sup>183</sup>

<sup>182</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 622.

<sup>183</sup> Y. 13. HD, 11.04.2016, E. 2015/9077, K. 2016/5505

*"Yanlar arasında, davacının yüzünün görünümünün daha estetik bir hale gelmesi konusunda davalı doktor ile estetik operasyon için anlaşma yapıldığı ve davalı doktor tarafından uygulamanın gerçekleştirildiği; böylece, taraflar arasında eser sözleşmesi kurulduğu anlaşılmaktadır.*

*Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, davalı yüklenicinin hem sadakat hem de özen borcunu kapsar. Bu arada belli bir sonucun ortaya çıkması amaçlanır. Meydana getirilen eserin, iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde, sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulmuş olur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özellikleri taşıması aranır. Aksi halde, eserin ayıplı olduğu kabul edilir. Ayıplı eseri meydana getiren yüklenici ise, ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumludur.*

*Yüklenici hangi yöntemi kullanırsa kullansın eserin ayıpsız olarak ortaya çıkması gerekir. Yüklenici, sadakat ve özen borcu gereğince eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde meydana getirmek zorundadır. Akdin gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye koyan tüm hallerinden zamanında iş sahibine haber vermek zorundadır. Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğünden doğan çeşitli özel açıklama ve yol gösterme yükümlülükleri vardır. Yüklenici ihbar mükellefiyetini zamanında yerine getirmezse bundan doğacak tüm zarardan da sorumludur (BK. md. 96). (TBK. md. 112)*

*O halde, davalının ameliyat öncesi muhtemelen hasil olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmesi BK. 357.(TBK. 472) maddesine göre bir zorunluluktur.*

*Davacı tarafından imzalanan 20/11/2006 tarihli bilgilendirme ve rıza formunda işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede*

d) *Ayıp Sebebiyle Sorumluluk:*

Ayıplı eser, eserin yüklenicinin sözleşmede bildirdiği niteliklerden, ya da dürüstlük kuralına göre bulunması gereken niteliklerden yoksun olmasıdır. Bu tanıma göre ayıp, eserin sözleşmeye veya dürüstlük kuralına göre olması gereken hali ile fiilen mevcut olan durumu arasındaki farktır. Eser sözleşmesinde, ayıp sebebiyle sorumluluk hükümleri gereğince (TBK m. 474-478), yüklenicinin ayıptan sorumlu olması için eserin ayıplı olması, bu ayıbın iş sahibine yükletilememesi ve iş sahibinin ayıplı eseri kabul etmemesi gerekir.<sup>184</sup>

Hasta eserdeki ayıbı uygun bir süre içinde doktora bildirmek zorundadır. Hasta veya doktor giderini karşılamak koşuluyla eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir (TBK m. 474). Bu durumda hastanın estetik ameliyattan önceki ve sonraki durumları fotoğraflar üzerinden karşılaştırılabileceği gibi genel kabul görmüş ölçülere (günlük hayat tecrübelerine, tıp biliminin verilerine) göre son durumu da değerlendirilebilir.<sup>185</sup>

Eser sözleşmesinde taraflar ilke olarak ağır kusuru kapsamadıkça sorumsuzluk anlaşması yapabilirler (TBK m. 115). Hekimlik sözleşmelerinde ise bu genel kural uygulanamaz. Hekimlik uzmanlığı gerektiren bir meslek olduğu ve ancak Sağlık Bakanlığının verdiği izinle yürütülebildiği için borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma da kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 115).

---

*önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Diğer anlatım ile somut olayda genel soyut ibarelerle düzenlenmiş bir onay vardır, davacı hastaya ameliyat sonrası oluşan kemik çökmesi, nefes alma zorluğu gibi olumsuz sonuçlar olabileceği açıklanmamıştır. Bu nedenle davalının kusuru olmasa da davacıyı uyarmamış olduğu olumsuz sonuçlardan sorumluluğu vardır.*

*Mahkemece davalının kusurunun olmadığını açıklayan bilirkişi kurulu raporuna dayanılarak karar verilmesi doğru değildir.*

*Şu durumda; davalı yüklenicinin, davacı iş sahibini, eser sözleşmesinin ifasından sonra ortaya çıkabilecek komplikasyonlar hakkında yeterince bilgilendirmediği, dolayısıyla özen ve sadakat borcunu gereğince yerine getirmediği, davalı yüklenicinin ortaya çıkan zarardan sorumlu bulunduğu ortadadır."*

<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRwsNJGzcyM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2erVOiqP8UIJzK8SUiXFPNO TJcUCQMMPBXPjajzNetvPLrEoYug7lI8ldYpqxscD%2BxqVJIRUdQssh%2FcPYus3nSQCA%3D%3D&aranan=hekim%20eser%20s%C3%B6zle%C5%9Fmesi%20bilgilendirme&dokumanTuru=YARGITAYKARARI>

<sup>184</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 628-629.

<sup>185</sup> PETEK Hasan, 2006, s. 190.

Eser sözleşmesinde eser ayıplı ise, eserdeki ayıp yüklenicinin kusuru nedeniyle meydana geldiyse, iş sahibi bu durumdan zarar gördüyse, eserdeki ayıp ve iş sahibinin zararı arasında nedensellik bağı varsa zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Eserdeki ayıptan yüklenicinin sorumlu olduğu durumlarda tazminat hakkının yanı sıra iş sahibi sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme ve masraflar yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarılmasını isteme seçimlik haklarından istediğini kullanabilir (TBK m. 475). Tıbbi müdahale söz konusu olduğunda protez yapımı dışındaki durumlarda yapılan işlem geri alınamayacağından hastanın isteyebilecekleri indirim ve onarım olabilir.

Hastanın ayıplı eser nedeniyle açacağı tazminat davalarında zamanaşımı süresi eser sözleşmesine konu olan tıbbi müdahalenin yapılmasından itibaren 2 yıldır (TBK m. 478). Yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın sorumluluk yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Eğer dava eserdeki ayıp dışında bir sözleşmeye aykırılığa dayandırılıyor ise zaman aşımı süresi TBK m. 147 gereğince 5 yıldır.

## F. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUK

### 1. Genel Bakış

Sözleşme ile borçlanılan edimin tam ve doğru şekilde, bütün unsurlarıyla, taahhüt edildiği gibi yerine getirilmesine ifa denir.<sup>186</sup> Borcun ifa edilmemesi, borcun hiç ifa edilmemiş olması ve gereği gibi ifa edilmemiş olması ihtimallerini kapsar.<sup>187</sup> Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediğinde, buna borçlunun kusurlu davranışı neden olduysa, alacaklı karşılaştığı zararların tazminini borçludan isteyebilir (TBK m. 112). Kusursuzluğunu ispat yükü borçludur.

Edim imkansızlaşmamışsa alacaklı aynen ifayı talep edebilir; ancak hasta ile hekim arasındaki anlaşmazlıklarda, güven ilişkisi zedelendiğinde aynen ifa talep edilmesi beklenen bir durum değildir. Alışılmış olan zarar görenin tazminat talep etmesidir.

Koruyucu ve yardımcı yan edimlerin yerine getirilmesindeki ihlaller hastaya yalnız bu nedenle dava hakkı vermez. Ancak bu yükümlülükler aykırılık zarara neden olduysa bu zararın tazmini talep edilebilir.<sup>188</sup>

### 2. Sorumluluğun Koşulları

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu bazı koşulların var olmasına bağlıdır<sup>189</sup>:

<sup>186</sup> İfanın unsurları ifanın içeriği, tarafları, zamanı ve yeridir. İfanın tarafları borçlu (ifayı yapacak olan) ve alacaklıdır (ifa yapılacak olan). İfanın konusu borçlanılan edimdir. Borçlu neyi borçlandıysa onu ifa etmek zorundadır. Ancak karşılıklı olarak anlaşılırsa borçlanılan edimden başka bir şeyle ifa kabul edilebilir (TBK m. 92). Borcun nerede ifa edileceğini taraflar aralarında kararlaştırırlar. Borçlu, belirli bir süre içinde yerine getirilmesi gereken bir borcu, bu sürenin dolmasından önce ifa etmekle yükümlüdür. Belirli bir süre öngörülen borç zamanında yapılmadığında alacaklı ifayı kabul etmeme hakkına sahiptir. Borçlu edimi bütün olarak borçlandığında alacaklı kısmen ifayı kabul etmek zorunda değildir. Anlaşmazlık halinde ifayı ispat yükü borçlunun üzerindedir. OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2013, Cilt 1, s. 257; EREN Fikret, 2015, s. 914; AYAN Mehmet, 2012, s.307-323.

<sup>187</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2015, s. 379.

<sup>188</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 41.

<sup>189</sup> DEMİR Mehmet, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayırımı", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 268; DEMİR Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, 153-160.

- a) Hasta (veya yasal temsilcisi) ile hekim arasında geçerli bir biçimde kurulmuş sözleşme var olmalıdır;
- b) Bu sözleşmedeki edim yükümü ihlal edilmiş olmalıdır (borca aykırılık);
- c) Hekim sözleşmenin konusu olan sağlık hizmetini sunarken kusurlu davranmış olmalıdır;
- d) Hasta bu kusurlu eylemden dolayı maddi ve/veya manevi zarar görmüş olmalıdır;
- e) Hekimin kusurlu eylemi ile hastanın gördüğü zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

Zararın varlığını, zarar ve borcun ifa edilmemesi arasında nedensellik bağına ispat yükü alacaklıdadır. Borçlu ise kusurlu olmadığını ispatlamak zorundadır. Haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak zarar gören alacaklının zarar veren borçlunun kusurunu ispatlaması gerekmez. TBK m. 114'e göre haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulandığından, alacaklıya ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde kusurunun ağırlığı (TBK m. 51) ve alacaklının ortak kusuru (TBK m. 52) dikkate alınır.

### **3. Sorumsuzluk Anlaşması**

TBK m. 114'e göre borçlu her türlü kusurdan sorumludur. Sözleşmede borçluyu sorumluluktan kurtaracak bir şart konmuşsa tazminat davası açılmaz; ancak sorumluluktan kurtaracak böyle bir şart konulması bazı durumlarda mümkün değildir (TBK m. 115):

- Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.
- Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

- Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Bir hekimin mesleğini yapabilmesi kanunun tanıdığı yetki ve Sağlık Bakanlığı'nın vereceği izinle mümkün olduğundan, ayrıca bu hizmet uzmanlık gerektirdiğinden hekimin hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma yapılamaz.

Borçlunun alacaklıyla yapacağı bir sorumsuzluk anlaşması TBK m. 115'e göre hükümsüz olduğu halde yardımcı kişilerin sebep olacağı zarardan doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Bu durumun istisnası, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen ve uzmanlık gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat yürütülmesi halidir; ki bu durumda borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 116). O halde bir hekim asistanının veya hemşiresinin vereceği zarar ile ilgili olarak da sorumsuzluk anlaşması yapılamaz. Benzer şekilde özel hastane de yardımcı kişi olarak çalıştırdığı hekimin vereceği zararlar ilgili sorumsuzluk anlaşması yapılamaz.

#### 4. Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk

Borçlu borcunu şahsen ifa etme gücüne ve yeterliğine sahip olmayabilir; kaldı ki borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü de değildir (TBK m. 83). Borçlunun borcun ifasında kullandığı yardımcı kişiye **ifa yardımcısı** denir. TBK m. 116'daki “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*” ifadesinden anlaşıldığı üzere borçlu ile ifa yardımcısı arasında sözleşme ilişkisi bulunabilir ama bu şart değildir. İfa yardımcısı ile alacaklı arasında ise borç ilişkisi yoktur.<sup>190</sup>

Borcun ifa yardımcısı tarafından yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkan zarardan borçlu, zarar kendi fiili ile ortaya çıkmış gibi sorumludur. Öz, ifa yardımcısının borcun

<sup>190</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 1075, OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2015, s. 428.



ifası vesilesiyle işlediği fiiller borcun ihlali niteliği taşıyorsa borçlunun TBK m. 116 uyarınca sorumlu olacağını; borcun ihlali niteliği taşımıyorsa, ama adam çalıştırmanın sorumluluğunun şartları gerçekleşmişse (TBK m. 66) haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacağını belirtmiştir.<sup>191</sup> Eren ise buradaki sorumluluğun hem ifa fiili ile ilgili zararı, hem de ifa vesilesiyle verilen zararı kapsadığını vurgulamıştır<sup>192</sup>.

İfa yardımcısının kusurlu olup olmadığına bakılmaz<sup>193</sup>. TBK m. 116'da kusurdan söz edilmemektedir. Kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğunun aksine borçlu yardımcı kişinin seçilmesi, ona talimat verilmesi ve denetlenmesinde her türlü özen ve dikkati gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Borçlunun sorumluluktan kurtulması ancak zararın umulmayan hal ve mücbir sebepten meydana geldiğini kanıtlamasıyla mümkündür<sup>194</sup>.

İfa yardımcısı işi görürken alacaklıya değil de üçüncü bir kişiye zarar verirse bu durumda borçlu açısından “adam çalıştırmanın sorumluluğu” ile ilgili hüküm uygulanır (TBK m. 66).

Borçlu yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zararı tazmin ettiğinde bunu ifa yardımcısına rücu edebilir. Rücu alacağı borçlu ile ifa yardımcısı arasındaki ilişkiye göre belirlenir<sup>195</sup>:

- Borçlu ile ifa yardımcısı arasındaki ilişki sözleşme ilişkisi ise ve ifa yardımcısı kusurlu ise, borçlu sözleşmeye aykırılığa dayanarak zararının giderilmesini ister.
- Borçlu ile ifa yardımcısı arasında sözleşme ilişkisi yoksa ve ifa yardımcısının kusurlu fiili alacaklıya karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliği taşıyorsa borçlu alacaklıya ödediği tazminatı kusuru oranında yardımcılara rücu edebilir. Alacaklı bu haksız fiil için ifa yardımcısını da dava edebilir. Bu durumda borçlu ve yardımcı kişi alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.

<sup>191</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2015, s. 434-435.

<sup>192</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s.1080.

<sup>193</sup> NOMER Haluk N, 2015, s. 259, EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s.1082.

<sup>194</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s.1084.

<sup>195</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s.1084.

## 5. Zamanaşımı

Zamanaşımı alacaklının hakkını hukuk düzeninin öngördüğü belirli bir süre içinde kullanmaması durumunda dava hakkını kaybetmesi anlamına gelir<sup>196</sup>. Zamanaşımı borcu sona erdirmez, borçluya süresiz olarak ifadan kaçınma hakkı verir.<sup>197</sup>

Zamanaşımı süresi genel olarak 10 yıl olmakla beraber (TBK m. 146); TBK m. 147'de sıralanan vekâlet ve eser sözleşmelerinden doğan alacakların da aralarında bulunduğu bazı alacaklarda beş yıllık zamanaşımı geçerlidir. Ancak eser sözleşmesinde ayıplı eser nedeniyle açılacak davalar, eser teslim tarihinden başlayarak 2 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (TBK m. 478).

Zamanaşımı süresi TBK m. 149'da belirtildiği üzere "*alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar*". Bu süre eser sözleşmesinde 478. madde hükmü gereğince "*eserin teslim tarihinden*" hesaplanır. Eser sözleşmesine konu edilen bir tıbbi müdahalede ise müdahalenin yapıldığı tarih başlangıç olarak alınır.

Zamanaşımı hakim tarafından kendiliğinden göz önüne alınmaz, dava edilen borçlu tarafından ileri sürülmesi gerekir (TBK m. 161).

## 6. Temyiz Makamı

Vekâlet sözleşmesine dayanan bir hukuki ilişkideki uyuşmazlık sonucu açılan davalarda verilen hüküm ve kararlar temyiz edildiğinde inceleme makamı Yargıtay 13. Hukuk Dairesidir. Adli yargıda görülen estetik amaçlı ameliyatlara ile diş tedavisi, protez vb yapımlardan kaynaklanan ve eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilen davalar sonucu verilen hüküm ve kararların inceleme makamı ise Yargıtay 3. Hukuk Dairesidir.<sup>198</sup>

<sup>196</sup> AYAN Mehmet, 2012, s.370.

<sup>197</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2015, s. 600.

<sup>198</sup> Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Yargıtay İş Bölümüne İlişkin 12/02/2016 Tarihli ve 2016/1 Sayılı Kararı <http://www.yargitay.gov.tr/documents/isbolumukararibgk2016.pdf> (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

## G. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK “CULPA IN CONTRAHENDO”

Sözleşme kurmak amacıyla görüşmeye başlayan tarafların arasında borç ilişkisi doğar. Fakat sözleşmenin hükümleri ancak sözleşme kurulduktan sonra bağlayıcı olur. Sözleşme kurmak amacıyla görüşmeye başlayan taraflar arasında sözleşmenin kurulmaması da mümkündür. MK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı, sonuçta sözleşme kurulsun veya kurulmasın sözleşme görüşmelerine girişen taraflara bir takım yükümlülükler yükler.<sup>199</sup> Taraflar birbirlerine dürüst davranmak, yapılacak sözleşme açısından önemli noktaları gizlememek, yanlış bilgi vermekten kaçınmak, kendilerine ait alanda can ve mal emniyeti için gereken önlemleri almak zorundadır. Bir taraf, dürüstlük kuralından doğan bu yükümlülükler aykırı şekilde, sözleşme yapma niyeti hiç olmaksızın, görüşmeleri başlatırsa, karşı tarafı yanlış bilgilendirir veya açıklaması gereken hususları açıklamaktan kaçınırsa, görüşmeler sırasında karşı tarafa zarar verir veya zarardan koruyucu önlemleri almazsa, aralarında sözleşme kurulmasa bile, diğer tarafın bu davranışlar nedeniyle uğradığı zararları tazmin etmelidir.<sup>200</sup> Bu sorumluluğa "*Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*" veya "*Culpa In Contrahendo*" adı verilir.

Öğretide bu sorumluluğun dayandırılacağı hukuki temel tartışmalıdır. Sözleşmeden doğan sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu veya kendine özgü sorumluluk olduğu ileri sürülmüştür.<sup>201</sup> Sözleşmeden doğan sorumluluk olduğu kabul edildiğinde, TBK m. 112 ve devamındaki borçların ifa edilmemesi hakkındaki hükümler uygulanır. Diğer bir deyişle borçlu kusursuzluğunu kanıtlamak zorunda kalır; yardımcı kişinin verdiği zararı tazminden gerekli özeni gösterdiğini kanıtlayarak kurtulamaz ve zamanaşımı süresi sözleşme görüşmelerinden itibaren on yıl (vekalet ve eser sözleşmesi için beş yıl) olur. Haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edildiğinde kusuru ispat yükü zarar görene aittir, zamanaşımı süresi zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıl olur. Her ihtimalde, tazmin edilecek

<sup>199</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2015, Cilt 1, s. 488; EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 1128.

<sup>200</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2015, Cilt 1, s. 488; EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 1129; DEMİR Mehmet, 2009, s. 263-281; 42) TEKİNAY Sulhi, AKMAN Sermet, BURCUOĞLU Sermet, ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 976; AYAN Mehmet, 2015, s. 127.

<sup>201</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2015, Cilt 1, s. 490-492; EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 1130-1133; AYAN Mehmet, 2012, s.127-128; TEKİNAY Sulhi, AKMAN Sermet, BURCUOĞLU Sermet, ALTOP Atilla, 1993, s. 978.

olan zarar, görüşme hiç yapılmasaydı karşı tarafın uğramayacak olduğu zarardır; buna "*olumsuz zarar*" da denir.<sup>202</sup>

Hekimlik sözleşmesi görüşmelerinde de culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olabilir. Örneğin bir doktor, belirtilerini yüzeysel olarak incelediği hastasına yeterli vakitlerinin bulunduğunu söyler ve izin dönüşüne kadar sözleşme ilişkisine girmekten ve tedaviyi yürütmekten kaçınırsa, hasta da bu ertelemeden ötürü zarara uğrarsa burada doktorun sözleşme görüşmeleri sırasındaki hatalı yönlendirmesi ile söz konusu zarara neden olduğu söylenebilir. Hekim böyle bir durumda sözleşme görüşmeleri sırasında vermesi gereken bir bilgi varsa bundan kaçınmamalı, gerekiyorsa hastayı başka bir hekime yönlendirmelidir.

---

<sup>202</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2015, s. 491.

## H. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

Haksız fiil TBK'da düzenlenmiş bir borç kaynağıdır. Haksız fiil sorumluluğu sözleşmelerde olduğu gibi daha önce yüklenilmiş bir borca değil, genel davranış kurallarına aykırılığa dayanmaktadır.<sup>203</sup> TBK'da haksız fiillerden doğan borç ilişkileri sorumluluk (kusura dayalı) (Madde 49-64) ve kusursuz sorumluluk (Madde 65-71) olarak iki bölümde incelenmiştir.

### 1) Kusura Dayalı Sorumluluk

Hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla bir kişiye zarar verildiğinde bu zararın giderilmesi gerekir. Bu durum TBK'da

*“Madde 49 - Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiile başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”*

hükmüyle düzenlenmektedir. Kusura dayalı sorumluluk ya da kusur sorumluluğu olarak adlandırılır. Oğuzman ve Öz<sup>204</sup> kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun 3 şartı olduğunu belirtmiştir:

- Hukuka aykırı bir fiil
- Bu fiille bir kişinin zarar görmesi; bu zarar ile fiil arasında nedensellik bağının bulunması
- Bu fiilin işlenmesinde failin kusurlu olması

Ayan<sup>205</sup> zarar ve fiil arasındaki nedensellik bağını ayrı bir şart olarak saymıştır. Eren<sup>206</sup> ve Nomer<sup>207</sup> ise konuyu ele alırken fiili ve hukuka aykırılığı ayrı ayrı vurgulamışlar, böylece kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun 5 unsurundan bahsetmişlerdir. Bu bölümde bu unsurlara kısaca değinilecek ve hekimin hukuki sorumluluğu bakımında önem teşkil eden noktalar açıklanacaktır:

<sup>203</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 1.

<sup>204</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 12.

<sup>205</sup> AYAN Mehmet, 2015, s.206.

<sup>206</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 516.

<sup>207</sup> NOMER Haluk N, 2015, s. 114

a) *Fiil:*

Fiil sözcüğü iradi bir davranışı ifade eder. Bu davranış yapmak veya yapmamak (yapmaktan kaçınmak, ihmal etmek) şeklinde ortaya çıkabilir.<sup>208</sup> Davranışın bilinçli olması kişinin bunu iradesiyle, isteyerek yapmasıdır. Buradaki irade yalnızca davranışa yöneliktir, davranışın kötü sonuçlarının da öngörülüp istenmesi gerekmez. Başka bir deyişle kişi davranışının sonucunda ortaya çıkan durumu hiç istememiş ve planlamamış olabilir ama bu onu sorumluluktan kurtarmaz. Uyku halinde, bilincin kaybedildiği durumlarda, başkasının zorlamasıyla veya refleks şeklinde yapılan davranışlarda ise iradeden söz edilemez.

b) *Hukuka Aykırılık:*

Hukuka aykırılık hukukun yasakladığı bir davranışta bulunmayı ifade eder. Oğuzman ve Öz<sup>209</sup> bunu fiilin bir genel davranış kuralını ihlal etmesi olarak tanımlamıştır. Bu, temel hukuk kuralları ile korunan bir mutlak hak ihlali veya hukukça korunan diğer menfaatlerin veya özel koruma kurallarının ihlali olabilir<sup>210</sup>. Bunlara ek olarak TBK m. 49'da "*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*" kuralı yer almaktadır. Dolayısıyla kasten işlenen fiiller söz konusu olduğunda fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa da ahlaka aykırılık, haksız fiilin meydana gelmesine yetmektedir. Ancak burada zararın kasten verilmesi koşulu vardır. Başka bir deyişle ahlaka aykırı eylem ihmale dayalı olarak ortaya çıktıysa bu hükmün kapsamına girmez.

Başkasına zarar verenin bu şekilde davranmasına izin veren bir hukuk kuralı varsa buna "*hukuka uygunluk sebebi*" veya "*hukuka aykırılığı önleyen sebep*" adı verilir.

Hukuka uygunluk sebepleri<sup>211</sup> TBK m. 63'te sıralanmıştır:

- i. *Zarar görenin rızası:* Rıza, tıbbi müdahaleler ve hekimin sorumluluğu bakımından özellikle önem taşımaktadır. Mağdurun rızasının, fiilin hukuka

<sup>208</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 13.

<sup>209</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 14.

<sup>210</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 592-599.

<sup>211</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 21-37; NOMER Haluk N, 2015, s. 116-122; EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 601-613; AYAN Mehmet, 2015, s.209-224, ÇEKER Mustafa, Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, s. 6. www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tibbimudahaleler.rtf (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

aykırılığını ortadan kaldırabilmesi, rızanın geçerli olmasına bağlıdır. Ehliyetsizlik, kişilik haklarına aykırılık, irade beyanında sakatlık gibi durumlarda rıza geçerli olmaz.<sup>212</sup> Örneğin kişi, öldürülmesine razı olamaz. Ötenazi bu nedenle yasaktır.

Ayırt etme gücü bulunan ve kısıtlı olmayan reşit kişiler, tıbbi müdahaleye geçerli şekilde rıza gösterebilirler. Ayırt etme gücü tıbbi müdahalenin niteliği, riskleri ve sonuçlarını değerlendirerek bir karar vermeyi sağlar. Yaş küçüklüğü, hastalık, zeka geriliği, ilaç etkisi gibi nedenlerle ayırt etme gücü geçici veya sürekli olarak bulunmayabilir. Hastanın ayırt etme gücünün bulunmaması halinde kararı kendisi veremez. TŞSTİDK m. 70'te hasta küçük veya kısıtlıysa veli veya vasisinin rızasının aranacağı belirtilmiştir<sup>213</sup>. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesine göre ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanımında yasal temsilcinin rızası gerekli değildir<sup>214</sup>. Vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Tıbbi müdahaleye rıza bu bağlamda ele alındığında ayırt etme gücü olan küçüklerin, yasal temsilcinin rızası alınmaksızın tıbbi müdahaleyi kabul veya red edebilecekleri anlamı çıkmaktadır. Bu durum TŞSTİDK'nın 70. maddesi ile çelişme göstermektedir.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında küçüğün görüşünün dikkate alınabileceği belirtilmektedir<sup>215</sup>. HHY'nin 24. maddesinde ise Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları

<sup>212</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 22.

<sup>213</sup> TŞSTİDK

*"Madde 70: Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) ..."*

<sup>214</sup> Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Resmi Gazete Tarihi: 08.12.2001, Resmi Gazete Sayısı: 24607.

*"MADDE 16- Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar."*

<sup>215</sup> Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi : İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

*Madde 6: "... Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır."*

anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımının sağlanacağı belirtilmiştir.<sup>216</sup> Yönetmelik hükmünde ayırt etme gücü olan küçük ve kısıtlıların sürece katılımının sağlanacağı düzenlenmişse de, maddenin ifadesinden, küçük veya kısıtlının müdahaleye rızası bulunmaması durumunda veya yasal temsilci ile küçüğün birbirleriyle zıt kararlar vermesi halinde ne yapılacağı açıkça anlaşılamamaktadır. Öğretide bu hüküm, kanun koyucunun küçük veya kısıtlının rızasını değil sadece katılımını aramasının, esas olanın kanuni temsilcinin rızası olduğu şeklinde yorumlanmaktadır<sup>217</sup>. Ayırt etme gücüne sahip küçüğe yapılacak tıbbi müdahale ile ilgili olarak 3 farklı görüşten bahsedilmektedir<sup>218</sup>: Tıbbi müdahale için yasal temsilcinin rızasını şart koşturma ile beraber, ayırt etme gücüne sahip küçüğün görüşünün alınması gerektiğini savunan görüş; yasal temsilcinin ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını birlikte arayan görüş ve nihayet ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını tek başına yeterli sayan görüş<sup>219</sup>.

Görüldüğü gibi mevzuatta ayırt etme gücü olan küçüğün görüşünün alınması ile ilgili hükümler olsa da, bu görüşün somut olaylara hangi ağırlıkta yansıtılacağı açık değildir. 14 yaşında ve kemik kanseri olan bir ergen hayatını kurtarmak pahasına bir bacağının kesilmesini estetik kaygılarla kabul etmiyorsa kararı saygıyla mı karşılanmalı, yoksa ergenliğin fırtınalı ruh hali ile konunun önemini kavrayamadığı mı düşünülmelidir? Böyle bir durumda yaşam kurtaracak ameliyat konusunda ısrarcı olan anne babanın kararı nereye konulacaktır?

---

<sup>216</sup> HHY

*"Madde 24: Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır..."*

<sup>217</sup> OKTAY ÖZDEMİR Saibe, "Tıbbi Müdahale Ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasında Rızanın Kimler Tarafından Verileceği", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 2, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1326.

<sup>218</sup> ŞENOCAK Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası" AÜHFD 2001;4: 65-80.  
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/288/2624.pdf> (Son erişim tarihi 08.07.2016);

<sup>219</sup> KAHRAMAN Zafer, Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, Cilt 7, Sayı 1, s. 16.  
<https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/Zafer%20Kahraman%207-1.pdf> (Son erişim tarihi: 08.07.2016)



Tıbbi uygulamada, yasal temsilci ve küçüğün farklı görüşte olmaları durumunda, acil bir karar vermek gerekmiyorsa, yeterli bir aydınlatma yapılarak tarafların kararlarını gözden geçirmeleri istenir. Tıbbi endikasyonun derecesi, başka bir deyişle müdahalenin kişinin hayatı ve sağlığı açısından zorunlu olup olmadığı hekimin tavrını etkileyebilir. Uygulamada ayırt etme gücü olan bir küçükle ailesinin anlaşmazlığa düştüğü bir tıbbi müdahaleye rıza olgusuna rastlanmaması aciliyet arz etmeyen böyle bir durumda hekimin aile bireylerini uzlaşmaya davet edip beklemeyi seçmesine bağlı olabilir. Tarafların uzlaşmaması halinde ise müdahaleden kaçınmak, başka bir deyişle rıza göstermeyen kararına uymak en akılcı çözüm olabilir.

- ii. *Hukuk düzeninin tanıdığı bir yetkinin kullanılması:* Kamu hukuku veya özel hukuka dayanan bir yetkiyle başkasına verilen zararda zarar verici eylem hukuka uygun kabul edilir.
- iii. *Üstün kamu yararı veya üstün özel yarar bulunması:* Kamu yararı bulunan hallerde temel hak ve hürriyetler sınırlandırılabilir. Ancak bu sınırlama ancak kanunla yapılabilir. Salgın hastalıkta karantina uygulaması bu şekilde kamu yararının gözetilmesinden ibarettir. Benzer şekilde üstün özel yarar söz konusu olduğunda zarar veren bir fiil hukuka aykırı sayılmayabilir. Bir ameliyat sırasında beklenmedik ve derhal müdahale edilmesi gereken bir durumla karşılaşan hekimin bunun için onam almadığı halde yapacağı müdahale bu sınıfa girer.
- iv. *Haklı savunma:* Bir kişinin kendinin veya üçüncü bir kişinin şahsına veya mallarına yönelik hukuka aykırı ve mevcut ya da gerçekleşmesi çok yakın gerçek bir saldırıyı bertaraf etmek için saldırana karşı yaptığı savunmadır.<sup>220</sup> Savunma sırasında verilen zarar saldırıdan beklenen zarardan orantısız şekilde büyük olmamalıdır.
- v. *Zorunluluk hali:* Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verilmesidir. Zarar verenin fiili hukuka aykırı sayılmasa da verilen zararın hakkaniyet ilkesine göre karşılanması beklenir (TBK m. 64). Ancak verilen zararın boyutları korunmak istenen zarardan daha büyük olmamalıdır.

---

<sup>220</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 28.

vi. *Hakkını kendi gücüyle koruma*: Hakkını korumak durumunda kalan bir kişi, o sırada güvenlik güçlerinden yardım alamayacak durumda ise ve başka çaresi de yoksa savunma için yaptığı eylem hukuka aykırı sayılmaz ve verdiği zarardan sorumlu tutulmaz (TBK m. 64).

c) *Zarar*:

Zarar sorumluluğun ve tazminat borcunun en önemli unsurudur. Aslında hem maddi hem manevi boyutu olsa da genellikle maddi zararı ifade etmekte kullanılır. Maddi zarar bir kimsenin malvarlığında rızası dışında oluşan azalmadır.<sup>221</sup> Zarar veren davranış olmasaydı malvarlığının bulunacağı durumla, bu davranışın yol açtığı durum arasındaki fark olarak da tanımlanabilir.<sup>222</sup> Yaralanan bir kişi söz konusu olduğunda hem şahıs varlığının uğradığı zarar, hem de yapacağı tedavi masrafları, maddi zarar kapsamında değerlendirilir. Öğretide bazı yazarlar zarar terimini manevi zararı da içerecek şekilde,<sup>223</sup> bazı yazarlar ise ayrı ayrı<sup>224</sup> kullanmışlardır. Kişilik hakkına yapılan tecavüzdü duyulan elem ve üzüntü manevi zarar olarak nitelendirilir.<sup>225</sup> Maddi ve manevi zarar birlikte veya ayrı ayrı bulunabilir. Bunlar, kişinin malvarlığının aktifinde fiili bir azalma veya pasifinde fiili bir çoğalma yaratan fiili zarar türleridir. Bunlardan farklı olarak mahrum kalınan kar, elde edilebilecek bir kazançtan yoksun kalmayı ifade eder.<sup>226</sup> Zarar görenin bu tedavi sırasında, yaralanmasaydı çalışarak elde edeceği geliri kazanamayacağı düşünüldüğünde bunun da zarara eklenmesi gerekir, ki bu duruma "*kar mahrumiyeti*" adı verilir.

d) *Nedensellik Bağı*:

Zarara yol açan eylem ile oluşan zarar arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunmasıdır. Hukuka aykırı bir fiili işleyen kişi, ancak o fiilin sebep olduğu zararları tazminle mükelleftir.<sup>227</sup> Bir fiilin yaşam deneyimlerine göre olayların normal akışında neden olabileceği zararlar ile olan nedensellik bağına uygun nedensellik bağı denmektedir ve gerek öğreti, gerekse mahkeme içtihatlarında, bu tip bir nedensellik bağı aranmaktadır.<sup>228</sup> Bazen mantıksal olarak bir nedensellik bağı var gibi görünse de olayların normal akışına,

<sup>221</sup> EREN Fikret, 2015, s. 520-522.

<sup>222</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 38.

<sup>223</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 521.

<sup>224</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 39.

<sup>225</sup> AYAN Mehmet, 2012, s. 232.

<sup>226</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 40.

<sup>227</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 44

<sup>228</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 44-45.

hayat tecrübelerine göre değerlendirildiğinde uygun bir nedensellik bağı kurulamaz. Görünen nedensellik bağının uygun olup olmadığını hakim takdir eder. Kurşunla yaralanarak hastaneye getirilen hastaya hekim aynı gün müdahale etmeyince hasta kaybedilirse, ölüm nedeni kurşun yaralanması mı olur, yoksa hekimin aynı gün müdahale etmemesi nedeniyle mi kaybedilmiştir? Bu durumda hekimin sorumlu tutulması için "erken müdahale etseydi hasta yaşardı" kararının verilebilmesi gerekir. Eğer bu karara varılamadıysa uygun illiyet bağından söz edilemez. Bazen de mağdurun bünyesinden kaynaklanan ve zararın artmasına yol açabilecek faktörler olabilir. İleri yaş, sigara kullanımı, anemi, üremi, C vitamini eksikliği, beslenme bozukluğu, diyabet hastalığı yara iyileşmesini olumsuz etkileyen faktörlerdir. Bu faktörlerden bir veya birkaçının birlikte olduğu durumlarda cerrah ne kadar iyi bir ameliyat yaparsa yapsın istediği sonucu elde edemeyebilir; komplikasyon riski artabilir. Böyle bir durumda kişisel faktörlerin ağırlaştırdığı zararın tazmininde indirimle gidilebilir<sup>229</sup>.

Bir zararın meydana gelmesinde birden çok neden bir arada veya arka arkaya etkili olabilir. Eğer zararlı sonuç bu nedenler bir araya geldiğinde ortaya çıkıyorsa buna "*ortak nedensellik*" adı verilir. Ortak nedenlerin her birinin tek başına zararlı sonucu ortaya çıkarmaya elverişli olmaması, ancak bir araya geldiklerinde zararlı sonuca yol açmaları halinde sorumluluk da ortaktır. İki hemşirenin birbirlerinden habersiz olarak aynı ilacı vermeleri ve tek bir dozla ölmeyecek hastanın bu yüksek doz nedeniyle ölmesi ortak nedenselliğe örnektir.<sup>230</sup> Eğer hukuka aykırı eylemin ortaya çıkmasına öngörülmesi veya karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay neden olduysa (*mücbir sebep*), zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru varsa nedensellik bağının kesildiği kabul edilir, sorumluluk söz konusu olmaz<sup>231</sup>. Hekimin yanlış tedavi uyguladığı hasta, eğer ayağı takılarak merdivenlerden düşer ve ölürse hekimin uyguladığı yanlış tedavi bakımından nedensellik bağı kesilmiş olur.

e) *Kusur*:

TBK'da kusurun tanımı yapılmamıştır. Öğretide kusur "*hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimi*"<sup>232</sup>, "*hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede*

<sup>229</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2013, Cilt 2, s. 46.

<sup>230</sup> ŞENOCAK Zarife, 1998, s. 92.

<sup>231</sup> AYAN Mehmet, 2015, s.237-238.

<sup>232</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 569.

*kullanmamak*<sup>233</sup> olarak tanımlanmıştır. İkinci tanımında kusurun iki farklı şekilde ortaya çıkabileceğini ifade edilmektedir: Fail hukuka aykırı sonucu bilerek, öngörerek istemişse “kast”; hukuka aykırı sonucu özel olarak istememekle beraber, öngörülebilecek böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemişse “ihmal” söz konusudur. Fail ortaya çıkan sonucu doğrudan istemese bile bu sonucun gerçekleşebileceğini bilip göze alması kasta girer. Kanun koyucu TBK'da “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*” ifadesiyle kast ve ihmal ayırımı yapmamıştır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar kural olarak hukuka aykırı eylemlerinden sorumlu tutulmazlar çünkü fiil ehliyetine sahip değildirler. Ancak ayırt etme gücüne sahip küçüklerle kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar. TBK ayırt etme gücünün olmadığı durumlarda verilen zararlar ilgili olarak TBK m. 59 ve 65'te iki hüküm içermektedir<sup>234</sup>; bu hükümler söz konusu haldeyken verilen zararların tazmini ile ilgilidir. Geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden kişi ancak bu duruma düşmekte kusuru olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir. Yine de hakkaniyet ilkesi gereğince bu zararın kısmen veya tamamen karşılanmasına hükmedilebilir.

Bir kişinin, aslında sahip olmadığı bir mesleki bilgi veya tecrübe gerektiren bir işi, bu durumu bilecek durumdayken üstlenmesi, başlı başına kusur sayılır. Bu durumda kişinin fiili gerçekleştirirken ne kadar özenli davrandığını ayrıca araştırmaya gerek olmaz.<sup>235</sup> Robotik cerrahi konusunda hiçbir eğitim almamış bir cerrahın, çalıştığı hastanede uygun donanım bulununca, hiç deneyimi olmadığı halde bunu bir hasta üzerinde kullanması bu duruma örnektir.

Ne kusurun, ne de ayırt etme gücünün olup olmadığına karar verirken ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleri ve ceza hakiminin kusurun olup olmadığı ya da kusura ilişkin değerlendirmesi ve zararın belirlenmesi ile ilgili kararı bağlayıcı değildir (TBK m. 74).

<sup>233</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 53.

<sup>234</sup> TBK

*"MADDE 59- Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur."*

*MADDE 65- Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.*

<sup>235</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 59.

## 2) Kusursuz Sorumluluk

Kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğunda kusura dayalı sorumluluğun kusur dışındaki unsurları (fiil, hukuka aykırılık, zarar, nedensellik bağı) aranır. Bu şartların varlığını ispat yükü davacıya düşer. Davalı da kendini sorumluluktan kurtarabilecek bir kanıtı varsa bunu sunmak durumundadır.<sup>236</sup>

TBK'da kusur aranmayan sorumluluk halleri 3 ana başlık altında sıralanmıştır:

- a) Hakkaniyet Sorumluluğu (TBK m. 65)
- b) Özen yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluk
  - Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK m. 66)
  - Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu (TBK m. 67-68)
  - Yapı Malikinin Sorumluluğu (TBK m. 69-70)
  - Çevreyi Kirletenlerin Sorumluluğu (Çevre Kanunu m. 28)
- c) Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 65)

Özen yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluk hallerinde davalı, “gereken özeni gösterseydi bile zararın meydana gelebileceğini” kanıtlarsa sorumlu olmaz. Kanunda böyle bir kurtuluş imkanının düzenlenmediği hallerde de zararın mücbir sebepten, mağdurun veya üçüncü şahsın ağır kusurundan ileri geldiğinin ispatı, genellikle davalıyı sorumluluktan kurtarır.<sup>237</sup>

Konumuz bakımından önem taşıyan kusursuz sorumluluk hali, adam çalıştırmanın sorumluluğudur.

### ***Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu:***

Adam çalıştırma kavramı, işveren kavramından daha geniştir. Burada kullanıldığı anlamıyla adam çalıştırma, işlerini gördürmek amacıyla bağımlılık ilişkisi içinde üçüncü bir

<sup>236</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 136-137.

<sup>237</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 136-137.

kişinin hizmetinden yararlanan ve o kişi üzerinde gözetim ve denetim yetkisi olan kişidir.<sup>238</sup>

Üstlendiği bir işi yerine getirebilmek için yanında yardımcı kişi çalıştıranlara kanun özen sorumluluğu yüklemiştir (TBK m.66)<sup>239</sup>. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Özel hastanede çalışan hemşire ve teknisyenler genellikle özel hastanenin çalışanıdır ve hekimle aralarında bağımlılık ilişkisi yoktur. Ancak bazı durumlarda hekim, örneğin muayenehanesinde birlikte çalıştığı hemşire veya teknisyeni özel hastaneye getirip bu kişiler yardımı ile tıbbi müdahale gerçekleştirebilir. Bu durumda hekimin, bu şahısların fiillerinden adam çalıştıranın sorumluluğu hükümlerine dayalı şekilde sorumlu tutulması uygundur.

Bu sorumluluğun kaynağı adam çalıştıranın, işin görülmesi sırasında üçüncü kişilere zarar verilmesini önleyecek şekilde yardımcı kişinin seçiminden başlayarak, işin niteliğine uygun hizmet içi eğitim, işin yürütülmesiyle ilgili uygun talimatlar, işin yapılmasıyla ilgili denetim ve gözetimi de kapsayacak şekilde her türlü özeni göstermesi gerekliliğidir.<sup>240</sup> Bu sorumluluk kusurdan bağımsızdır. Başka bir deyişle adam çalıştıranın veya çalışanın yapılan işte kusurlu olup olmadığına bakılmaz. Bu sorumluluğun oluşması için bazı şartlar gerekir:

- Üçüncü bir kişi zarar görmelidir.
- Gerçekleşen zararlar yardımcı kişinin davranışı arasında nedensellik bağı olmalıdır.

---

<sup>238</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 622-623.

<sup>239</sup> TBK

*"II. Özen sorumluluğu*

*1. Adam çalıştıranın sorumluluğu*

*MADDE 66- Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.*

*Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.*

*Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.*

*Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir."*

<sup>240</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 621-629.

- Zarar veren davranış hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka aykırılık kusurdan bağımsızdır.
- Zarar veren kişi ile davalı arasında iş akdine dayalı bir çalıştırma ilişkisi olmalıdır.
- Zarar işin görülmesi sırasında işle bağlantılı olarak verilmiş olmalıdır.
- İşveren kendisini sorumluluktan kurtarmak için özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini kanıtlayamamış olmalıdır. Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz (TBK m. 66).



# I. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

## 1) Genel Bakış

Haksız fiil sonucunda ortaya çıkacak zararın giderilmesi için tazminat davası açılır. Tazminat maddi ve manevi zararlar için talep edilebilir. Ancak zarar gören zararını ve kusur sorumluluğu halinde zarar verenin kusurunu kanıtlamak durumundadır (TBK m. 50). Elbette haksız fiil sorumluluğunun koşulları olan hukuka aykırı fiilin ve nedensellik bağının da bulunması gerekir.

Haksız fiilden doğan zararın tazmini TBK'nın 51-56. maddelerinde düzenlenmiştir. Tazminata esas olan zararlar ölüm halinde cenaze giderleri, ölüm bir süre sonra gerçekleşiyse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar (TBK m. 53); ölüm olmaksızın bedensel zarar halinde tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır (TBK m. 54).

Tazminat miktarı belirlenirken gerçekleşen zararın hesaplanması gerekir. Zararın miktarı açıkça gösterilemediğinde hakim, olayların olağan akışına göre ve hakkaniyete uygun olarak karar verir. Bedensel bütünlüğün zedelenmesine ilişkin davalarda bedensel zararın kapsamı ve sonuçları tam olarak belirlenemiyorsa hakim kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir (TBK m. 75). Eğer söz konusu haksız fiil nedeniyle henüz gerçekleşmemiş fakat gelecekte gerçekleşecek bir zarar yeter derecede kesinlikle tahmin edilebiliyorsa bu zarar için tazminat istenebilir. Ancak zarar gören hakimden ileride doğacak zarara ilişkin haklarının saklı tutulmasını istemelidir.<sup>241</sup>

Tazminatın kapsamı ve ödemenin nasıl yapılacağı hakim tarafından belirlenir ancak kusurun ağırlığı ve koşullar hakimin takdirini etkiler (TBK m. 51). Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş ya da zararın doğmasına veya artmasına katkısı olmuşsa tazminatta indirim yapılabilir veya kaldırılabilir. Zarar verenin kusurunun hafif olduğu ve tazminat ödemenin onu yoksulluğa düşüreceği durumda hakim tazminatı indirebilir (TBK m. 52).

<sup>241</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 727-728.



Bedensel bütünlüğünün veya kişilik hakkının zedelenmesi durumunda, zarar gören için manevi tazminat hakkı doğar. Beden bütünlüğünün ihlalinin manevi zarara neden olması genellikle durumun bir gereği olarak ortaya çıkar. Bu nedenle davacının beden bütünlüğünün davalı tarafından ihlal edildiğini ispat etmesi, manevi zararın da aynı fiil ile nedensellik bağının bulunduğu ispatına genellikle yetecektir.<sup>242</sup> Ancak her acı veya üzüntü, manevi tazminatı gerektirmez. Davacının içinde bulunduğu ıstırap ve üzüntünün manevi tazminatı gerektirecek boyuta ulaşmış ulaşmadığını hakim tayin edecektir.<sup>243</sup>

Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir (TBK m. 56).

Adam çalıştıran, kusursuz sorumluluk nedeniyle ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir (TBK m. 66).

## 2) Zamanaşımı

Haksız fiilin mağduru zararını ve tazminat yükümlüsünü öğrendikten sonra iki yıl içinde tazminat davası açmalıdır (TBK m. 72). Eğer zararı ve tazminat yükümlüsünü farklı tarihlerde öğrendiyse, süre geç öğrendiği unsurun öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Zararın kapsamını belirlemek mümkün değilse zamanaşımı işlemeye başlamaz.<sup>244</sup> Bedensel bütünlüğün ihlalden doğan zararlarda, zarar görenin sağlık durumu daha sonra kötüleşirse, bu yeni bir zarar oluşturursa, yeni zarar için iki yıllık yeni bir süre işlemeye başlar.<sup>245</sup>

Tazminat isteği öğrenme zamanına bakılmaksızın fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (TBK m. 72).

Tazminata neden olan fiil için ceza kanunları daha uzun bir dava zamanaşımı süresi belirlemişse, tazminat davası için de bu uzun zamanaşımı süresi uygulanır (TBK m. 72).

<sup>242</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 279.

<sup>243</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 280.

<sup>244</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 73.

<sup>245</sup> EREN Fikret, 2015, s. 727-728.

Adam alıştıranın kusursuz sorumluluk nedeniyle ödediği tazminat için çalışanına rücu istemi tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

### 3) Ceza Davasının Tazminat Davasına Etkisi

Tazminat davasında hakim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı, kusurun değerlendirilmesi ve zararın belirlenmesi hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle ve ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla bağlı değildir (TBK m. 74). Eğer söz konusu durumla ilgili bir ceza davası yoksa fiilin hukuka aykırı olup olmadığını hukuk mahkemesi hakimi belirler. Ayan'a göre eğer ceza davası varsa sonucu beklenir ve suç hükme bağlandı ise hukuk mahkemesi de fiili hukuka aykırı sayar. Ceza davasında failin söz konusu fiili işleyip işlemediğine dair kesin bir hüküm verildiyse bu tespit hukuk mahkemesi hakimini bağlar. Ceza mahkemesinde nedensellik bağının var olduğuna dair karar verilmişse bunun hukuk mahkemesi hakimini de bağlayacağı kabul edilmektedir.<sup>246</sup> Eren ise bu konuda farklı düşünmektedir: Hukuk hakimi, ceza hakiminin ne mahkumiyet, ne de beraat kararıyla bağlıdır. Ceza hukuku ve medeni hukukun kusurun belirlenmesine ilişkin yaklaşımı ve kavramların tanımları da farklı olduğundan, hakimin özellikle de kusurun varlığı ve derecesinin takdir edilmesi noktasında ceza hakiminden bağımsız olduğu kabul edilmelidir. Ancak hukuk hakimi ceza hakiminin kararından ayrılmak isterse, bunu gerekçeli şekilde açıklamalıdır.<sup>247</sup>

<sup>246</sup> AYAN Mehmet, 2015, s.285-286.

<sup>247</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 827-828.

## İ. BİRDEN ÇOK SORUMLULUK SEBEBİ VEYA BİRDEN ÇOK SORUMLU BULUNMASI

### 1) Birden Çok Sorumluluk Sebebi Bulunması

Bir kişinin aynı davranışı ile ilgili birden fazla sorumluluk nedenini bulunabilir. Bu durumda sorumluluk nedenlerinden hangisinin seçileceğini zarar gören belirler. Zarar gören uğradığı zararı hangi sorumluluk esasına dayandırdığını açıkça belirtmezse hakim zarar görenin yararının fazla olduğu yönde karar verir. Bu durum TBK'da hükme bağlanmıştır:

*MADDE 60- Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir. Zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*

Yukarıdaki kanun hükmünde belirtilen en iyi giderim imkanı tazminat açısından olabileceği gibi ispat veya zamanaşımı açısından da ele alınabilir<sup>248</sup>.

#### a) Borca Aykırılıktan Doğan Sorumluluk ve Haksız Fiil Sorumluluğunun Yarışması:

Bir davranış hem borca aykırılık hem de haksız fiil oluşturabilir. Oğuzman ve Öz öğretide farklı görüşler bulunduğunu; borca aykırılığa dayanılmasını gerektiğini savunanlar kadar, haksız fiil esasına dayanmayı tercih edenler de bulunduğunu ifade etmiş; bu iki sorumluluğa dayanan taleplerin yarışacağını ve mağdurun dilediği esasa dayanabileceğini belirtmiştir<sup>249</sup>. Bu iki sorumluluk sebebinden biri zarar gören veya hakim tarafından tercih edilebilse de bazı noktalarda bir esasa, başka noktalarda diğer esasa dayandırılmaz.

Borca aykırılıktan doğan sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu yarıştığında, zarar görenin tazminat talebini borca aykırılığa dayandırması yararına olabilir; çünkü:

- Zarar verenin kusurunu kanıtlamak zorunda kalmaz; tam tersine borçlu sorumluluktan kurtulmak için kusursuz olduğunu kanıtlamak zorundadır (TBK m. 112).
- Zarar veren yardımcı kişilerden kaynaklanan sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulamaz (TBK m. 116).

<sup>248</sup> GÖKCAN Hasan Tahsin, 2014, s. 1022.

<sup>249</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 287.

- Eser ve vekalet sözleşmelerinde 5 yıllık zamanaşımı süresi kullanılabilir (TBK m. 147).<sup>250</sup> Haksız fiilde ise mağdur zararını ve tazminat yükümlüsünü öğrendikten sonra iki yıllık zamanaşımı süresi vardır (TBK m. 72).

Her iki durumda da yukarıdaki noktalar dışında zarar ve tazminatın hesaplanmasına dayalı bir farklılık yoktur.

*b) Kusura Dayanan ve Kusur Aranmayan Sorumluluğun Birlikte Bulunması:*

Fail kusura dayanmayan bir sebeple sorumlu iken kusura dayanan haksız fiil sorumluluğuna yol açacak bir davranışta da bulunmuş olabilir. Bu durumda kusur aranmayan sorumluluk hükmü uygulanır; kusurlu davranış eklenebilir kusur olarak dikkate alınır. Adam çalıştırmanın çalıştırdığı kişiye yanlış talimat vermesi nedeniyle üçüncü kişinin yardımcı kişinin fiilinden zarar görmesi böyle bir durumdur. Bunun hekimlik uygulamasına yansımaları sık görülen bir durum değildir. Hekimin acile trafik kazası nedeniyle bilinci kapalı halde getirilen bir hasta için yanında çalıştırdığı hemşireye yanlış ilaç dozu talimatı vermesi, hemşirenin bunu uygulaması ve hastanın da bundan zarar görmesi örnek verilebilir.<sup>251</sup>

## **2) Birden Çok Kişinin Sorumluluğu**

Birden çok kişi aynı zarardan aynı veya farklı sebeplerden dolayı sorumlu olabilir. Bu durum TBK m. 61'de vurgulanmaktadır:

*“Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.”*

Verilen zarar ortak kusurla ortaya çıkmış olabilir; ya da farklı kusurlu davranışları sergileyerek de ortak bir zararın ortaya çıkmasına katkıda bulunmuş olabilirler. Zarar verenlerden birinin davranışı haksız fiil, diğerininki sözleşmeye aykırılık yoluyla ya da biri

<sup>250</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s.1139, NOMER Haluk N, 2015, s. 311.

<sup>251</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 288-289.

kusura dayalı, diğeri kusursuz sorumluluk yoluyla zarara yol açmış olabilir. Ortaya çıkan zarar ise tek ve aynıdır; zarar verenlerden her birine paylaştırılması mümkün olmaz<sup>252</sup>.

Müteselsil sorumlulardan her biri zararın tamamından sorumludur (TBK m. 162). Sorumlulardan birinin kusurunun hafif olması onun zarar görene karşı sorumluluğunun azalmasına yol açmaz.<sup>253</sup> Zarar gören zararının tamamı için sorumlu olanlardan dilediğine (birine, birkaçına veya hepsine) dava açabilir. Herhangi bir sorumludan tahsil edilen tutar diğerlerinin toplam borcundan düşürülür. Zararı tazmin eden sorumlu, diğer sorumlulara ancak kusurlarının ağırlığı oranında rücu edebilir.<sup>254</sup> TBK m. 62 bu noktaya açıklık getirmektedir:

*“Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.*

*Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.”*

Tazminatın tamamını ödeyen müteselsil sorumlu diğer sorumlulara karşı iki yıl içinde rücu hakkını kullanmazsa zamanaşımına uğrar. Eğer rücu edilecek sorumlu öğrenilememişse, tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak 10 yılın sonunda rücu istemi zamanaşımına uğrar (TBK m. 73)

Müteselsil sorumluluğun hekimlik uygulamalarına en sık yansıyan görüntüsü özel hastaneden çalışan bir hekimin yol açtığı zarar nedeniyle hem hekime hem de özel hastaneye müştereken ve müteselsilen tazminat davası açılmasıdır. Özel hastane tazminatın tahsilinde hekimle karşılaştırıldığında mal varlığı nedeniyle makul olan hedeftir. Tazminatın tamamı hastaneden tahsil edilse bile hekime rücu edebilir.

<sup>252</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 810.

<sup>253</sup> OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, 2016, s. 295-296.

<sup>254</sup> NOMER Haluk N, 2015, s. 160, 168.

## J. VEKÂLETSİZ İŞGÖRMEDEN DOĞAN SORUMLULUK

Vekâletsiz işgörmeye, sözleşme niteliği taşımayan bir borç kaynağıdır. Bir kişinin yetkilendirilmediği, vekaleti olmadığı halde başkasına ait bir işi görmesi anlamına gelir. TBK'nın 526-531. maddeleriyle düzenlenmiştir. Kanun koyucu burada bir tanım yapmamış yalnız işgören ve iş sahibinin hak ve borçlarını belirlemiştir. Öğretide vekaletsiz iş görme bir kişinin başkasına ait bir işi, vekaletle sahip olmaksızın, işgörmeye iradesiyle yapması olarak tanımlanmaktadır.<sup>255</sup> İşgören yaptığı işi, "işin iş sahibine ait olduğu bilinciyle, iş sahibinin yararına, ve onun bilinen bir yasaklaması olmaksızın" yaptıysa *caiz gerçek vekaletsiz işgörmeye*; "işin iş sahibine ait olduğu bilinciyle, fakat iş sahibinin yararına olduğunu sanmasına rağmen yararına olmayarak veya onun bilinen bir yasaklamasına rağmen" yaptıysa *caiz olmayan gerçek vekaletsiz işgörmeye* olarak adlandırılır.<sup>256</sup> Eğer bir kişi başkasına ait olan işi, "kendisine ait olduğunu düşünerek ve hukuka aykırılık bilinci olmadan" yaptıysa bu duruma *iyi niyetli gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye* denir.<sup>257</sup> "Kendisi için, kendi yararına işgörmekte iken hukuka aykırılık bilinciyle başkasının menfaat alanına el attıysa" bu durumda da *kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeden* söz edilir.<sup>258</sup>

Vekâletsiz işgören kimse her türlü ihmal ve kusurundan sorumludur. Tatile giden komşusunun evini su bastığında eşyaları kurtarmak için müdahale eden kişi örneğinde olduğu gibi işgören bunu iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir. İş sahibi bu işin görülmesini önceden açıkça veya örtülü olarak yasaklamışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hal nedeniyle ortaya çıkan zararlardan da sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur (TBK m. 527).

İş sahibi, kendi yararına işi yapan kimsenin işin görülmesi ile ilgili bütün yararlı ve zorunlu masraflarını faiziyle karşılamalı; işgörenin bu iş nedeniyle üstlendiği edimleri yerine getirmeli ve işgörenin uğradığı zararları gidermelidir. Aynı durum iş sahibinin yararına olan işi beklenen özeni göstererek yapan ama amaçladığı sonuca ulaşamayan

<sup>255</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 738; YAVUZ Cevdet, 2014, s. 1360; TANDOĞAN Haluk, 2010, s. 676; ŞENOCAK Zarife, 1998, 102; GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 217.

<sup>256</sup> EREN Fikret, Özel Hükümler, 2015, s. 743.

<sup>257</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 242.

<sup>258</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, 2014, s. 235.

işgören için de geçerlidir. İşgören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayırıp alma hakkına sahiptir (TBK m. 529).

Eğer iş, işgörenin menfaatine yapılmışsa, iş sahibi iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına yine sahiptir; ancak bunun için işgörenin masraflarını ödemek ve işvereni borçlarından kurtarmak durumundadır (TBK m. 530).

Eğer yapılan iş, iş sahibi tarafından uygun bulursa bu işe vekâlet hükümleri uygulanır (TBK m. 531).

Vekâletsiz işgörmenin tıp hukukuna yansması acil durumlar ve ameliyatın genişletilmesinde olduğu gibi hastanın irade beyanında bulunamadığı durumlardır. Hekim hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmasa bile hayatını kurtarmak veya sağlığa kavuşturmak amacıyla müdahale edebilir. Bu müdahale hastanın üstün yararı için mazur görülür, hatta hekim bunu yapmakla yükümlüdür. Türk Ceza Kanunu hastalık veya yaralanma nedeniyle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye yardım etmeyen veya durumu bildirmeyenler için hapis cezası getirmiştir.<sup>259</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3. maddesine göre de "*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunmakla*" yükümlüdür. Burada hekimin müdahalesinin sınırlarını tıbbın gerekleri belirler.

Hekimin, iradesini açıklayamayacak durumda olan hastanın daha önce kesin olarak reddettiği bir müdahaleyi, onun yararına, ölümden veya ağır bir zarardan kurtarmak için gerçekleştirmesi, caiz olmayan vekaletsiz işgörme kapsamına girer. Bu durumun örneği Yehova Şahidi olduğu bilinen bir hastaya acil durumda, bilinci kapalıyken hayatını kurtarmak amacıyla kan veya kan ürünü verilmesidir.

Benzer şekilde ameliyat sırasında beklenmeyen bir durum ortaya çıkarsa öngörülemeyen bir nedenle hastanın rıza gösterdiği hususların dışında müdahale etmek gerekebilir. Eğer genişletilen ameliyat, hastanın rıza vermiş olduğundan daha büyük ve

<sup>259</sup> Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Resmi Gazete Tarihi: 26.09.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25611.

*"Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*

*Madde 98- (1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolünür."*

önemli riskler taşıyorsa, hastanın rızasını almak üzere beklemek daha büyük tehlikeler doğuracaksa ve ölüm tehlikesi varlığında önemli organlar alındıysa ameliyatın genişletilmesi öğretide caiz bulunmuştur.<sup>260</sup> Bu durum mahkeme kararlarına da yansımıştır.<sup>261</sup>

TBK m. 527 gereğince "*Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.*" Hekimin acil durumlarda veya ameliyatın genişletilmesi halinde vekaletsiz işgörmekten kaynaklanan sorumluluğunun hafifletilmesi öğretide de destek bulmuştur.<sup>262</sup> Aynı madde hükmüne göre "*İşgören, işsahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve işsahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur.*" Buna göre doktor şuurunu kapalı hastaya, önceden reddettiğini bildiği halde, bir müdahalede bulunmuşsa beklenmeyen halden de sorumludur. Ancak bu müdahale yapılmadığında hastanın hayatı için büyük bir tehlike söz konusu ise, hastanın bu müdahaleyi istememesinin sorumluluğu ağırlaştırmadığı kabul edilmektedir.<sup>263</sup>

<sup>260</sup> AŞÇIOĞLU Çetin, **Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1982, s. 44; REİSOĞLU Seza, 1983, s. 7; ŞENOCAK Zarife, 1998, s. 105.

<sup>261</sup> İstanbul Asliye 2. Hukuk Mahkemesi, 06.03.1970, E. 968/8, K. 105.

"... Davacı, davalı doktor ..'e böbrekteki taşı ameliyatla almak üzere izin vermesine rağmen, yaptığı ameliyat sırasında rızası olmadan böbreğini tamamen almak suretiyle kendisini bu uzvundan haksız yere mahrum etmesinden dolayı duyduğu elem ve teessüre karşılık 1.000.000 lira manevi tazminat talep etmiştir. Gerekçe:

1. Davacının böbreğindeki taşı almak için yapılan ameliyata, böbreğin arz ettiği iltihabi durum karşısında; ameliyata tevessülün (taşın alınması)davacının sağlığını tehlikeye koyacağı, böbreğinin alınmasının tıbbi bir zaruret neticesi olduğu, normal ve gerekli olanın yapılmış bulunduğuna,
2. Böbrek alma keyfiyetinde davalıya, atfı kabil bir kusur bulunmadığı gibi, böbreğin alınmasının kesin bir zararı ifade etmediği, yaranın kapatılıp izin istihaliyle, ikinci bir ameliyata geçilmesinin sağlık bakımından sakıncalı görüldüğü ve bu durumda tıbbin gerektirdiği şekilde hareket edilmiş bulunulmasına göre; davalı doktorun sorumlu olmadığına ve açılan bu manevi tazminat talebinin reddine karar verildi."

(Nakleden: AŞÇIOĞLU Çetin, 1993, s. 37.)

<sup>262</sup> TANDOĞAN Haluk, 2010, s. 682; ŞENOCAK Zarife, 1998, s. 106.

<sup>263</sup> GÖKCAN Hasan Tahsin, s. 946.



## SONUÇ

Günümüzde sağlık hizmetlerinin sadece kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşları eliyle yürütülmesi çok zorlaşmış ve bu nedenle özel sektörün sağlık hizmetlerindeki payı giderek artmıştır. Bu değişim, özel hastaneler, burada çalışan hekimler, hastalar ve hatta sigorta şirketleri arasında yeni hukuki sorunların gündeme gelmesine neden olmuştur. Bu sorunlar kişiler hukuku, borçlar hukuku, ceza hukuku ve sigorta hukuku başta olmak üzere hukukun çok farklı dallarını ilgilendirmektedir.

Bu çalışmada sağlık hukukunun önemli boyutlarından biri olan, özel hastanede çalışan hekimlerin tıbbi müdahaleden kaynaklanan özel hukuk sorumluluğu ele alınmıştır.

Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişki farklı niteliklerde ortaya çıkabilir. Uygulamada, hekimlerin tıbbi müdahaleden kaynaklanan özel hukuk sorumluluğunun genellikle bir sözleşme ilişkisine dayandığı görülmektedir. Söz konusu sözleşme, öğretilerde sıklıkla kullanılan hekimlik sözleşmesi terimi ile ifade edilmiştir. Hekimlik sözleşmesinin hukuken nitelendirilmesi ile ilgili öğretilerde çok farklı görüşler vardır. Bu çalışmada, hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi niteliği taşıdığı görüşü savunulmuştur. Yargıtay da bu görüşü desteklemekte, sadece estetik ameliyatlara gibi hekimin somut ve görülebilir bir sonuç vaat ettiği müdahaleleri konu alan sözleşmeler eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Hekimin hekimlik sözleşmesinden doğan önemli borç ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlar arasında talimata uygun iş görme, verilen işi şahsen görme, sadakat, özen, hesap verme, kayıt tutma ve sır saklama sayılabilir. Özellikle kayıt tutma ve sır saklama yükümlülükleri sağlık mevzuatında sıklıkla ifadesini bulmaktadır. Sözleşme kurmak amacıyla görüşmeye başlayan hekim ve hasta arasında neticede sözleşmenin kurulmaması mümkündür. Bu durumda MK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralının sözleşme görüşmelerine girişen taraflara yüklediği yükümlülükler gündeme gelecektir.

Özellikle hastanın hastaneye bilinci kapalı halde geldiği durumlarda, hasta yakını da hastanede değilse, sözleşme ilişkisi kurulmamakta ve hekimin tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğu haksız fiil temelinde incelenmektedir. Hekimin sorumluluğu kusura dayanabileceği gibi kanunda düzenlenen bir kusursuz sorumluluk hali de söz konusu olabilir. Konumuz bakımından önem taşıyan kusursuz sorumluluk hali, adam çalıştırmanın sorumluluğudur.

Son olarak hekim, tıbbi müdahaleden vekaletsiz işgörmeye göre de sorumlu olabilir.

Hekim ve hasta arasındaki ilişkinin sorunsuz yürütülebilmesi, hastanın aldığı sağlık hizmetinden memnun olması, hekimin de mesleki tatmin duyabilmesi için bu ilişkinin kurallarının net bir şekilde belirlenmesi, tarafların hak ve yükümlülükleri hakkında bilgi sahibi olmaları ve karşılıklı hak arama yollarının kolay erişilebilir ve adil olması gerekir.



## KAYNAKLAR

- 1) AKARTEPE Alparslan, Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yetkin Yayınları, 2007.
- 2) AKDAĞ Recep, T.C. Sağlık Bakanlığı Yataklı Sağlık Tesisleri Planlama Rehberi Özet Kitap, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2011.  
[http://rapor.saglik.gov.tr/SHGM/shgm\\_yatirim.pdf](http://rapor.saglik.gov.tr/SHGM/shgm_yatirim.pdf) (Son erişim tarihi: 08.07.2016)
- 3) AKDUR Recep, Türkiye’de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması, Ankara, 2005.  
[www.recepakdur.com/getfile.asp?file=ab\\_turkiye\\_kiyaslama.pdf](http://www.recepakdur.com/getfile.asp?file=ab_turkiye_kiyaslama.pdf) (Son erişim tarihi: 08.07.2016)
- 4) AKKANAT Halil, Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, "Özer Seliçi'ye Armağan", Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 25-40.
- 5) AŞÇIOĞLU Çetin, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Olgaç Matbaası, Ankara, 1982.
- 6) AŞÇIĞLU Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara, 1993.
- 7) ATABEK Reşat, SEZEN Merih, Hekimin Mesuliyeti, İstanbul Barosu Dergisi, 1954, Cilt 28, Sayı 2, s. 144.
- 8) AYAN Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Mimoza Yayınları, 9. Baskı, Konya, 2015.
- 9) AYAN Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 102, Ankara, 1991.
- 10) BAŞPINAR Veysel, "Hekimin Özen Borcu", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yetkin Yayınları, 2007.
- 11) ÇEKER Mustafa, Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, [www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tbbimudahaleler.rtf](http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tbbimudahaleler.rtf), (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

- 12) ÇELİK Ahmet Çelik, Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu Meslek İçi Eğitim Semineri, 2007.  
[http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/465\\_hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.pdf](http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/465_hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.pdf) (Son erişim tarihi: 08.07.2016)
- 13) DEMİR Mehmet, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayırımı", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009.
- 14) DEMİR Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD, 2008, Cilt 57 Sayı 3.
- 15) DEMİR Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, 153-160.
- 16) DEMİR Mehmet, "Tıbbî Sorumluluk ve Tazminat Davalarında Bilirkişinin Rolü" IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara, 2012.
- 17) DONAY Süheyl, "Doktorun Hukuki Sorumluluğu", İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, Sayı 10, 1968.
- 18) EREN Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 19. Baskı, Ankara, 2015.
- 19) EREN Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- 20) ERYILMAZ V, Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirilmesi, Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- 21) GÖKCAN Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2014.
- 22) GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2013.
- 23) GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2014.

- 24) HAKERİ Hakan, Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, 161-170.
- 25) HAKERİ Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2012.
- 26) HATIRNAZ EROL Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2013.
- 27) [http://ekutuphane.sagem.gov.tr/kitaplar/saglik\\_istatistikleri\\_yilligi\\_2014.pdf](http://ekutuphane.sagem.gov.tr/kitaplar/saglik_istatistikleri_yilligi_2014.pdf) (Son erişim tarihi: 08.07.2016)
- 28) <https://gss.sgk.gov.tr/OzelSHSBilgi/pages/shsSorgu.faces> (Son erişim tarihi: 08.07.2016).
- 29) KARAGÖZ Havva, Özel Hastanelerin Sorumluluğu, Uluslararası Türk–Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, 149-160.
- 30) KARAGÖZ Havva, Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Ders Notları (Yayınlanmamış).
- 31) KAHRAMAN Zafer, Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, Cilt 7, Sayı 1, <https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/Zafer%20Kahraman%207-1.pdf> (Son erişim tarihi: 08.07.2016)
- 32) KICALIOĞLU Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- 33) NOMER Haluk N, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, 14. Baskı, İstanbul, 2015.
- 34) OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul, 2015.
- 35) OĞUZMAN M Kemal, ÖZ M Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul, 2016.
- 36) OĞUZMAN Kemal, SELİÇİ Özer, OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 14. Bası, İstanbul, 2014, s. 196.

- 37) OKTAY ÖZDEMİR Saibe, "Tıbbi Müdahale Ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasında Rızanın Kimler Tarafından Verileceği", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 2, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1315-1351.
- 38) ÖZAY Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- 39) ÖZDEMİR Hayrünnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- 40) PETEK Hasan, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s.177-239. <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergi8-1/pdf/petek7.pdf> (Son erişim tarihi: 08.07.2016).
- 41) RADO Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, 10. Baskı, İstanbul, 2014.
- 42) REİSOĞLU Seza, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu" Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1983.
- 43) Sağlık Bakanlığı, Strateji Geliştirme Başkanlığı, Sağlık Bakanlığı Faaliyet Raporu 2014, s. 25.  
[https://sgb.saglik.gov.tr/content/files/faaliyet\\_raporu\\_2014/faaliyet\\_raporu\\_2014/index.html](https://sgb.saglik.gov.tr/content/files/faaliyet_raporu_2014/faaliyet_raporu_2014/index.html) (Son erişim tarihi: 08.07.2016)
- 44) Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönerge  
[http://www.asm.gov.tr/UploadGenelDosyalar/Dosyalar/143/MEVZUAT/24\\_01\\_2011\\_14\\_52\\_16.pdf](http://www.asm.gov.tr/UploadGenelDosyalar/Dosyalar/143/MEVZUAT/24_01_2011_14_52_16.pdf) (Son erişim tarihi: 08.07.2016)
- 45) SUNAY Özgür, KIZILKAYA Ali, MOLA Fahri, BARUTÇU Ali, ÇALIŞ KIZILKAYA Emine, Estetik Cerrahin Hukuki Sorumluluğu, Türk Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Dergisi 2005; 13(1): 36-38.  
<http://www.turkplastsurg.org/index.php/tprecd/article/viewFile/562/65> (Son erişim tarihi: 08.07.2016)

- 46) ŞENOCAK Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası" AÜHFD 2001;4:65-80.  
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/288/2624.pdf> (Son erişim tarihi: 08.07.2016)
- 47) ŞENOCAK Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.
- 48) T.C. Sağlık Bakanlığı, Sağlık İstatistikleri Yıllığı 2014, s. 105, 109.
- 49) TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Beşinci Tıpkıbasım, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 4. Baskı, 2010.
- 50) TEKİNAY Sulhi, AKMAN Sermet, BURCUOĞLU Sermet, ALTOP Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 1993.
- 51) TEMEL Türkan, Özel Hastaneler Sektör Profili, 2003, İTO Yayınları, İstanbul  
<http://www.ito.org.tr/Dokuman/Sektor/1-71.pdf> (Son erişim tarihi: 08.07.2016)
- 52) Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük  
[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.578b5bdd293942.75056744](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.578b5bdd293942.75056744) (Son erişim tarihi: 08.07.2016)
- 53) Türkiye İstatistik Kurumu Sağlık İstatistikleri, Kamu ve özel yataklı sağlık kurumlarının yatak sayısı  
[http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt\\_id=1095](http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1095) (Son erişim tarihi: 08.07.2016)
- 54) Türkiye İstatistik Kurumu Sağlık İstatistikleri, Yataklı ve yataksız sağlık kurumları sayısı [http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt\\_id=1095](http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1095) (Son erişim tarihi 08.07.2016)
- 55) ÜNVER Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.
- 56) ÜNVER Yener, "Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku" Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- 57) World Health Organization, Basic Documents, 48th ed. WHO, Geneva, 2014, s. 1.  
<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf> (Son erişim tarihi: 08.07.2016).

- 58) Yargıtay Başkanlığı, Emsal Karar Arama.  
<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>
- 59) Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Yargıtay İş Bölümüne İlişkin 12/02/2016 Tarihli ve 2016/1 Sayılı Kararı  
<http://www.yargitay.gov.tr/documents/isbolumukararibgk2016.pdf> (Son erişim tarihi: 08.07.2016).
- 60) YAVUZ Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, 10. Baskı, İstanbul, 2014.
- 61) YAVUZ İPEKYÜZ Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- 62) YENERER ÇAKMUT Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal, İstanbul, 2003.
- 63) YENERER ÇAKMUT Özlem, "Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam" Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Mersin Barosu, Ankara, 2009.
- 64) YILDIRIM M. FADIL, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yetkin Yayınları, 2007.