

**T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**DOKTORA TEZİ**

**HEKİMİN ÖZEN BORCUNA AYKIRILIKTAN  
DOĞAN SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞU**

**NIHAN KOYUNCU AKTAŞ  
2502130526**

**TEZ DANIŞMANI  
PROF. DR. SAİBE OKTAY ÖZDEMİR**

**İSTANBUL - 2020**



T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA  
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : NİHAN KOYUNCU AKTAŞ Numarası : 2502130526  
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF. DR. SAİBE OKTAY ÖZDEMİR  
Tez Savunma Tarihi : 25.02.2020 Saati : 10:00  
Tez Başlığı : HEKİMİN ÖZEN BORCUNA AYKIRILIKTAN DOĞAN SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞU

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / ~~OYBİRLİĞİ~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. SAİBE OKTAY ÖZDEMİR		Kabul
2-PROF. DR. K. EMRE GÖKYAYLA		KABUL
3-DOÇ. DR. SEVTAP METİN		KABUL
4-DOÇ. DR. ASLI MAKARACI BAŞAK		KABUL
5-DR. ÖGR. ÜYESİ CAHİT GÜNEL		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. SUAT SARI		
2-DOÇ. DR. SEDA ÖKTEM ÇEVİK		

## ÖZ

### HEKİMİN ÖZEN BORCUNA AYKIRILIKTAN DOĞAN SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞU NİHAN KOYUNCU AKTAŞ

Bu çalışmada, hekimlerin, hekimlik sözleşmesinden doğan özen borcu incelenmektedir. Özen borcunun kapsamının tayin edilebilmesi ve bu borcun somutlaştırılabilmesi amacı ile çalışmamızın ilk bölümünde borcun kaynağı olan hekimlik sözleşmesi ve bu sözleşmenin hukuki niteliği üzerine değerlendirme yapılmaktadır. Bu bölümde varılan sonuç uyarınca somutlaşan özen borcu, çalışmamızın ikinci bölümünde ele alınmaktadır. Bu bölümde, özen borcunun, hekimin yan yükümlülüklerinin gereği gibi ifasındaki rolü nedeni ile hekimin özen borcu dışında kalan yükümlülükleri de bu fonksiyon ile sınırlı olmak üzere aktarılmaya çalışılmaktadır. Çalışmanın son bölümünde ise uygulamadaki tipik örneklerinin yardımı ile hekimin özen borcuna aykırılığının incelenmesi amaçlanmaktadır.

**ANAHTAR KELİMELER:** Hekimlik sözleşmesi, Tıbbi müdahale, Estetik amaçlı tıbbi müdahale, Özen borcu, Özen borcuna aykırılık

## **ABSTRACT**

### **PHYSICIANS' CONTRACTUAL LIABILITY**

### **ARISING FROM THEIR DUTY OF CARE**

**NİHAN KOYUNCU AKTAŞ**

It is aimed in this thesis to examine the duty of care that has its source in physicians' medical contracts. In the first chapter of this study, medical contracts and their legal characteristic features are examined in order to concretize the duty of care and to determine its scope. The duty of care of physicians which is aimed to be concretized in first chapter is examined in the latter. Thus, in the second chapter, considering the function of this obligation as its primer role in physicians' secondary obligations to be duly performed, physicians' obligations, other than their duty of care, is examined limited to this function. In the latest chapter, noncompliance with the duty of care is analyzed with the help of typical medical cases in practice.

**KEY WORDS:** Medical contract, Medical intervention, Cosmetic medical intervention, Duty of care, Noncompliance with the duty of care

## ÖNSÖZ

Çalışmamızda, hekimlerin sorumluluğuna yol açacak borcun kaynaklarından hekimlik sözleşmesi ve bu sözleşmeden doğan özen borcu incelenmektedir.

Hekimin; hekimlik sözleşmesi ile beraber üstlendiği asli edimi, hasta menfaatine özenle tıbbi faaliyette bulunmasıdır. Bu yükümlülüğün doğal bir sonucu olarak hekimlik sözleşmesinin en tipik ihlali, kendisini özen borcuna aykırılıkta göstermektedir. Ancak özen kavramının hekimlik sözleşmesindeki fonksiyonu bununla sınırlı değildir. Bu amaçla çalışmamızda öncelikle özen borcunun kaynağı olan hekimlik sözleşmesi, akabinde, özen borcunun hekimlik sözleşmesindeki değişik fonksiyonlarının incelenmesi amaçlanmıştır.

Bu kapsamda, öncelikle, tez çalışma süresince yol gösteren, tezin tüm aşamalarında eleştiri ve önerileri ile kılavuzluk eden, ilgi ve hoşgörüsünü hiçbir zaman eksik etmemiş hocam ve tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Saibe OKTAY ÖZDEMİR'e teşekkürü bir borç bilirim.

Çalışma süresince öneri, bilgi ve desteğinden faydalandığım, yanıt ve görüşleri ile tezin içeriğine değerli katkılar sunan Sayın Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA ve Dr. Öğr. Üyesi Cahit GÜNEL'e ayrıca teşekkür etmek isterim. Bu çalışmanın yazım aşamasında bilgi ve desteğinden faydalandığım Sayın Prof. Dr. Gülçin ELÇİN, Sayın Prof. Dr. Heinz-Peter MANSEL, Sayın Doç. Dr. Erhan TEMEL ve sevgili arkadaşım Dr. Barış DEMİRSATAN'a içtenlikle teşekkür ederim.

Çalışmanın; hukukun yanı sıra tıbbi bir perspektife sahip olmasında emeğini yadsıyamayacağım babama, sevgi ve emeğini hiçbir zaman eksik etmeyen eşim, ailem ve arkadaşlarıma içten teşekkürlerimi sunarım.

NİHAN KOYUNCU AKTAŞ

İstanbul, 18 Mart 2020

## İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT .....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR LİSTESİ .....	x
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### HEKİMLİK SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER VE SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

<b>I. KAVRAMLAR .....</b>	<b>20</b>
A. HEKİM VE HASTA .....	20
B. HASTA HAKLARI İLE İLGİLİ TEMEL KİŞİLİK HAKLARI VE TEMEL BİYO-TIP ETİK KURALLARI .....	24
1. Hasta Hakları ile İlgili Temel Kişilik Hakları.....	24
2. Biyo-Tıp Etik Kuralları .....	29
C. TIBBİ MÜDAHALE .....	33
<b>II. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....</b>	<b>38</b>
A. GENEL BİLGİLER.....	38
B. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE GÖRÜŞLER .....	44
1. Hekimlik Sözleşmesinin Kanunda Düzenlenmiş Sözleşme Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşü .....	44
a. Hizmet Sözleşmesi .....	44
b. Eser Sözleşmesi .....	48
c. Vekalet Sözleşmesi.....	49
2. Hekimlik Sözleşmesinin Kendine Özgü Sözleşme Olduğu Görüşü.....	51
C. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE KANAATİMİZ.....	54
1. Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşümüz.....	54

a. Hekimlik Sözleşmesinin Kanunda Düzenlenen Sözleşme Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşünün Değerlendirilmesi.....	55
(1) Hizmet, Eser veya Vekalet Sözleşmesi Hükümlerinin Doğrudan Uygulanması ....	55
(2) Vekalet Sözleşmesi Hükümlerinin TBK 502/f.II uyarınca Kıyasen Uygulanması..	57
b. Özellik Arz Eden Hekimlik Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği .....	65
(1) Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	65
i. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalenin Tanımı .....	67
ii. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalenin Hukuka Aykırılığı Meselesi .....	71
iii. Sözleşmenin Hukuki Niteliği.....	75
(2) Aile Hekimliği Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	84
(3) İşyeri Hekimliği Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	88
c. Hekimlik Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Olarak Değerlendirilmesi.....	90
2. Sürekli Borç İlişkisi Teşkil Etmesi .....	96
<b>III. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI.....</b>	<b>98</b>

## İKİNCİ BÖLÜM

### HEKİMİN ÖZEN BORCU

<b>I. VEKALET SÖZLEŞMESİNDE ÖZEN KAVRAMI.....</b>	<b>105</b>
A. GENEL KAVRAM OLARAK “ÖZEN” .....	105
B. ÖZEN KAVRAMININ VEKALET SÖZLEŞMESİNDEKİ FONKSİYONLARI .....	110
C. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	118
1. Borç İlişkisinden Doğan Yükümlülüklerin Tasnifi .....	118
2. Vekilin Özen Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği .....	122
<b>II. HEKİMİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....</b>	<b>127</b>
A. GENEL BİLGİLER.....	127
B. ÖZEN KAVRAMININ HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDEKİ GÖRÜNÜMLERİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR.....	129
C. HEKİMİN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU.....	131
D. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	137
1. Hekimin Sözleşme ile Üstlendiği Asli Edimi Özenle Görme Yükümlülüğü .....	137
a. Hekimin Asli Edimini Şahsen Yerine Getirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi .....	145
(1) Hekimin Borcun ifasında Yardımcı Kişi Kullanması .....	151
i. Hekimlik Sözleşmesinde Yardımcı Kişiler .....	151
ii. İntörn ve Asistan Hekimlerin Fiillerinden Sorumluluk.....	153
iii. Hemşirelerin Fiillerinden Sorumluluk .....	156

iv. Hekimin, Anestezi Uzmanının Hastaya Verdiği Zarardan Sorumluluğu .....	160
v. Hekimin, Borcun İfasında Kullandığı Araçların Hastaya Verdiği Zarardan Sorumluluğu.....	161
(2) Hekimin Üstlendiği İşi İkame Etmesi .....	167
i. İkame Kavramı.....	167
ii. Müdavi Hekimin, Konsültan Hekimin Hastaya Verdiği Zarardan Sorumluluğu.....	173
b. Çekinik Tıp Uygulamaları ve Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi .....	177
2. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi.....	182
a. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü.....	182
(1) Hastanın Kendi Geleceği Hakkında Karar Vermesine Yönelen Aydınlatma: Karar Aydınlatması.....	186
(2) Koruma Aydınlatması.....	191
b. Aydınlatma Yükümlülüğünün Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi .....	192
3. Hekimin İşi Sadakatle Görme Yükümlülüğü ve bu Yükümlülüğün Hekimin Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi .....	196
4. Hekimin Diğer Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin, Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi .....	197
<b>III. HEKİMİN KUSURUNU BELİRLEMEDE ÖZEN KAVRAMI .....</b>	<b>207</b>
A. GENEL BİLGİLER.....	207
B. HEKİMİN HAFİF KUSURUNDAN SORUMLULUĞU .....	211
C. KUSUR BAKIŞ AÇISI ALTINDA GÖSTERİLECEK ÖZEN ÖLÇÜTÜNE ETKİSİ TARTIŞILAN HALLER.....	215
1. Tarafların Özen Ölçüsü Üzerinde Anlaşması .....	216
a. Sözleşme ile Özen Borcunun Artırılması.....	216
b. Hekimin Müdahale Sonucunu Taahhüt Etmesi.....	217
c. Sorumsuzluk Anlaşmaları .....	222
2. Zaruret Hali .....	224
3. Donanımsız Hastane ve Bölgesellik Kuralı .....	228
4. Ücretin Özene Etkisi .....	230
5. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleler.....	231
6. Yeni Tıbbi Müdahaleler .....	234

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### HEKİMİN ÖZEN BORCUNU İHLALİ NEDENİYLE SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞU

<b>I. HEKİMİN BORCA AYKIRI DAVRANIŞI .....</b>	<b>236</b>
--	------------



A. GENEL BİLGİLER.....	236
B. GEREĞİ GİBİ İFA ETMEME .....	238
1. Kötü İfa .....	239
a. Genel Açıklamalar.....	239
b. Hekimin, Hastanın Talimatına Uyma Yükümlülüğünü İhlali ve Bu Yükümlülüğün Hekimin Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi .....	239
c. Hekimin Asli İş görme Yükümlülüğünü Özensiz İfası .....	249
2. Yan Yükümlülük ve Koruma Yükümlülüklerinin İhlali.....	250
<b>II. KUSUR.....</b>	<b>251</b>
<b>III. BORCA AYKIRI DAVRANIŞIN ZARARA NEDEN OLMASI .....</b>	<b>253</b>
A. GENEL BİLGİLER.....	253
B. HEKİMİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI KUSURLU DAVRANIŞI NETİCESİNDE ONUNCU HAFTAYI AŞAN GEBELİKELERDE YASALAR UYARINCA RAHİM TAHLİYESİNE İMKAN VERİLEN DURUMLARIN TESPİT EDİLEMESİ .....	257
1. Anne ve Babanın Tazminat Talebi.....	265
2. Çocuğun Tazminat Talebi .....	269
C. İSTENMEDEN DÜNYAYA GELEN SAĞLIKLI ÇOCUK .....	271
<b>IV. İLLİYET BAĞI .....</b>	<b>275</b>
<b>V. HEKİMİN SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUNDA İSPAT MESELESİ .....</b>	<b>284</b>
<b>SONUÇ.....</b>	<b>295</b>
<b>BİBLİYOGRAFYA .....</b>	<b>303</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>	<b>335</b>

## KISALTMALAR LİSTESİ

<b>AC</b>	:Appeal Cases
<b>Ae.</b>	:Aynı eser
<b>AFP</b>	:Alfa-fetoprotein hormonu
<b>AİHS</b>	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AİHM</b>	:Avrupa İnsanları Hukuk Mahkemesi
<b>ark.</b>	:Arkadaşları
<b>Art.</b>	:Artikel
<b>AÜHFD</b>	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AYMK</b>	:Anayasa Mahkemesi Kararı
<b>BGB</b>	:Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BGH</b>	:Bundesgerichtshof
<b>BK</b>	:818 sayılı Borçlar Kanunu
<b>Bkz.</b>	:Bakınız
<b>c.</b>	:Cümle
<b>C.</b>	:Cilt
<b>Çev.</b>	:Çeviren
<b>D.</b>	:Daire
<b>Der.</b>	:Derleyen
<b>DİDDK</b>	:Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı
<b>dn.</b>	:Dipnot
<b>E.</b>	:Esas numarası
<b>EKG</b>	:Elektrokardiyogram (Kalp Akım Grafiği)
<b>H.</b>	:Hukuk
<b>HCG</b>	:Human Chorionic Gonadotropin hormonu
<b>hk.</b>	:Hakkında
<b>HHY</b>	:Hasta Haklar Yönetmeliği
<b>HMK</b>	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>ISAPS</b>	:International Society of Aesthetic Plastic Surgery
<b>İBK</b>	:İsviçre Borçlar Kanunu
<b>İİK</b>	:İcra ve İflas Kanunu

<b>İÜHFİM</b>	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>K.</b>	:Karar numarası
<b>Karş.</b>	:Karşılaştırınız
<b>KHK</b>	:Kanun Hükümünde Kararname
<b>KVKK</b>	:Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
<b>Ltd</b>	:Limited
<b>md.</b>	:Madde
<b>MedR</b>	:Medizinrecht
<b>NJW</b>	:Neue Juristische Wochenschrift
<b>No/Nr.</b>	:Numara
<b>OLG</b>	:Oberlandesgericht
<b>OR</b>	:Obligationenrecht
<b>p./Parg.</b>	:Paragraf
<b>RG.</b>	:Resmi Gazete
<b>s.</b>	:Sayfa
<b>Sa.</b>	:Sayı
<b>SGK</b>	:Sosyal Güvenlik Kurumu
<b>T.</b>	:Tarih
<b>TAAD</b>	:Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
<b>TBB</b>	:Türkiye Barolar Birliği
<b>TBK</b>	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>TCK</b>	:Türk Ceza Kanunu
<b>TDK</b>	:Türk Dil Kurumu
<b>TDY</b>	:Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği
<b>TKHK</b>	:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
<b>TŞSTİDK</b>	:Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
<b>TTBK</b>	:Türk Tabipleri Birliği Kanunu
<b>UHK</b>	:Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
<b>UNESCO</b>	:United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
<b>Urt</b>	:Urteil
<b>v</b>	:vom
<b>v.</b>	:versus

<b>vb.</b>	:ve benzeri
<b>vd.</b>	:ve devamı
<b>ve ark.</b>	:ve arkadaşları
<b>VersR</b>	:Versicherungsrecht
<b>Vol.</b>	:Volume
<b>WHO</b>	:World Health Organization
<b>Y.</b>	:Yıl
<b>Yarg.</b>	:Yargıtay
<b>YHGK</b>	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>YÖK</b>	:Yükseköğretim Kurulu
<b>yuk.</b>	:Yukarıda

# GİRİŞ

## I. KONUNUN TAKDİMİ

Son yüzyıl içerisinde teknolojiadaki gelişim ve bunun tıp bilimine yansımaları, hekim tarafından yürütülen tıbbi müdahalelerin nitelik ve nicelik olarak oldukça çeşitlenmesine yol açmıştır. Bu gelişmeler ile beraber hekimin, ağrıyı dindirme gibi kutsal kabul edilen bir faaliyet yürüten ve sorgulanmaz bir figür olduğu algısı değişmiştir. Özellikle hasta haklarının detaylı mevzuata kavuşturulması ve bu hakların toplumca benimsenişi ile beraber hekim, nihayet, borçlarla çevrili rızai bir sözleşmenin tarafı konumuna yerleşmiştir. İşte hekim ve çoğunlukla hasta arasında akdedilen bu sözleşme, çalışmamızın ana konularından birini teşkil eden hekimlik sözleşmesidir.

Hekimlik sözleşmesi pozitif hukukumuzda tarif edilmemiştir. Ancak sağlık mevzuatında sözleşmenin taraflarının hak ve borçlarına ilişkin dağıntık düzenlemelerin mevcut olduğundan söz edilmelidir. Bu düzenlemelerin başında aynı zamanda sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemede temel aldığımız Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği<sup>1</sup> md. 13 hükmü gelmektedir. İlgili düzenleme, hekimin borcunun tıbbi kurallara uygun teşhis koyma ve tedaviyi yürütmek olduğunu; ancak yürütülen faaliyetlerin şifa ile neticelenmemesi halinde sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir. Bir diğer önemli düzenleme olan Hasta Hakları Yönetmeliği<sup>2</sup> md. 14 hükmü de hekimin, durumun gerektirdiği özeni göstermekle yükümlü olduğunu, hastanın sağlığını korumanın mümkün olmadığı durumlarda ızdırabını azaltma veya dindirmeye çalışması gerektiğini işaret etmektedir.

Esasen, tıp biliminin doğası da yürütülen faaliyetlerin başarı ile sonuçlanacağı yönünde bir sonuç sorumluluğuna elverişli değildir. Zira taraflarca arzulanan müdahale sonucuna ulaşmanın önünde hekimin inisiyatifinde olmayan, tesadüfi ya

---

<sup>1</sup> RG 19.2.1960, 10436. Ayrıca bkz. 700 sayılı KHK (RG. 7.7.2018, 30471/2) md. 25.

<sup>2</sup> RG 1.8.1998, 23420.

da hastanın bünyesinden kaynaklanan birçok neden bulunmaktadır. Burada hekim gerekli tüm özeni gösterse dahi, hekimden kaynaklanmayan nedenlerle amaçlanan sonuca ulaşamaması mümkündür. Şu halde hekimin, yürüttüğü müdahalenin başarılı sonucunun gerçekleşmemesi nedeniyle değil bu amaçla yürüttüğü faaliyetin özenle yürütülmemesi halinde sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>3</sup>. Bu durum ise hekimin özen yükümlülüğünün önemini göstermektedir.

Belirtmemiz gerekir ki, günümüzde çoğu ülkede, hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı hallerde tazminat sorumluluğunun öne çıktığı ve ceza davalarının işlevinin yalnızca çok ağır ihlalleri cezalandırmaya indirildiği belirtilmektedir<sup>4</sup>. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin de benzer bir tutuma yöneldiğinden söz edilebilir. Şöyle ki; Anayasa Mahkemesi, tıbbi müdahaleye bağlı ölüm neticesinde açılan kamu davasının zamanaşımı nedeni ile düşmesinin, yaşama hakkı ihlali olduğu yönündeki başvuruya yönelik verdiği 15.3.2018 tarihli ret kararında<sup>5</sup> şu gerekçeye yer vermiştir:

*“(...) Anayasa Mahkemesine göre tıbbi müdahale sırasında bir doktor ya da başka bir sağlık personeli tarafından yapılan bir hata yahut hastalık hakkında konulan yanlış bir teşhis nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasının ileri sürüldüğü başvurularda tüketilmesi gereken uygun hukuki çare tazminat yoludur. Dolayısıyla bu tarz tıbbi değerlendirme hatalarına ilişkin başvurularda ceza soruşturmasının uzun sürdüğü yönündeki şikayetlerin -bu durum tazminat yolunun etkililiğini olumsuz olarak etkilemediği sürece- ayrıca incelenmesi gerekmez.(...)”<sup>6</sup>*

---

<sup>3</sup> Heinrich Honsell, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, 3. Neu Bearbeitete Auflage, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern, 1995, s. 271.

<sup>4</sup> Erwin Deutsch, “Die Haftung für Ärzte und Krankenhäuser in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft nach zu erwartendem EG-Recht”, (Deutsch, Erwin/ Taupitz, Jochen: **Haftung der Dienstleistungsberufe: Natürliche Vielfalt und europäische Vereinheitlichung**), Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 14, Heidelberg, 1993, s. 281.

<sup>5</sup> Özer Er Başvurusu, RG 9.5.2018, 30416.

<sup>6</sup> Tazminat davasının sona ermiş olması nedeni ile başvuru yollarının tüketilmediğine yönelik verilen karar oy çokluğu ile alınmıştır.

Biz de çalışmamızda, bu tazminat sorumluluğuna neden olabilecek borcun kaynaklarından hekimlik sözleşmesini ve bu sözleşmeden doğan özen borcunu incelemiş bulunmaktayız.

Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde, hekimin özen yükümlülüğünün kapsamını tayin edebilmek amacı ile sözleşmenin hukuki niteliği ve sözleşmenin kurulması konuları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Özen yükümlülüğünün dayanağı olması nedeni ile sözleşme, konusunu teşkil eden olağan tıbbi müdahaleler, estetik amaçlı müdahaleler, aile hekimliği ve işyeri hekimliği açısından ayrıca incelenmektedir.

Sözleşmenin hukuki niteliğinin tespitine bağlı olarak, özen kavramı, çalışmamızın ikinci bölümünde incelenmektedir. Burada önemle belirtmemiz gerekir ki, hekimin özen borcu teknik anlamda bir borç olmayıp yükümlülüktür<sup>7</sup>. Ancak çalışmamızın başlığının hekimin özen borcu olarak seçilmesinin temelinde iki farklı gerekçe yatmaktadır. Bunlardan ilki, özen borcu ifadesinin çalışmamızın ikinci bölümünde aktarılan iki farklı fonksiyonunu işaret ediyor oluşudur. Gerçekten hekimin, hem hekimlik sözleşmesini ihlal edip etmediği hem de sözleşmenin ihlalinde kınanabilir olup olmadığı özen kavramı ile açıklanmaktadır. Hekimin sözleşmeyi ihlal etmemesi için göstermesi gerekli özen, hekimin özen yükümlülüğünü tanımlarken hekimin kınanabilir sayılmaması için ölçüt alınacak özen, onun, kusur bakışı çerçevesinde özenli olup olmadığını göstermektedir. Bu tercihin ikinci gerekçesi ise bizzat Türkiye Borçlar Kanunu'nda ve Türk Hukuk doktrininde bu terimin tercih ediliyor olmasıdır. Biz de özen kavramının çifte doğası ve doktrinin yol göstermesi ile özen borcu ifadesini kullanmış bulunmaktayız<sup>8</sup>. Bu kapsamda çalışmamızın ikinci bölümünde, özen kavramının, belirtilen çifte fonksiyonu ve hekimden beklenen özene etkisi tartışılan durumlar incelenmektedir.

Hekimlik sözleşmesinde sözleşmenin ihlali kendini ekseriyetle asli edimin kötü ifasının bir görünümü olarak özensiz ifa şeklinde göstermektedir. Bu nedenle

---

<sup>7</sup> Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm/I/A.

<sup>8</sup> Bu yönde Mustafa Alper Gümüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, İstanbul, Beta, 2001, s. 4 vd.

çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde hekimin özen borcuna aykırılıktan doğan sözleşmesel sorumluluğunun şartları incelenmektedir. Bu inceleme yapılırken, uygulamadan ve tıbbi vakalardan verilen örnekler yardımı ile sözleşme ihlallerinin ve ihlale neden olmamak amacı ile gösterilmesi gereken özenin somutlaştırılması amaçlanmaktadır.

## II. TERMİNOLOJİ

Uygulamada ve günlük hayatta çalışma konumuz hekimlik sözleşmesi yerine teşhis ve tedavi sözleşmesi<sup>9</sup>, tedavi sözleşmesi<sup>10</sup> ya da tıbbi müdahale sözleşmesi terimlerinin<sup>11</sup> kullanımı ile sıklıkla karşılaşılmaktadır.

Teşhis, tıbbi bulguları inceleyerek hastalığın ne olduğunu ortaya koyma amacı ile yapılan faaliyetler sonucunda konulan tanıyı işaret etmektedir<sup>12</sup>. Tedavi ise daha evvel tespiti yapılan fiziksel veya ruhsal hastalığın iyileştirilmesine, etkilerinin ortadan kaldırılmasına ya da azaltılmasına yönelik yürütülen tıbbi müdahalelerdir<sup>13</sup>. Türk Dil Kurumu tarafından tedavi, çeşitli yöntemlerle hastalığı iyi etme, iyileştirme, sağaltma, terapi ya da aksayan bir şeyi düzeltme, iyileştirme olarak tanımlanmıştır<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Nilgün Sarp, “Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü”, **V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 8-9 Kasım 2013, Adalet Yayınevi, 2014, s. 45-59, s. 46; Emrah Kulaklı, “Teşhis ve Tedavi Sözleşmelerinde Yardımcı Şahsın Fiillerinden Doğan Sorumluluk”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, C.2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s.1147-1173.

<sup>10</sup> Alman Hukuku doktrinde bu sözleşme; hekimlik sözleşmesi (Arztvertrag) ya da tedavi sözleşmesi (Behandlungsvertrag) terimleri ile ifade edilmiştir. 2013 yılında Alman Medeni Kanunu’nda (Bürgerlichen Gesetzbuch -BGB-) yapılan değişiklik ile hekimlik sözleşmeleri ilk defa özel bir yasal zemine oturtulmuştur. BGB §630a-630h maddeleri arasında düzenlenen bu sözleşmelerde terminoloji olarak tedavi sözleşmesi (Behandlungsvertrag) terimi kullanılmıştır. Türk Hukukunda tedavi sözleşmesi terimini kullanan yazarlar için bkz. Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı, 1991, s. 51vd.; Alpaslan Akartepe, “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu: Erzincan 15-16 Mayıs 2006**, Yetkin, 2007, s.13-21; Erdem Büyüksağış, “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, **AÜHFD**, C.54, Sa.4, 2005, s. 119-148, s. 120vd.; Yusuf Büyüyükay, “Tıbbi Hatalar Nedeniyle Ortaya Çıkan Tazminatın Müdahaleyi Gerçekleştiren Sağlık Ekibi Arasında Paylaşılması”, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, 2011, 307-343, s.307.

<sup>11</sup> İlhan Gülel, “Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, **TAAD**, C. 1, Y. 2, Sa. 5, s.585- 642, s. 595; Zariye Şenocak, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, **AÜHFD**, S.4, 2001, s. 65-80, s. 66. Yazar, doğrudan tedavi amacına yönelmeyen tıbbi müdahaleleri konu edinen sözleşmelerin tıbbi müdahale sözleşmesi ya da hekimlik sözleşmesi olarak isimlendirilmesinin uygun olacağını belirtmektedir.

<sup>12</sup> Türk Dil Kurumu resmi internet sitesi, <https://sozluk.gov.tr>, (Çevrimiçi), 20 Ekim 2018.

<sup>13</sup> Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s. 149.

<sup>14</sup> Bkz. [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&kelime=TEDAVI](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=TEDAVI), (Çevrimiçi), 10 Aralık 2018.



Çalışmamızda hekimlik sözleşmesi terimini kullanmamızın belirli pratik nedenleri vardır.

Hekimlik sözleşmesi; hekimin, hastanın menfaatine uygun olarak tıbbi faaliyette bulunmakla yükümlü olduğu hukuki ilişkiyi tarif etmektedir<sup>15</sup>.

Hekimin yükümlü olduğu tıbbi faaliyet, hastalığın teşhisine, tedavisine yönelik olabileceği gibi hastalıktan bağımsız koruyucu sağlık hizmetleri ya da nüfus planlama veya sadece güzelleştirme amacına yönelik estetik amaçlı müdahaleye ilişkin de olabilir. Bu sayılan tıbbi müdahalelerin bazılarında tedavi niteliği doğrudandır. Gerçekten kulaktan tümörlü bölgenin çıkarılması gibi bir hastalığın etkilerinin ortadan kaldırılması ya da azaltılması amacı ile yapılan müdahale doğrudan tedavi amacına yönelmiştir. Yine, bir safra kesesi ameliyatında iltihaplı bölgenin vücuttan çıkarılarak hastanın vücut bütünlüğünün eski düzenine kavuşturulması amaçlanmaktadır. Doğuştan var olan yarık dudak ya da daha sonradan meydana gelen yüzdeki yanığın onarımında –bu müdahalenin esasen beden değil ruh bütünlüğüne olumlu etkisi neticesinde- tedavi niteliği dolaylıdır. Bazı tıbbi müdahalelerde ise doğrudan ya da dolaylı tedavi amacı açık şekilde belirgin değildir. Sünnet, sterilizasyon (kısırlaştırma), sadece güzelleştirme amacı ile yapılan estetik müdahaleler, hastalık niteliği taşımayan -örneğin hamilelik sürecinin takibi esnasında yapılan müdahaleler- bunlardan bazılarıdır.

Biz, hekimlik sözleşmelerini, konusu belirtilen tüm bu tıbbi faaliyetleri kapsar nitelikte ele almış bulunmaktayız.

Belirtmemiz gerekir ki, tedavi sözleşmesi ifadesi hekimin bazen sadece teşhis koyma borcunu yüklenmesinin mümkün olması nedeni ile konuyu gerektiği gibi ifade etmekten uzaktır<sup>16</sup>. Teşhis ve tedavi sözleşmesi terimininse tedavi niteliği taşımayan müdahaleleri dışlaması nedeni ile isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Esasen

---

<sup>15</sup> Carla Mainardi-Speziali, **Ärztliche Aufklärungspflichten bei der pränatalen Diagnostik: Die genetische Beratung als vertragliche Leistung des Arztes**, Bern, 1992, s. 56, s. 58.

<sup>16</sup> Günlük dilde *tedavi* kelimesi, hekimin yürüttüğü tıbbi faaliyetlerin olumlu sonucunun (tedavinin başarılı sonucunun, iyileştirmenin) gerçekleştiği anlamını içermektedir. Türk Dil Kurumu da tedavi kelimesini iyileştirme, iyi etme, sağaltma şeklinde tanımlamıştır. Tedavi kelimesinin olumlu sonucu bünyesinde ihtiva etmesi; ancak hekimin olumlu sonucun gerçekleşmesinden sorumlu olmaması nedeni ile bu ifadenin taraflar arasındaki ilişkiyi açıklamada tereddüde yer bırakabileceği kanaatindeyiz.

tıbbi müdahale sözleşmesi, hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkiyi en uygun şekilde izah edecektir. Zira, bu hukuki ilişkide hekimin asli edimi, hastanın menfaatine uygun tıbbi faaliyette bulunmaktır. Ne var ki tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili tek kişi hekim değildir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun<sup>17</sup>; ebelerin, dış hekimlerinin, sağlık memurlarının ve bu Kanun'da sayılan diğer yetkili kişilerin hangi koşullar altında tıbbi müdahalede bulunabileceğini belirtmektedir. Bu kapsamda tıbbi müdahale sözleşmesi terimi hekimleri de kapsayan ve buna ilaveten Kanun ile yetkili kılınan tüm sağlık personeli ile hasta arasındaki hukuki ilişkiyi işaret edecektir. Çalışmamızda 1219 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca tıp fakültesi diplomasını haiz olan ve hekimlik sıfatını taşıyan kişi ile hasta arasındaki hukuki ilişki incelendiğinden bu ilişkiyi tarif etmek amacı ile hekimlik sözleşmesi terimini kullanmanın isabetli olacağı düşünülmektedir.

### III. ÇALIŞMANIN KAPSAMI

Çalışmamızın kapsamı ve sınırları, hekimin çalıştığı kuruma bağlı olarak belirlenmiştir. Kapsamın tayini için öncelikli olarak hekimin kamu kurumunda çalışması halinde hasta ile arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Doktrinde çoğunluk görüşü, bir tarafını devlet tarafından görevlendirilen ve kamu hukukuna tabi kişilerin oluşturduğu sözleşmelerin kamu hukukuna tabi bir ilişki (kamusal vekalet ilişkisi) olduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda kamu hastanesine<sup>18</sup> başvuran hasta ile kamu hastanesi veya hastanede kamu personeli

<sup>17</sup> RG 14.4.1928, 863.

<sup>18</sup> Hususi Hastaneler Kanunu (RG 5.6.1933, 2419) md. 1/c.1 hükmü şöyledir: “Devletin resmi hastaneleri ve hususi idareleri ile belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan “sağlık yurtları” hususi hastanelerden sayılır.” Mezkur düzenleme ışığında kamu hastaneleri tabirinden anlaşılması gereken devletin resmi hastaneleri, il özel idareleri ve belediyelere ait hastaneler ile askeri hastaneler ve Üniversite hastaneleridir. Yargıtay’ın önceki tarihli kararlarında özel hastane olarak değerlendirmekte olduğu Sosyal Sigortalar Kurumu’na bağlı hastanelerin Sağlık Bakanlığı’na devredilmiş olması nedeni ile bu görüşün geçerliliğini yitirdiği ve kamu hastanesi niteliğinde kabul edileceği hk. Ferhat Canbolat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, **TBB Dergisi**, Sa.80, 2009, s. 156-181, s. 158. Vakıf hastanelerinde ikili bir ayrıma gidilmeli ve yönetim devlet kurumuna verilmişse kamu hastanesi statüsünde olduğu, yönetim devlet kurumu dışında başkasına verilmişse özel hastane statüsünde olduğu kabul edilmelidir. Vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliği olması nedeni ile burada verilen sağlık faaliyetinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu yönünde Gülel, **Tıbbi Müdahale Sözleşmesi**, s. 593; Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018, s. 745. Bu

olarak görev yapan hekim<sup>19</sup> arasındaki ilişki kamu ilişkisi olup adi vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama bulmayacağı belirtilmektedir<sup>20</sup>.

Kamu hastanelerinde çalışan hekim ile hasta arasında da özel hukuka tabi vekalet sözleşmesi ilişkisi bulunduğu görüşü de mevcuttur<sup>21</sup>. Bu görüşe gerekçe

---

yönde bir Hukuk Genel Kurul kararı şöyledir: “(...)Yeditepe Üniversitesi Hastanesinde tedavi gören davacının yanlış tedavi sonucu zarar gördüğünden bahisle uğranılan zarar karşılığı maddi ve manevi tazminatın ödenmesi istemiyle açılan davanın görün ve çözümünün idari yargının görevinde bulunması nedeniyle(...)” YHGK T. 13.5.2015 E. 2014/566 K.2015/1339, (Çevrimiçi), Lexpera, 16 Ocak 2019. Yatarak tedaviye imkan vermeyen, ayakta teşhis ve tedavi hizmetleri veren muayenehane, poliklinik, tıp merkezi gibi özel sağlık kuruluşları özel hastane statüsünde değildir. (Gültezer Hatırmaz Erol, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2009, s. 21). Kamuya yararlı dernek statüsünde bulunan Kızılay tarafından kurulan dispanser veya diğer sağlık kuruluşlarında verilen sağlık hizmeti özel hukuka tabidir (Hayrunnisa Özdemir, **Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin, 2017, s. 29). Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü 2018 yılı yıllara ve sektörler göre hastane sayısı verilerine göre Türkiye’de 577’si özel olmak üzere 1534 hastane bulunmaktadır. Sağlık Bakanlığı Sağlık İstatistikleri Yılı 2018, Ankara, 2019.

<https://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/36134,siy2018trpdf.pdf?0> (Çevrimiçi), 3 Ocak 2020.

<sup>19</sup> Hekimin kamu personeli statüsünün hem cezai hem de idari neticeleri bulunmaktadır. Anayasa md. 129/VI fıkrası uyarınca kamu görevlisi hekim hakkında işlediği iddia edilen suçtan ötürü ceza kovuşturması açılması kanunun gösterdiği idari merciinin iznine tabidir. Hekimin kamu personeli olmasının idari yönden sonucu ise hastaya verilen zarardan aslen ve öncelikle idarenin sorumlu olmasıdır. Anayasa md.129/V fıkrası uyarınca memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilir. İdarenin, kusuru ile zarara yol açan hekime rücu hakkı saklıdır.

<sup>20</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 46; Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 12-13; **Zarife Şenocak, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara, 1998, s. 30; Mehmet Demir, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **AÜHFD**, C. 57, Sa.3, 2008, s. 225-252, s. 229; Atiye, B, Uygur, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2009, s. 60; Mustafa Dural, “Hekimin Sorumluluğu ve Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.14, Sa.4, 2008, s. 153-157, s. 153; Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat, 2006, s.3; Elif İrmak Kılıç, “Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Hekimlere Açılan Tazminat Davalarında Usuli Sorunlar”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2014, s. 44, s. 47. Devletin vekil sıfatını haiz olduğu durumlarda kamu hizmetinin görülmesi söz konusu olduğundan taraflar arasındaki ilişkinin kamu hukukuna dayandığı yönünde Şebnem Akipek, **Alt Vekalet**, Yetkin, Ankara, 2003, s. 42. Hasta ile akdedilen sözleşmenin tarafının kamu hastanesi olduğu, hekimin ifa yardımcısı olduğu; ancak aradaki ilişkinin özel hukuka tabi olmadığı yönünde Tuğçe Bilici, “Serbest Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkiye Dair Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı (80. Yıl Sempozyumu Tebliğleri)**, On iki Levha, 2018, s. 591-613, s. 598.

<sup>21</sup> Türker Yalçınduran, **Vekalet Sözleşmesinde Ücret**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yetkin, 2007, s. 72. Devlet, üniversite, belediye ve SGK’ya ait hastane ile hekim arasındaki ilişki kamu hukuku ilişkisidir. Ancak hastanede çalışan hekimin, hastane ile fiili ilişkisi ne olursa olsun tıbbi tedavinin söz konusu olduğu durumlarda ilişkinin vekalet ilişkisi olduğu yönünde, Veysel Başpınar, “Yargıtay Uygulamaları Açısından Hekimin Özen Borcunun Tıbbi Standartlarla İlişkisi”, **Prof. Dr. Firat Öztan’a Armağan**, C.1, Ankara, 2010, s. 365-395, s. 367. İdareye karşı dava açılmış olmasının kamu hastanesinde çalışsa dahi hekim ile hasta arasındaki özel hukuk ilişkisinin niteliğini değiştirmeyeceği, nitekim hekimin tıbbi müdahaleyi idare hukuku kurallarına göre değil tıp hukuku kurallarına göre gerçekleştirdiği yönünde bkz. Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar: Doktorların Devlet’in ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki)**, Ankara, 1993, s. 24; Sibel Adıgüzel, “Yoğun Bakım Ünitelerinde Aydınlatma ve Onam Alma Yükümlülüğü”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2011, s. 151. Bu yönde Yarg. 9. HD. T. 18.11.1991 E. 1991/8375 K. 1991/14336: “(...) Devlet, üniversite, belediye ve SSK’na ait hastaneler ile doktor arasındaki ilişki ilke olarak kamusal bir ilişkidir. Ancak hastanede çalışan doktorun, hastane ile eylemli ilişkisi ne olursa olsun, tedavi söz konusu olduğu durumlarda, kurum mensubu veya kurumun tıbbi yardımında bulunan doktor arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğu baskın görüş olarak kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay uygulaması da aynı ilkeleri

olarak hastanın, kamu hastanesindeki hekimi seçme imkanının mevcut olduğu ve hekimin de hastayı tedavi etme zorunluluğunun olmadığı belirtilmektedir<sup>22</sup>.

Belirtmemiz gerekir ki Anayasa'nın 129/V fıkrası uyarınca, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusuru ile neden olduğu zararın giderimi ancak idareden istenebilir. Bu kapsamda tazminat davasında birinci ve asli sorumlu, kamu görevlisi hekimin bünyesinde hizmet verdiği kurumdur. Bu kapsamda çoğunluk görüşü kamu görevlisi hekim ile hasta arasında kamusal bir ilişkinin mevcut olduğu ve hekim aleyhine hukuk mahkemelerinde doğrudan tazminat davası açma imkanının bulunmadığı görüşündedir<sup>23</sup>. Şu halde hasta, zararının giderimini idari yargıda hekimin hizmet verdiği kurum aleyhine açacağı idari dava ile talep edecektir. Hastaya tazminat ödemekle yükümlü kılınan idarenin ise hekime rücu etme imkanı mevcuttur. Durum böyleyken hasta tarafından adli yargıda hem hekim hem de idare aleyhine dava açıldığı durumlar ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 15.11.2000 tarihinde verilmiş bir kararda<sup>24</sup>, idari yargıda gerçek kişi aleyhine dava açılmayacak olması nedeni ile adli yargıda hekim ve idare aleyhine açılan davanın hekim yönünden yargılamasına devam edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Davacı hastanın, davalı hekimin kişisel kusuruna dayanmasının davanın adli yargıda görülmesi için yeterli olduğu sonucuna varılmıştır. Buna gerekçe olarak hekimin kişisel kusurunun mevcut olup olmadığı değerlendirilmesinin adli yargı tarafından yapılacağı belirtilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilmiş bir başka kararda<sup>25</sup> da hekimin somut uyuşmazlıktaki müdahalesinin hizmet kusuru kapsamında

---

*benimsemiştir.(...)*" Bu yönde bkz. Yarg. 13 HD. T. 16.9.2005 E. 2005/5697 K. 2005/13292; YHGK T. 26.9.2001, E. 2001/595 K. 2001/643 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 28 Mart 2019.

<sup>22</sup> Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalar**, s. 24. Hasta Hakları Yönetmeliği md. 9/ f. II uyarınca hastanın kendisine sağlık hizmeti verecek hekimi serbestçe seçme ve değiştirme hakkı mevcuttur. HHY md. 25 hükmü ise hastanın kanunen zorunlu olan haller dışında kendisine uygulanmakta olan tedaviyi reddetme veya durdurulmasını isteme hakkını haiz olduğunu düzenlemiştir.

<sup>23</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 46; Mehmet Demir, "Hekim- Hastane İlişkisi Temelinde Tıbbi Sorumluluğun Hukuksal Görünüm Biçimleri", **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, On iki Levha, 2011, s.287-307, s.293.

<sup>24</sup> YHGK T.15.11.2000 E. 2000/4-1650 K.2000/1690 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 24 Mart 2018.

<sup>25</sup> Karara konu olayda dava hem kusuru ile zarara neden olan hekime hem de Sağlık Bakanlığı'na yöneltilmiştir. Sağlık Bakanlığı'na yöneltilen davanın tefrik edilmesine ve hekim yönünden yargılamanın devamına karar

değerlendirilmeyip kişisel kusur kapsamında kabul edildiği hallerde hekim aleyhine doğrudan tazminat davası açılabileceği belirtilmiştir. Karara konu olayda ağaçtan düşerek kolunu kıran hastaya uygun zaman içerisinde müdahale edilmemiş ve antibiyotik tedavisinin de yetersiz kalmasına bağlı olarak kangren olan kol omuzdan itibaren kesilmiştir. Hekim aleyhine açılan ceza davasında Yüksek Sağlık Şurası<sup>26</sup>, hekimin 2/8 kusurlu olduğu yönünde rapor düzenlemiş ve mahkeme, kusurlu bulunduğu hekimin Türk Ceza Kanunu<sup>27</sup> md.459/f.2 hükmü uyarınca cezalandırılması yönünde karar vermiştir. Hukuk Genel Kurulu, hastanın kolunun kesilmesi şeklinde tezahür eden olumsuz sonuca hekimin, hekimlik mesleğinin icrası esnasında vuku bulan kişisel kusurunun neden olduğu ve bunun mahkumiyet kararı ile de tespit edildiğini ifade ederek kamu görevlisi hekimin -kişisel kusur kabul edilebilmesi nedeni ile görevinden ayrılabilen- eylemlerinin Anayasa'nın 129. maddesi kapsamında yer almayacağı ifade edilmiştir. Kararda ayrıca hasta ile kamu hastanesinde çalışan hekim arasında iki tür ilişkinin mevcut olduğu belirtilmiştir. Karara göre bunlardan ilki, kamusal ilişki olup hekimin idari kurallara bağlılığını işaret eder. İkinci ilişki ise sözleşmesel ilişkidir. Hekimin hastaya müdahalesi, bir özel hukuk sözleşmesi olan vekalet ilişkisini gerektirir<sup>28</sup>.

---

verilmesi gerektiği yönünde YHGK T. 26.9.2001 E.2001/4-595 K. 2001/643 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 24 Mart 2018.

<sup>26</sup> 1219 sayılı Kanun md. 75 hükmü uyarınca tıbbi müdahalelerden kaynaklı suçlara ilişkin açılan ceza davalarında Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor almak zorunluydu. Hukuk davaları için böyle bir zorunluluk bulunmamakla beraber Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2010 tarihli 27737 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı ile ceza mahkemelerini Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor almakla zorunlu tutan madde iptal edilmiştir.

<sup>27</sup> RG 12.10.2004, 25611.

<sup>28</sup> "(...)Bunlardan ilki kamusal ilişkidir. Bu ilişkide memur olan doktor görevini yaparken bir takım idari kurallarla bağlıdır ve bu bağlılık hastayı tedavi zorunluluğunun kişinin rızasını gerektirmediği tıbbi el atmalar ( zorunlu aşı gibi ya da aids hastalığında olduğu gibi kamu sağlığının gerektirdiği hallerde ) ve tıbbi el atma ve yardımı gerektirmeyen rapor düzenlenmesi gibi hallerde söz konusudur. Bu gibi idari görev ve yetkilerini kullanırken doktor kusurlu eylemiyle bireylere zarar vermişse burada Anayasa'nın 129/5 maddesinin uygulanacağında kuşku bulunmamaktadır. (...) İkinci ilişki ise sözleşme ilişkisi olup, bunun üzerinde de durmakta yarar vardır. Kişinin yaşam ve sağlığı onun kişisel değerlerini oluşturur. Kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılması ancak tıbbi tedavi amacıyla ve doktorla hasta arasında oluşturulan bir sözleşmeyle yani izinle mümkündür. Bir hastaya tedavi amacıyla yapılan el atma ve yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekalet sözleşmesinin varlığını gerektirir. Tıbbi yardım yapıldığı yer, doktorun görev ve sıfatı sonucu değiştirmeyeceği gibi doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun tıbbi el atma ve yardım yapma yetkisini kamu kurallarından değil hasta ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinden alır. En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri idare hukuku değil tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdırlar. Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktorunu seçme hakkı bulunmaktadır. O halde doktorla hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa'nın 129/5. maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü zarar, memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil tıp bilimi kurallarına

Bu konudaki kanaatimizi açıklamadan evvel hizmet kusuru ve kişisel kusur ile ifade edilen kavramların irdelenmesi uygun olacağından konu hakkındaki görüşümüz, bu kavramların incelenmesinden sonra belirtilmiştir.

İdare hukukunda hizmet kusuru, idari faaliyetlerin yürütülmesindeki objektif ve nesnel aksaklığı işaret etmektedir<sup>29</sup>. Burada kamu görevlisinin kusurunun bulunup bulunmamasının önemi bulunmamaktadır<sup>30</sup>. Önemli olan idarenin, genel olarak hizmetin geç ya da kötü işlemesi veya hiç işlememesi<sup>31</sup> şeklinde tezahür eden kusurlu davranışı ile zarara neden olmasıdır. Kişisel kusur ise, mahkeme içtihatları ile gelişen bir kavram olup kamu görevlisinin görevi içerisinde olan; ancak görevinden ayrılabilen kusurlu davranışını ifade etmektedir<sup>32</sup>.

Kişisel kusurun varlığı halinde Anayasa md. 129/V fıkrasının uygulama alanı bulmayacağı ve kusuru ile zarara sebep olan kişi hakkında adli yargıya başvurulabileceği görüşü ileri sürülmektedir<sup>33</sup>.

---

*göre yapılan tıp san'atının uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır.(...)" YHGK T. 26.9.2001 E.2001/595 K. 2001/643, (Çevrimiçi), Kazancı İctihat Bankası, 26 Mart 2018.*

<sup>29</sup> Kamu hizmetinin doğru inşa edilmemiş olması, idari kuruluş veya örgütlenmenin doğru yapılaşmamış olması veya kamu hizmetinin düzgün yürütülememesi nedeni ile hizmetin eksik, hatalı ya da gereği gibi verilmemesi hizmet kusuru olarak ifade edilmektedir. Adam çalıştırmanın sorumluluğundan farklı olarak hizmet kusurunda sorumluluğun doğrudan olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde, Ahmet Kürşat Ersöz, **Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, İstanbul, On iki Levha, 2012, s. 48.

<sup>30</sup>Yasin Söyler, "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Sa.2, 2010, s. 555-592, s. 563.

<sup>31</sup> Çınar Can Evren, "Hizmet Kusuru- Haksız Fiil Aynımı ve Yargı Düzeni", **TBB Dergisi**, Sa. 95, 2011, s.175- 197, s. 182.

<sup>32</sup> Söyler, **Kişisel Kusur**, s. 565. Kişisel kusurun tayininde kamu görevlisinin yaklaşımını tespit edebilmek amacı ile kin, garez gibi sübjektif bazı kavramlar kullanılmaktadır. Suç düzeyine ulaşan fiiller söz konusu olduğunda bu tür suça ulaşan fiillerin kamu hizmetinin yürütülmesinin gerekliliği ile ilişkili olmadığı düşünülmelidir. Zimmet, rüşvet, ihaleye fesat karıştırma gibi kişisel kusuru işaret eden bu tür suçlarda kamu görevlisi esasen hizmetin dışında ve tamamen ceza hukuku ölçülerinde suç teşkil eden bir fiil işlemiştir. (Bkz. Murat Sezginer, "İdarenin Sorumluluğunun Genel Esasları ve Kamu Zararından Sorumluluk", **Kamu Zararı ve Sorumluluk Çalıştayı**, Ankara, 2015, s. 65-81, s. 69). Belirtmek gerekir ki hekimin ihmali ile neden olduğu tedavi hataları söz konusu olduğunda bu durum aynı zamanda hekimin cezai sorumluluğuna yol açmaktadır. (Taksirle yaralama, adam öldürme ve hekim tarafından işlenebilecek diğer suç ve kabahatler için bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 963 vd.). Kanaatimizce hekim aleyhine ceza mahkumiyeti kararı verilmesi mevcut davranışı kişisel kusur olarak değerlendirmeye yetmemelidir. Zira hekimin kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında hastaya yönelik hatalı tıbbi müdahalesi hekimin hem hukuki hem cezai sorumluluğunu doğuracaktır. Bu kapsamda örneğin hekimin hatalı tıbbi müdahalesi nedeniyle ile görevi kötüye kullanma suçu işlediğinin sabit olması suça konu filin kamu hizmetinden soyutlanması mümkün değildir. Aksi yönde bir karar için bkz. YHGK T. 26.9.2001 E.2001/4-595 K. 2001/643 (Çevrimiçi), Kazancı İctihat Bankası, 24 Mart 2018.

<sup>33</sup> Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, Adalet, 2019, s. 619, s. 621 ve dn.134'te belirtilen yazarlar. Türk Hukukunda kişisel kusur sayılan haller arasında hizmetin tamamıyla dışında işlenen kusurlar, suç niteliğindeki

Doktrinde Akyılmaz tarafından verilen bir örneğin, tıp alanında kişisel kusur ve hizmet kusuru ayrımında belirleyici olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki; on kere kullanılması gereken bir neşterin hekim tarafından otuzuncu kez kullanılması nedeni ile ameliyat sahasının tahrip olması ve tahrip olunan yerin hastane mikrobiyolojisi kapması nedeni ile hastanın zarara uğraması örneğinde<sup>34</sup> kusurlu olan kimdir? Burada hekimin on kere kullandıktan sonra atması gereken neşteri kullanmaya devam etmesi nedeni ile kusuru mevcuttur. Ancak hekim, idarenin kendi departmanına ayırdığı bütçenin sınırlı olması nedeni ile itiraz, şikayet ya da talepte bulunmasına rağmen başka neşter alınmadığı savunmasında bulunabilir. İdare ise ihaleye çıktığı; ancak karşı taraf şikayeti üzerine sürecin uzadığı ve ameliyatların acil olması nedeni ile eldeki olanaklar yardımı ile müdahalede bulunulduğunu belirtebilir<sup>35</sup>. Burada belirli bir kişiye izafe edilmesi mümkün olmayan hem Sağlık Bakanlığı'nın hem de başhekimin veya hekimin kusurunun mevcut olduğu bir durum söz konusudur<sup>36</sup>. Bu durum, hizmet kusurunu işaret etmektedir. Kişisel kusur ise belirli bir kamu görevlisine izafe edilebilir kusurdur<sup>37,38</sup>.

Biz, kişisel kusur-hizmet kusuru ayrımı yapılarak kamu görevlisi hekim aleyhine adli yargıda doğrudan dava açılmayacağı kanaatindeyiz. Bunun bize göre birkaç gerekçesi bulunmaktadır. Bunlardan ilki kamu görevlisinin üçüncü kişilere verdiği zararlara ilişkin düzenleme barındıran Anayasamızda<sup>39</sup> ve Devlet Memurları Kanunu'nda<sup>40</sup> hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımının mevcut olmamasıdır.

---

kusurlar, hizmet içindeki ağır kusurlar ve hizmet içindeki kasıtlı kusurlar sayılmaktadır. (Çağlayan, **İdare Hukuku**, s. 619). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun aksi görüşte olan ve katıldığımız kararının ilgili kısmı şöyledir: "(...)Öte yandan, kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık siyasi kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava İdareye yöneltilmelidir.(...)"YHGK T.1.2.2012 E. 2011/4-592 K. 2012/25 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 29 Mart 2019.

<sup>34</sup> Bahtiyar Akyılmaz, "Kamu Zararının Genel Esasları, Kamu Zararında Rücu ve Rücu Sorumluluğu", **Kamu Zararı ve Sorumluluk Çalıştayı**, Ankara, 2015, s. 43-63, s.45.

<sup>35</sup> Akyılmaz, **Kamu Zararının Genel Esasları**, s. 45-46.

<sup>36</sup> Benzer yönde Ersöz, **İdarenin Sorumluluğu**, s. 49-50.

<sup>37</sup> Kişisel kusurun, memurun tamamen özel hayatına ilişkin olan kusurluluk hali olduğu ve bu ihtimalde memurun sorumluluğunun özel hukuka tabi olacağı yönünde Ersöz, **İdarenin Sorumluluğu**, s. 90.

<sup>38</sup> Akyılmaz, **Kamu Zararının Genel Esasları**, s. 46.

<sup>39</sup> RG 20.10.1982, 17844.

<sup>40</sup> RG 23.7.1965, 12056.

Anayasa md.40/3 hükmü şöyledir: “*Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*” Yine Anayasa md. 129/f.V fıkrası kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının idare aleyhine açılacağını düzenlerken kusur ayırımı yapmamıştır. Bu kapsamda kamu görevlisinin kişisel kusurunu işaret eden kastı da kusur ifadesi altında maddede yerini bulmuştur<sup>41</sup>. Benzer şekilde Devlet Memurları Kanunu md. 13/f. I c. 1 uyarınca kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili uğramış oldukları zararlardan dolayı bu görevi yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açacaktır. Her iki düzenleme ile idarenin hizmetinden zarar gören kişinin bir an evvel zararının giderilmesi amaçlanmakta ve bu kapsamda idarenin birincil ve asli sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda hasta, karşısında ödeme gücünden emin olmadığı kamu görevlisini değil idareyi bulmaktadır. İdarenin, hasta nezdinde doğan zararı giderdikten sonra ilgili kamu görevlisine rücu edip etmeyeceği ise ayrı bir meseledir. İşte kamu görevlisinin somut olayda kişisel kusuru olup olmadığı rücu meselesi ile ilgilidir. Yukarıda verilen örnekte hasta vücudunda yabancı cisim unutan kamu görevlisinin somut olayda kişisel kusurlu olduğu kabul edilirse idarenin rücu etme imkanı olacaktır. Ancak olayda kişisel kusur yoksa ve sadece idarenin hizmet kusuru varsa bu zarardan idare sorumlu olur. Sadece hizmet kusurunun olduğu durumlarda kamu görevlisine rücu edilmesi söz konusu değildir<sup>42</sup>. Bu kapsamda kamu görevlisinin kişisel kusurunun var olup olmadığını rücu meselesi sınırlarında tartışmak ve hasta ile idareyi karşı

<sup>41</sup> Akyılmaz, **Kamu Zararının Genel Esasları**, s. 50-51.

<sup>42</sup> Akyılmaz, **Kamu Zararının Genel Esasları**, s. 47. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu yöndeki karar şöyledir: “(...)Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, kişilerin uğradığı zararla, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa orada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ve bu husus, 657 sayılı Yasanın 13. maddesindeki "kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar" ibaresinde ifadesini bulmaktadır. Diğer taraftan, Anayasa'nın 129/5 maddesinde "kusur" şartından bahsedildiğine göre yetkisini kullanan memurun veya kamu görevlisinin işlediği eylemin kasten mi yoksa ihmalen mi gerçekleştirdiğine bakılmaksızın bu eylemlerinden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin kabulü zorunludur.(...)” YHGK T. 1.2.2012 E. 2011/4-592 K. 2012/25 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 29 Mart 2019. Benzer yönde YHGK T.30.1.2013 E.2012/4-729 K. 2013/163 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 29 Mart 2019. Hukuk Genel Kurul Kararlarında da işaret edildiği üzere hekimin, görevinden veya resmi sıfatından kati şekilde ayrılabilen kusurunun varlığı halinde ise görevli mercii adli yargı olacaktır. Hekimin mesai saatleri haricinde kaza yaparak birini yaralaması buna örnektir. Kılıç, **Usuli Sorunlar**, s. 57. Ancak kamu görevi ile ilişki kurulabilen her olayda, hekimin kusuru kast derecesinde olsa dahi idari yargı görevlidir.



karşıya getiren düzenden sapmamak uygun olacaktır. Bu şekilde yapılan değerlendirme, aynı zamanda belirsizliği de önleyecektir. Keza hastanın, yargılama esnasında belirlenebilecek olan kişisel kusur-hizmet kusuru ayrımını davanın başında belirlemesi mümkün değildir. Hastanın yanlış bir değerlendirme yapması halinde (örneğin mevcut hizmet kusuruna rağmen kişisel kusur iddiası ile adli yargıda dava açılması) davanın görevsizlik kararı ile reddi neticesi doğacaktır. Davacının ya da davalının görevsizlik kararına olası itirazı ile birlikte davanın henüz doğru yargı yerinde görülmeye başlaması yıllar sürecektir.

Kamu hastanelerinde çalışan hekimin somut olayda kişisel kusuru bulunsa dahi davanın ancak idare aleyhine açılabilmesi ve kişisel kusurun mevcudiyetinin idare ile hekim arasındaki rücu ilişkisinde etkili olacağını düşünmekteyiz. Zira burada hasta, devlet veya kamu tüzel kişisi tarafından kurulan sağlık teşekkülünde sunulan kamu hizmetinden yararlanan kişi konumundadır. İdare bu kamu hizmetini hekim ve diğer sağlık personelleri aracılığı ile vermekte ve sağlık personelleri kamu hizmetinin sunulmasına aracılık etmektedir. Şu halde kamu hizmetinden kaynaklanan bir zarar ile karşılaşan hasta, zararın giderimini hizmet sağlayıcısı idareden talep edecektir. Bu kapsamda kamu hastanesinde görevli hekim ile hasta arasında hekimlik sözleşmesi kurulmadığından bu durum çalışma konumuz kapsamı dışındadır. Bununla birlikte kamu görevlisi hekimin somut uyuşmazlıkta kusurlu olup olmadığının tespiti yine çalışmamız kapsamında yer alan ve hekimin kusurlu olmamak için göstermesi gereken özen dikkate alınarak tespit olunacaktır<sup>43</sup>. Keza

---

<sup>43</sup> Türk Borçlar Kanunu (RG 4.2.2011, 27836) md. 55/f.II hükmü mülga Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir düzenlemedir. Bu düzenleme şöyledir: *"Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır."* Bu düzenlemeyi tamamlayan ve idareye yöneltilen bedensel zararın tazmini istemlerinin asliye hukuk mahkemelerinde görülmesini düzenleyen HMK md. 3 hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (R.G 19.05.2012, 28297). İptal edilen hükümden sonra TBK md. 55/f.II düzenlemesinin yorumu tartışmaya müsait hale gelmiştir. İdare Mahkemelerinde görülen tam yargı davalarında sorumluluk temeli bakımından Borçlar Kanunu'nun tümünün uygulama bulacağı ileri sürülebilirken sadece zarar ve tazminatın belirlenmesinde bu hükümlerin uygulama bulacağı da ileri sürülebilir. Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. Murat İnceoğlu/Meliha Sermin Paksoy, "Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK md 55)", s. 1383-1411, s. 1397 vd. <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/10-M.-Murat-INCEOĞLU-Meliha-PAKSOYyy.pdf> (Çevrimiçi), 8 Ekim 2018. Ayrıca bkz. Emre Gökyayla, "Ölüm ve Bedensel Zarar", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu: Yürürlük Kanunu Madde 1-82**, Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s.751-967, s. 965-967. TBK md. 55/f.II düzenlemesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun sadece tazminat ve zararın belirlenmesine ilişkin düzenlemelerinin idari yargıda görülen davalarda uygulanacağı hk. Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Türk Borçlar Hukuku ve Sorumluluk Hukuku Açısından

kamu hastanesinde çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişkinin konusu hastanın vücut bütünlüğüne yönelmiş olmakla beraber olası bir tıbbi uygulama hatasında hatanın mevcudiyeti tıp biliminin kurallarına göre tespit edilecektir. Bu kurallar ise hekimin çalıştığı kuruma göre değişmemektedir. Bu durumu gözeten Hasta Hakları Yönetmeliği'nde; Yönetmeliğin hem resmi hem özel bütün kurum ve kuruluşları kapsadığı açıkça belirtilmiştir<sup>44</sup>. Tıbbi özen gösterilmesi, tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım gibi hekimin özen borcunu işaret eden birçok düzenleme ihtiva eden Yönetmeliğin, hekimin çalıştığı kuruma göre ayırım yapmamış olması da bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

Kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin serbest meslek olarak yürüttüğü faaliyetler esnasında meydana gelen zararlardan sorumluluğu ise adli yargı yerinde çözülecektir<sup>45</sup>. Keza bu ihtimalde taraflar arasında hekimlik sözleşmesi ilişkisi mevcuttur. Ancak bu sözleşmenin hukuki niteliği tartışmalıdır<sup>46</sup>.

---

TBK md. 55 ve Bedensel Zararlar”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini**, C. 1, Ankara, 2016, s. 121-127, s. 126; İnceoğlu/ Paksoy, **TBK md 55**, s. 1407. Benzer yönde Ramazan Çağlayan, “İdarenin Sorumluluğu Anlamında Bedensel Zarar Kavramı ve Uygulaması”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini**, C. 2, Ankara, 2016, s. 225-268, s. 262. Bu kapsamda özellikle tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığının göz önünde bulundurulması gerekliliğini işaret eden TBK md. 51/fI düzenlemesi ile idari yargı önüne gelen davalarda da Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili maddelerinin uygulanacağı değerlendirilebilir. Ne var ki mevcut olayda idarenin kusurlu olup olmadığı idari sorumluluk esaslarına göre değerlendirmeye alınmalıdır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu md. 55/fI c.2 düzenlemesinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek iptali istemine yönelik verilen ret kararının ilgili kısmı şöyledir: “(...) Buna göre, idari eylem ve işlemde kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zararın miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın idarenin sorumluluğunu Borçlar Kanunu'nda sayılan kusur ve kusursuz sorumluluk sebepleriyle sınırladığı söylenemez(...)” AYM T. 28.11.2013 E.2013/74 K.2013/143. (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 7 Ekim 2018. Şu halde idari yargı önüne gelen olayda kusur, idari yargı içtihatlarına göre belirlenecekken zarar ve tazminatın belirlenmesi Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca yapılacaktır. Ancak hekimlik faaliyeti neticesinde ortaya çıkan uyumsuzluklarda kusurun tespiti amacı ile gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin belirlenmesi teknik bir konudur. Bu kapsamda ister adli ya da idari yargı önünde olsun kusurun tespiti ve özenin mevcudiyeti bilirkişilerce tespit edilmektedir. Çalışmamızda da hekimin sözleşme ihlalinde kusurlu olup olmadığını tespit etmeye yarar özen kavramı ve gösterilmesi gereken özene etki edecek haller ayrıca irdelenmiştir. Belirtilen bu ölçütler, kamu görevlisi hekimin somut uyumsuzlukta kusurlu olup olmadığını tespitinde de yol göstericidir. Ancak tıbbi müdahalelerden kaynaklı uyumsuzluklarda idarenin sorumluluğunun kimi zaman kusursuz sorumluluğa varacak ölçüde genişlediği de göz ardı edilmemelidir.

<sup>44</sup> HHY md 2.

<sup>45</sup> 18.01.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6514 sayılı Kanun’un 11. maddesi ile 2527 sayılı YÖK Kanunu’nda (RG 6.11.1981, 17506) değişiklik yapılmış ve öğretim elemanlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi olacağı düzenlenmiştir. 6514 sayılı Kanun md. 9 hükmü ile memurların serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, muayenehane ve benzeri yer açamayacağına ilişkin düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na eklenmiştir. Yine aynı Kanun’un 14. maddesi ile YÖK Kanunu’na Geçici 64. madde eklenmiştir. Geçici 64. madde uyarınca mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunan veya özel kuruluşlarda çalışan

Hastanın kamu hastanesi yerine özel sağlık kuruluşuna<sup>47</sup> başvurması halinde durum farklıdır. Muayenehane, poliklinik, tıp merkezi gibi sağlık kuruluşlarında hasta, hekimi seçerek belirli bir hekime başvurduğundan hasta ile hekim arasında özel hukuka tabi sözleşmesel ilişki kurulduğunu kabul etmek gerekir. Benzer bir durum hastanın özel hastaneye başvurması halinde de mevcuttur. Ne var ki burada sözleşmenin, hasta ile özel hastane arasında kurulduğu kabul edilmektedir. Keza hastanın hekimi değil hastaneyi seçtiği ifade edilmektedir<sup>48</sup>. Hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılan bu hukuki ilişkinin çeşitli türleri mevcuttur.

Hastanın hekimi seçmeksizin özel hastaneye başvurarak durumuna uygun hekime yönlendirilmesini talep ettiği durumlarda sözleşme hasta ile özel hastane arasında kurulmaktadır. Hastaneye tam kabul sözleşmesi olarak da ifade edilen sözleşmesel bu ilişkide hastaya yapılması amaçlanan tıbbi müdahale için yapılacak girişimlere ilave olarak hastanın yeme, içme, barınma, bakımı gibi yükümlülükler hastane tarafından taahhüt edilmektedir<sup>49</sup>. Hastane bu yükümlülüklerini hekim ve

---

hekimlerin Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren üç ay içerisinde faaliyetlerini sona erdirmesi aksi halde üniversite ile ilişkilerinin kesileceği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 19.6.2015 tarih ve 29391 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı ile YÖK Kanunu'na eklenen Geçici 64. madde iptal edilmiştir (T. 7.11.2014 E. 2014/61 K. 2014/166). Bu kapsamda kamuoyunda *Tam Gün* olarak anılan sürecin geldiği son noktada Geçici 64. maddenin iptal edilmiş olması nedeni ile 18.1.2014 tarihli 6514 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten evvel serbest meslek faaliyetinde bulunmak amacı ile muayenehane açmış olan hekimler faaliyetine devam etmektedir. Ancak 6514 sayılı Kanun'un ilgili diğer maddelerinin yürürlükte olması nedeni ile Kanun'un yürürlük tarihinden evvel serbest faaliyette bulunmayan hekimler muayenehane veya benzeri yer açamayacaktır. Kamu görevlisi hekimin özel bir sağlık kuruluşunda çalışması içinse 2547 sayılı Kanun md. 36 hükmünde belirtilen şartların mevcudiyeti aranacaktır.

<sup>46</sup> Sözleşmenin hukuki niteliği üzerine tartışmalar ve görüşümüz için Birinci Bölüm/II/C.

<sup>47</sup> Hususi Hastaneler Kanunu md.1 hükmü uyarınca özel hastanelerin hastaya yatırılarak hizmet verme kapasitesi ve işlevi mevcut olmalıdır. Bu fonksiyonu haiz olmayan özel muayenehane, poliklinik, tıp merkezi gibi ayakta teşhis ve tedavi hizmeti veren sağlık kuruluşları özel hastane statüsünde değildir.

<sup>48</sup> Halil Akkanat, "Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni", **Özer Selçi'ye Armağan**, Ankara, 2006, s.25-41, s.25; Hatırmaz Erol, **Özel Hastaneler**, s. 22.

<sup>49</sup> Mehmet Demir, **Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2018, s. 128; Akkanat, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, s. 27; Yasemin Durak, "Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi", **Tıp Hukuku Dergisi**, C.3, Sa.6, Legal, 2014, 147-177, s. 148vd. Hastaneye tam kabul sözleşmesinde değişik edimlerin bir paket halinde sunulması söz konusudur. Örneğin, tıbbi müdahale sonrasında hastanın yatarak tedavisine devam edilmesi halinde bir paket olarak sunulan bu hizmetin içerisinde, kanunda düzenlenmiş birbirinden farklı sözleşmelere ait unsurlar yer almaktadır. Hastaya yapılan tıbbi müdahalede (doktrinde çoğunlukla vekalet sözleşmesi olarak kabul edilen) hekimlik sözleşmesinin, hastanın yatarak tedavisine devam edilmesi halinde kira sözleşmesinin ve hastaya ilaç ya da yemek verilmesi halinde satış sözleşmesinin unsurları mevcuttur. Ancak bu unsurların kanunun öngörmediği biçimde bir araya gelerek tek bir paket halinde hastaya sunulması nedeni ile bu sözleşmenin hukuki niteliği karma sözleşme olarak değerlendirilmektedir. (Bu yönde, Enis Sanal, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, İstanbul, Kazancı, 1986, s. 44; Akkanat, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, s.28; Durak, **Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**, s. 152; Hatırmaz Erol, **Özel Hastaneler**, s. 38). Gerçekten karma sözleşmeler, en geniş anlamı ile iki veya daha fazla sözleşmenin, kanunda ön görülmeyen şekilde bir araya gelmesini ifade etmektedir. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevah Akit (Karma Sözleşme)**,

diğer sağlık personeli vasıtası ile yerine getirmektedir<sup>50</sup>. Hastayı fiilen muayene eden ve tıbbi müdahalede bulunan hekim ya da diğer sağlık personeli ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır<sup>51</sup>. Bu kişiler hastanenin TBK md. 116 hükmü uyarınca ifa yardımcılarıdır<sup>52</sup>. Bu kapsamda hastane, sağlık personelinin işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Meydana gelen zararda sağlık personelinin kusuru olmaması hastaneyi sorumluluktan kurtarmayacaktır. Benzer şekilde hekimi ya da diğer sağlık personeli seçmede gerekli özeni gösterdiği gerekçesi ile hastanenin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Hasta, meydana gelen zararın giderimini TBK md. 116 hükmü uyarınca hastane işleticisinden talep edecektir. Burada hasta, şartları oluşmuşsa hekim ya da diğer sağlık personelinin haksız fiil sorumluluğuna da dayanabilir<sup>53</sup>. Ne var ki

---

Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, 2013, s. 15vd; Saibe Oktay Özdemir, “İsimsiz Sözleşmeler”, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu: Yürürlük Kanunu Madde 1-82**, Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s.2527-2590, s. 2554; Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, **İÜHFİM**, C.LV, 1996, s. 263-297, s.273; Fikret Eren, “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Turgut Akantürk’e Armağan**, Beta, 2008, s. 85-109, s. 91vd; Aydın Zevkliler/ Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 19. Bası, Ankara, Turhan, 2019, s. 18; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 2019, s. 953). Bu şekilde, bir tarafın birden fazla sözleşmeye ilişkin edimleri üstlenmesine karşılık diğer tarafın tek bir edimi üstlendiği sözleşmeler ise karma sözleşme çeşitlerinden kombine sözleşme olarak tanımlanmaktadır. (Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akıt**, s. 133; Oktay Özdemir, **İstanbul Şerhi**, s. 2563; Oktay, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 274; Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 19; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 957). Hastaneye tam kabul sözleşmesinde hastanenin birden fazla sözleşmeye ilişkin edimleri üstlenmesine rağmen hastanın ücret ödemeyi üstlenmesi nedeni ile bu sözleşme, kombine sözleşmedir. (Oktay Özdemir, **İstanbul Şerhi**, s. 2564; Akkanat, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, s. 8; Hatırmaz Erol, **Özel Hastaneler**, s. 38).

<sup>50</sup> Hatırmaz Erol, **Özel Hastaneler**, s. 48. Gerçekten hekim genellikle hastane karşısında İş Kanunu hükümlerine tabi olarak istihdam edilen konumundadır. Ancak son yıllarda özel hastanelerin özellikle vergisel nedenlerle çalışacağı hekimler ile hizmet sözleşmesi ilişkisi içerisine girmektense hekimlere şirket kurmaları yönünde talepte bulunduğu görülmektedir. Hekim ve hastane arasındaki iç ilişki, hasta açısından sorumluluk anlamında farklılık teşkil etmeyecektir.

<sup>51</sup> Ekrem Kurt, “Hekimlik Sözleşmeleri” **Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, On iki Levha Yayınları, 2011, s. 59-77, s. 61; Demir, **Hekim- Hastane İlişkisi**, s. 304. Hekim, hastayı daha evvel muayenehanesinde muayene etmiş bulunmakla beraber hastanın tedavisine özel hastanede devam ediliyorsa sözleşmenin hekim ile hasta arasında kurulduğu kabul edilmelidir. Erkin Göçmen, “Özel Hastanede Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, **Legal Hukuk Dergisi**, Sa.81, 2009, 2849-2859, s. 2851.

<sup>52</sup> Göçmen, **Özel Hastanede Çalışan Hekim**, s. 2851; Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 134; Durak, **Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**, s.150. Aksi görüşte Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalar**, s. 21-22. Yazar, tıbbi tedavide doktorun bağımsız olması nedeni ile özel hastanede ya da kamu hastanesinde çalışmasının hasta ile arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine tesir etmeyeceği kanaatinde. Yazara göre, tıbbi tedavide güven unsuru ön plandadır ve tıbbi yardım ifa yardımcısı sıfatı ile yapıldığında güven unsuru oldukça zayıflayacaktır. Bununla birlikte hekime ifa yardımcılığı sıfatının verilmesi hekimlik mesleği ile bağdaşmamaktadır. Hekimin hastane ile eylemli ilişkisi nasıl olursa olsun tıbbi tedavi yürüttümü esnasında hekimi ikame vekil olarak kabul etmek uygun olacaktır. Bu sayede hekimin sorumluluğunu haksız fiile dayandırmaya lüzum olmayacaktır. Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalar**, s. 21-22.

<sup>53</sup> Akkanat, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, s. 28; Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 135; Durak, **Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**, s. 158; Göçmen, **Özel Hastanede Çalışan Hekim**, s. 2849; Demir, **Hekim- Hastane İlişkisi**, s.

uygulamada hastaların hem hastane işletmecisi hem de hekim aleyhine dava açtığı ve Yargıtay'ın istikrar kazanan kararlarında hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin de hekimlik sözleşmesi olarak kabul edildiği görülmektedir<sup>54</sup>.

Hastaneye tam kabul sözleşmesinin, tıbbi müdahalede bulunacak hekim ile yapılacak ilave hekimlik sözleşmesini de kapsar şekilde kurulması mümkündür<sup>55</sup>. Bu tip sözleşmeler, hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi olarak isimlendirilmektedir<sup>56</sup>. Burada ilave olan hekimlik sözleşmesinin tarafı olan hekim (genellikle hastanenin, hastadan ücret tahsiline yetkili yönetici konumundaki hekimi)<sup>57</sup> hastanede istihdam edilen bir hekim olabilecektir. Yeme, içme, barınma gibi tıbbi bakım borcu halen daha sadece hastane üzerindedir. Ancak hastanın menfaatine uygun tıbbi faaliyette bulunma hususunda hekim ve hastane işletmecisi bölünmeyen bir edimi borçlanmaktadır<sup>58</sup>. Bu kapsamda hekim ile hasta arasında da sözleşme ilişkisi mevcut olacaktır. Hasta ile hekim arasındaki bu ilişki hekimlik sözleşmesiyken hastane ile hasta arasındaki ilişki hastaneye kabul sözleşmesidir.

Hastaneye kabul sözleşmesinin bir diğer türü de bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesidir. Burada hasta iki ayrı sözleşmeye taraftır. Hasta yeme, içme, barınma, tıbbi bakım gibi yükümlülüklerin hastaneye ait olduğu hastaneye kabul sözleşmesi ile tıbbi faaliyetin yürütülmesinin hekime ait olduğu hekimlik sözleşmesine ayrı ayrı

---

304. Zarar verici davranışın aynı zamanda haksız fiil teşkil ettiği hallerde hastanın hastane aleyhine TBK md. 66 hükmü uyarınca dava açması da mümkündür.

<sup>54</sup>“(…) Mesleki iş gören Vekil özenle davranma zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md) (TBK 400). O sebeple doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.(…)” Yarg. 13. HD. T.19.9.2018 E. 2016/173 K. 2018/8140. Benzer yönde kararlar için bkz. Yarg. 13. HD. T.19.12.2019 E. 2016/24615 K. 2019/12860; Yarg. 13. HD. T. 17.12.2019 E. 2016/21655 K. 2019/12709; Yarg. 13. HD. T. 12.12.2019 E. 2016/23372 K.2019/12469. (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 2 Mart 2020. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Kamu Görevlisi Olmayan Personelin Sorumluluğu” başlıklı 47/f.1/b bendinde de bir ayırım yapılmaksızın hem kamu görevlisi olmayan personel aleyhine hem de bu personeli çalıştıran kurum aleyhine birlikte dava açılacağı belirtilmektedir.

<sup>55</sup> Hatırmaz Erol, **Özel Hastaneler**, s. 49; Akkanat, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, s. 26; Durak, **Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**, s. 161.

<sup>56</sup> Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s. 131vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cahid Doğan, “Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi) ile Bölünmüş Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamında Hastaneye Kabul Sözleşmesi)”, **Tip Hukuku Dergisi**, C.3, Sa.6, 2014, s.177-197, s. 178vd.

<sup>57</sup> Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s. 131.

<sup>58</sup>Hekimin hekimlik sözleşmesi uyarınca hastaya karşı sorumlu tutulması hastanenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Keza hekim kendisinin içinde bulunduğu hekimlik sözleşmesini ifa ederken bir yandan hastanenin ifa yardımcısı olarak hareket etmektedir. Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 137; Büyükkay, **Tazminatın Paylaştırılması**, s. 327.

tarafıdır<sup>59</sup>. Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinden farklı olarak, tıbbi müdahaleden bir zarar doğması halinde hasta, zararının giderimini sadece hekimden talep edebilecektir<sup>60</sup>. Keza bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde yükümlülükler bölünmüştür ve hekim, kendi tarafı olduğu sözleşmeden doğan borcunu ifa etmektedir. Hekim burada ifa yardımcısı konumunda değildir. Aksine hekim, hekimlik sözleşmesinin tarafı olarak bizatihi sözleşmeden doğan kendi borçlarını yerine getirmektedir. Örneğin Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik<sup>61</sup> md. 30/f.III hükmü uyarınca Yönetmelik kapsamında sertifikaya sahip olan hekim, muayenehanesine müracaat eden hastanın tedavisini, üremeye yardımcı tedavi merkezlerinde yapabilmektedir. Bu ihtimalde hekim ile hasta arasında daha önce kurulan hekimlik sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin, hekimin muayenehanesi haricinde başka bir merkezde gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır. Bu hali ile hasta; hekim ile hekimlik sözleşmesinin, hastane ile hastaneye kabul sözleşmesinin tarafıdır. Bu nedenle hasta, hekimlik sözleşmesinin ifası nedeni ile doğan zararını ancak hekimden talep edebilmelidir. Benzer bir durum, mesleğini serbest olarak icra eden hekimler açısından da geçerlidir. Özel Hastaneler Yönetmeliği<sup>62</sup> Ek madde 5/1 bendi uyarınca mesleğini serbest olarak icra eden hekimler, serbest muayenehanesine müracaat eden hastalara yönelik sağlık faaliyetlerini özel hastanelerde yürütebilmektedir. Ne var ki bu ihtimalde hastaya sunulan teşhis ve tedavi hizmetlerinden kaynaklanan zarardan hastane ve hekimin müştereken sorumlu olacağı Yönetmelik'te ayrıca düzenlenmiştir<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Akkanat, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, s. 37.

<sup>60</sup> Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinde ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde, hastanın taraf olduğu iki ayrı sözleşmenin birlikte bileşik sözleşme olarak değerlendirilebileceği ifade edilmelidir. Gerçekten bileşik sözleşmeler, tarafların iradeleri ile birden fazla isimli ya da isimsiz sözleşmeden birinin varlığı ve geçerliliğinin diğerine bağlı olacak şekilde bir araya getirilmesi ile oluşturulmaktadır. Burada karma sözleşmelerden farklı olarak, bağımsızlıklarını koruyan; ancak birinin ortadan kalkması ya da geçerliliğini kaybetmesi halinde bundan diğerinin de etkileneceği birden fazla sözleşme bulunmaktadır. Bileşik sözleşmeler hakkında bkz. Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit**, s. 163; Oktay Özdemir, **İstanbul Şerhi**, s. 2576vd.; Oktay, **İsimsiz Sözleşmeler**, s.275; Zevkliler/Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 21.

<sup>61</sup> RG 30.09.2014, 29.

<sup>62</sup> RG 27.3.2002, 24708.

<sup>63</sup> Özel Hastaneler Yönetmeliği Ek madde 5/1/c.2.

Yukarıda ana hatları ile ifade ettiğimiz şekilde, hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi mevcut olan tüm durumların çalışmamız kapsamına dahil olduğu belirtilmelidir. Bu kapsam içerisine öncelikle hekimin serbest faaliyette bulunması hali girmektedir. Hekimin özel hastanede çalışıyor olması halindeyse yukarıda ifade edildiği üzere karşımıza çeşitli ihtimaller çıkmaktadır<sup>64</sup>: Hastaneye tam kabul sözleşmesinde sözleşmesel ilişki hasta ve özel hastane arasında kurulmaktadır. Bu nedenle hasta ve hastane arasındaki hukuki ilişki çalışmamız kapsamı dışındadır. Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde, hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi kuruluyor olması nedeni ile belirtilen bu haller çalışmamızın kapsamı içerisindedir. Bununla birlikte hekimin kamu hastanelerinde çalışıyor olması halinde hasta ile arasındaki sözleşme ilişkisi özel hukuka tabi olmayıp taraflar arasında kamusal bir ilişki mevcuttur. Ne var ki hekimin kusurunun mevcudiyeti için aranan gerekli özenin gösterilip gösterilmediği sorusuna verilecek cevap hem adli hem idari yargıda benzerdir. Her ne kadar idari yargıda sorumluluk daha geniş olsa da çalışmamız kapsamında aktarılmaya çalışılmış özen kavramının özellikle hekimin kusurunu tespit etmedeki fonksiyonunun kamu hastanelerinde çalışan hekimler açısından da yol gösterici olabileceği kanaatindeyiz.

---

<sup>64</sup> İnternet ve teknolojinin beraberinde getirdiği imkanlar ile hastanın sağlık hizmeti için güvendiği tarafın hekim mi yoksa hastane mi olduğu tartışmaya açılacaktır. Kanaatimizce hastanın tıbbi müdahale için hastaneyi seçtiği anlayışı yerini hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi veya bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerine bırakmıştır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### HEKİMLİK SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER VE SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

#### I. KAVRAMLAR

##### A. HEKİM VE HASTA

Hekimlik sözleşmelerinin bir tarafında özel bilgi, eğitim ve yetenekleri nedeniyle kendisine başvuru alan hekim yer almaktadır.

Hekimlik sıfatını taşıyabilmek amacı ile öngörülen koşullar kanuni düzenleme ile belirlenmiştir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun md. 2 hükmü uyarınca, tababet icrası ve herhangi suretle olursa olsun, hasta tedavisi için tıp fakültesi diploması sahibi olmak gereklidir. Aynı Kanun'un 3. maddesi uyarınca cerrahi uygulamalarda tıp fakültesi diplomasına ilaveten ihtisas diploması sahibi olmak zorunludur. Ne var ki küçük cerrahi uygulamalar ve sünnet her hekim tarafından yapılabilir<sup>65</sup>. 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>66</sup> akabinde 1219 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle beraber hekimlik sıfatını haiz olmak için Türk vatandaşı olma zorunluluğu kaldırılmıştır. Şu halde yabancı uyruklu kişilerin de hekim olması, Kanun'da belirtilen diğer şartları yerine getirmeleri halinde mümkündür.

Hekimlik mesleğinin icrası içinse, tabip odasına kayıt yaptırılması gerekmektedir. Bu koşul, Türk Tabipleri Birliği Kanunu<sup>67</sup> md. 7/f. I hükmü uyarınca mesleğini serbest olarak icra edecek hekimler açısından zorunludur<sup>68</sup>. Hekimlik

---

<sup>65</sup> 1219 sayılı TŞSTİDK md. 3/1.

<sup>66</sup> RG 2.11.2011, 28103.

<sup>67</sup> RG 31.1.1953, 8323.

<sup>68</sup>TTBK md.7 /f. II hükmü uyarınca, mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler açısından ise böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.



mesleğinin icrası için bir diğer koşul ise mesleğin icrasına engel halin bulunmamasıdır. Bununla ifade edilen, hekimin, mesleğin icrasına sürekli bir engeli bulunmaması ya da Haysiyet Kurulu tarafından geçici olarak men edilen hekimin bu süreçte mesleğini icra etmemesidir.

Belirtmek gerekir ki, hekimlik sıfatının şartlarının taşınmaması ile mesleğin icrası için gerekli olan koşulların yerine getirilmemesinin sonuçları farklıdır. İlk halde tıp fakültesi diploması sahibi olmakla hekimlik sıfatı elde edilecektir. Böyle bir sıfatı olmamasına rağmen diğer tarafın vücut bütünlüğüne müdahalede bulunan kişinin bu eylemi hukuka aykırı olup bu müdahalenin tıbbilik vasfı bulunmamaktadır. Burada hastanın rızası; müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır<sup>69,70</sup>. İhtisas diplomasını haiz olmamasına rağmen önemli cerrahi müdahalede bulunan pratisyen<sup>71</sup> hekimin varlığında ise durum farklıdır. Zira burada müdahale, hekim tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak hekim, uzman olmaması nedeni ile yetki ve beceri sınırlarını aşan bir müdahalede bulunmaktadır. Yoksa, yetkisi olmayan kişinin tıbbilik vasfının bulunmadığı müdahalesinden söz edilmemektedir<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> 1219 sayılı Kanun'un 25. maddesi uyarınca, menfaat teminine yönelik olmasa dahi diploması olmamasına rağmen diğer tarafın vücut bütünlüğünü ihlal eden kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası uygulanır. Burada ifade edilen, acil müdahaleler haricinde kalan durumlardır. Türk Ceza Kanunu'nun 98.madde mefhumu muhalifinden hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etme yükümlülüğü getirilmiştir.

<sup>70</sup> Hekimlik sıfatını haiz olmayan kişiye başvurmuş olmak kimi durumlarda hasta açısından müterafik kusur teşkil edecektir. Örneğin bacağı kırılan hastanın ortopedi uzmanı yerine halk arasında kırık-çıkıkçı olarak bilinen ve hekimlik sıfatını haiz olmayan kişiye başvurması ve bacağına kötüleşmesi halinde bu kişi aleyhine haksız fiilden doğan tazminat talebinde bulunulması söz konusu olabilecektir. Bkz. Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 17. Burada kırık-çıkıkçı ile hasta arasında kurulan sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu değerlendirilebilir. Zira hekimlik sıfatını haiz olmayan kişi ile hasta arasında tedaviye yönelik sözleşme, konusu itibari ile hukuka aykırı olup TBK md. 27 hükmü uyarınca kesin hükümsüzdür. Haksız fiil sorumluluğuna dayanarak talepte bulunan hastanın yetkili kişiye başvurmamış olması onun açısından müterafik kusur teşkil edecektir.

<sup>71</sup> Tıp fakültesini bitirmesi nedeni ile lisans eğitimini tamamlamış hekimler pratisyen hekim olarak adlandırılmaktadır. Uzman hekim ise lisans eğitimine ilaveten belirli bir ana dalda uzmanlık eğitimi (lisansüstü eğitim) görmüş hekimlerdir. Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 5. Uzman hekimler bitirmiş olduğu uzmanlık eğitimi neticesinde uzmanlık alanlarında (kulak burun boğaz, kalp ve damar cerrahisi, psikiyatri vb.) faaliyet gösterebilmektedir. Uygur, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, s.50. İntörn hekim ise Tıp Fakültesi eğitimini almaya devam eden ve poliklinik aşamasına gelmiş son sınıf öğrencisidir. Bu kişiler hekim statüsünde değildir.

<sup>72</sup> 1219 sayılı Kanun md. 26 hükmü uyarınca, icraya yetkili olmadığı halde tıbbi müdahalede bulunan hekim aleyhine disiplin cezası verilir. Burada da acil olmayan müdahalelerin ifade edildiği şüphesizdir. Uzman bulunmayan ve hastanın sevki mümkün olmayan hallerde yapılması zorunlu olan cerrahi müdahaleler maddeye istisna teşkil etmektedir.

Sürekli ya da geçici olarak mesleğin icrasından men edilen hekim için ise farklı bir değerlendirmede bulunulmalıdır: Burada, hekimlik sıfatının şartlarının eksikliği değil, mesleğin icrasına engel bir durum bulunmaktadır<sup>73</sup>. Kanaatimizce, mesleğin geçici ya da sürekli olarak icrasını engelleyen yasaklayıcı hükümler, ihlal edilmesi durumunda sözleşmenin geçersizliğine neden olmayan düzen hükmü niteliğindedir<sup>74</sup>. TTBK ve 1219 sayılı TŞSTİDK’da yer alan bu yasaklayıcı hükümler, mesleğin icrasından geçici ya da sürekli olarak men edilen hekimin, sözleşme tarafı olmasını engellemekte; ancak yasaklayıcı hükme aykırı davranılması halinde sözleşmenin geçersiz olmasını öngörmemektedir. Burada yasaklayıcı hüküm, sözleşmenin konusu (içeriği) ile ilgili olmayıp hekimlik sözleşmesinin konusunda hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Aksine, hukuka aykırılık, mesleğin icrasından geçici ya da sürekli olarak men edilen hekimin, bu yasaklayıcı hükme rağmen sözleşmenin tarafı olmasındadır<sup>75</sup>. Burada yasaklayıcı hükmün amacının, hükme aykırılık halinde geçersizlik yaptırımını ile sağlanması da söz konusu olmadığından

---

<sup>73</sup> Hekimin, hangi hallerde geçici olarak mesleğini icra edemeyeceği Türk Tabipler Birliği Kanunu’nda düzenlenmiştir. Mezkur Kanun’un 38 ve 39. maddeleri uyarınca, Kanun’un hekime yüklediği görevlerin yerine getirilmemesi halinde mesleğin icrası Haysiyet Kurulu tarafından 15 gün ile 6 ay arasında men edilebilir. Bu süreler arasında hekimin mesleği icrasında geçici engeli bulunmaktadır. Mesleğin icrasını sürekli engelleyen haller ise 1219 sayılı Kanun’un 28. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilgili kısmı şöyledir: “*Türk Ceza Kanunu’nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkum olmamak gerekir. İcrayı sanat etmesine mani ve gayrikabili şifa bir marazı aklı ile malul olduğu bilmuayene tebeyyün eden tabipler, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla icrayı sanattan menolunur ve diplomaları geri alınır.(...)*” Madde metninde yer alan milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar ifadesi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (RG 1.12.2010, 27772). Hekimlik mesleğinden sürekli çıkarma halinin ancak hekimliğin kötüye kullanılması halinde mümkün olması gerektiği yönünde Bayraktar, **Cezai Sorumluluk**, s. 121.

<sup>74</sup>Düzen hükmü niteliğinde olan yasaklayıcı hükümlere aykırı davranılması, işlemin geçerliliğini etkilememektedir. Bu gibi durumlarda yasaklayıcı hükme aykırı olan işlem geçerliliğini korumakta; ancak hükme aykırı davranan kişi aleyhine yaptırım söz konusu olmaktadır. Bu yaptırımlar çoğunlukla ceza biçiminde ortaya çıksa da disiplin cezası gibi İdare Hukuku’nun sınırlarına giren yaptırımlar da mevcuttur. Bir yasaklayıcı hükmün; düzen hükmü mü olduğu yoksa hükme aykırılık halinde işlemin geçersizliğine neden olan bir yasaklayıcı hüküm mü olduğunun tespiti amacı ile öncelikle geçersizlik yaptırımının açıkça kanunda düzenlenip düzenlenmediği incelenmelidir. Böyle bir açıklık yoksa bu defa yasaklayıcı hükmün amacının incelenerek hükme aykırılığın geçersizlik yaptırımını gerektirip gerektirmediği tespit edilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, (Kocayusufpaşaoğlu, Necip /Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir), Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4üncü Basıdan 7nci Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 538-546. Ayrıca, Saibe Oktay Özdemir, “Sözleşme Özgürlüğü”, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu: Yürürlük Kanunu Madde 1-82**, Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 337-441, s. 378-379.

<sup>75</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s. 542; Oktay Özdemir, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 379.

işlemi geçerli kabul etmek; ancak hekim aleyhine yaptırımın söz konusu olacağını ifade etmek uygun olacaktır<sup>76</sup>. Ne var ki, TŞSTİDK md. 28/II fıkrasında yer alan ve mesleğin icrasını sürekli olarak engelleyen bir durumun üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir. Hekimlik mesleğinin icrasına sürekli bir engel niteliğinde olan ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile hekimin diplomasının geri alınmasına neden olduğu tespit edilen akıl hastalığı halinde durum farklıdır. Burada yasaklayıcı hüküm, iyileşmesi mümkün olmayan akıl hastalığından muzdarip hekim karşısında kamu yararını inşa etmeye yönelmiştir. Hekimin diplomasının geri alınması nedeni ile artık hekimlik sıfatını taşımadığı ve yasaklayıcı hükme rağmen yapılan sözleşmenin geçersizlik yaptırımına tabi kılındığının kabulü uygun olacaktır<sup>77</sup>.

Hasta ise Türk Dil Kurumu tarafından hastalık, kaza veya yaralanma dolayısıyla fizik veya ruh sağlığı bozulmuş ve tedavi edilmesi gereken kimse olarak tanımlanmıştır<sup>78</sup>. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan, hastanın kendisinde mevcut olan sağlık sorunlarına çözüm bulması, hastalığın etkilerinin kaldırılması ya da azaltılması amacı ile hekime başvurmasıdır. Ne var ki günümüzde tıp biliminin geldiği düzeyle birlikte tıbbi zorunluluk bulunmayan hallerde (örneğin güzelleşme amacı ile yapılan tıbbi müdahaleler ya da sterilizasyon (kısırlaştırma), kastrasyon (hadımlaştırma) gibi nüfus planlamasına yönelik müdahaleler) veya rutin kontrollerin (*check up*) tatbiki amacı ile de hekime sıklıkla başvurulduğu bilinmektedir. Bu kapsamda Hasta Hakları Yönetmeliği md.4/f. I hükmüne paralel olarak, hasta terimini, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kişi olarak belirtmek uygun olacaktır. Benzer bir tanıma 1994 tarihli Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesinde de yer verilmiştir. Bildirgenin, *Tanımlar* başlıklı 7. maddesine hasta; sağlıklı veya hasta olarak sağlık hizmetini kullanan kişi olarak tanımlanmıştır<sup>79</sup>. Bu düzenlemeler çerçevesinde, sağlık hizmetlerinden faydalanan kişilerin -halihazırdaki mevcut sağlık

<sup>76</sup> Böyle bir yaptırma TTBK md. 50 hükmü örnek gösterilebilecektir. İlgili düzenleme uyarınca, mesleğin icrasından men edilmesine rağmen faaliyette bulunan hekim aleyhine o yılki en yüksek üye aidatının on katından az, yirmi katından fazla olmamak üzere para cezasına hükmedilecektir.

<sup>77</sup> TMK md. 15.

<sup>78</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b55de60c9d024.94419121](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b55de60c9d024.94419121) (Çevrimiçi), 19 Ağustos 2017.

<sup>79</sup> [https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/27596.amsterdambildirgesi1994pdf.pdf?0&\\_tag1=CBEABCEE221081BD5FAE7148AEAD37936885CF3F](https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/27596.amsterdambildirgesi1994pdf.pdf?0&_tag1=CBEABCEE221081BD5FAE7148AEAD37936885CF3F) (Çevrimiçi), 5 Ekim 2018.

durumu ya da sağlık hizmetinin türü nazara alınmaksızın- hasta olarak tanımlanması uygun olacaktır.

## **B. HASTA HAKLARI İLE İLGİLİ TEMEL KİŞİLİK HAKLARI VE TEMEL BİYO-TIP ETİK KURALLARI**

### **1. Hasta Hakları ile İlgili Temel Kişilik Hakları**

Hastanın; hasta hakları<sup>80</sup> ile ilgili kişilik hakkının konusu olan değerlerinin başında yaşam (hayat), sağlık ve vücut bütünlüğü gelmektedir.

Kişinin en temel hakkı olan yaşam hakkı; kişinin, varlığını sağlıklı biçimde sürdürebilecek bütünlük içinde dünyaya gelmesini, doğumu sonrasında varlığını geliştirebilme imkanlarını haiz olmasını ve fiziki, biyolojik, moral bütünlüğünü doğal sınırlamalar haricinde muhafaza edebilmesini işaret etmektedir<sup>81</sup>. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerle korunan yaşam hakkı, kişinin sadece hayatta kalmasını değil insan onuruna yaraşır biçimde sağlıklı yaşamasını gerektirmektedir<sup>82</sup>. Esasen kişinin onuru, onun insan olması nedeni ile sahip olduğu kişilik haklarına konu değerlerden biridir<sup>83</sup>.

Onur, Türk Dil Kurumu'nda; *insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet, izzetinefis ve başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibar* şeklinde tanımlanmıştır<sup>84</sup>. Ancak onur ile şerefi eşdeğer tutmak,

---

<sup>80</sup> Hasta hakları, Hasta Hakları Yönetmeliği md. 4/e bendinde; *sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları ve Anayasa, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklar* olarak tanımlanmıştır.

<sup>81</sup> Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul, Beta, 2001, s. 50vd.; Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 39-40. Ayrıca, bkz. Mustafa Dural/ Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 104.

<sup>82</sup> Adıgüzel, **Yoğun Bakım**, s. 10. Yaşam hakkını doğrudan ya da dolaylı olarak düzenleyen ulusal ve uluslararası düzenlemelerin başında, Anayasa md.17, md.56, Türk Medeni Kanunu (RG 8.12.2001, 24607) md.23, md. 24, Türk Borçlar Kanunu md.53-56, Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği md.14, Hasta Hakları Yönetmeliği md.5, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.2, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi md.3 gibi düzenlemeler gelmektedir.

<sup>83</sup> M Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 18. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 190. İnsan onurunu temel hak olarak değil insan haklarının kaynağı ve varlık nedeni olarak kabul eden görüş için bkz. Nagehan Gürbüz, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, On iki Levha, 2014, s. 15vd.

<sup>84</sup> <https://sozluk.gov.tr>, (Çevrimiçi), 25 Aralık 2019.

onuru göreceli ve değişebilen bir kavram haline getirecektir<sup>85</sup>. Halbuki onur; değişiklik göstermeyen ve bütün insanların eşit olması ve eşit muamele görmesini gerekli kılan bir kavramdır<sup>86</sup>. Ancak insan onurunun kesin bir tanımının yapılması, bu defa, bu kavramın belirli bir dünya görüşüne bağlı olmasına ve insan onuruna aykırı olarak kabul edilebilecek yeni davranışların tanım kapsamı dışında kalmasına neden olabilecektir<sup>87</sup>.

İnsan onurunun esasını, insanın insan olması nedeni ile sahip olduğu maddi ve manevi değerler ile bu değerlerin vazgeçilemez niteliği oluşturmaktadır. Bu nedenle, insanı nesne haline getiren veya sahip olduğu bu maddi ve manevi değerlerinden vazgeçmesini gerekli kılan davranışlar insan onuruna aykırılık teşkil edecektir<sup>88</sup>.

Bugün, insan onuru kavramının karşımıza iki farklı biçimde çıktığını görmekteyiz: Bunlardan ilki insan onurunun yetkilendirme için kullanımudur. Bununla ifade edilen, özellikle Hitler Almanyasında yaşanan ağır insan hakları ihlali gibi hallere karşın insanın tek başına bir değer olduğunun vurgulanmasıdır<sup>89</sup>. İlkine kıyasla yeni olan ikinci kullanımı ise insan onurunun sınırlama olarak kullanımudur. İnsan onurunun sınırlama olarak kullanılması ise aşağıda yer verdiğimiz biyo-tıp etiğini ilgilendiren konularda kişinin, bireysel seçimlerinin feda edilmesi ve kişinin kendisine karşı korunmasını işaret etmektedir<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> Rasime Eşelioğlu, "İnsan Onuru ve Biyoetik", **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, Sa.1, 2017, s. 237-246, s. 238.

<sup>86</sup> Eşelioğlu, **İnsan Onuru ve Biyoetik**, s. 238-239; Hamide (Tacir) Bağçeci, "Biyotıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramına Güncel Bir Bakış ve İnsan Geliştirme Uygulamaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Sa. 2, 2018, s. 1-52, s.5. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin birinci maddesi, tüm insanların özgür olduğunu, onur ve haklar bakımından eşit doğduğunu düzenlemektedir. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (Avrupa Biyotıp Sözleşmesi, RG 9.12.2003, 25311) md.1 düzenlemesinde "*Bu Sözleşmenin Tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır*" ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden başka, İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, UNESCO Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Dünya Tıp Birliği Helsinki Bildirisi, insan onuruna yer veren düzenlemelerin başında gelmektedir.

<sup>87</sup> Bağçeci (Tacir), **İnsan Onurunun Korunması**, s.1.

<sup>88</sup> Bağçeci (Tacir), **İnsan Onurunun Korunması**, s.5-6.

<sup>89</sup> Gürbüz, **İnsan Onuru**, s. 10; Bağçeci (Tacir), **İnsan Onurunun Korunması**, s.11vd.

<sup>90</sup> Gürbüz, **İnsan Onuru**, s. 20.

Çalışma konumuz açısından önemli olması ve tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olup olmadığını tespiti yarar bir kavram olması nedeni ile insan onuru kavramının sınırlama fonksiyonunun tartışıldığı bir olaya yer vermek uygun olacaktır:

İnsan onurunun sınırlama olarak kullanımına temel teşkil ettiği kabul edilen davaya konu olayda, cüce fırlatma adıyla oynanan oyunun insan onuruna aykırı olup olmadığı tartışılmıştır. Fransa’da özel kıyafetler giydirilen cücenin müşteriler tarafından fırlatılarak en uzağa atanın kazandığı oyunda belediye, insan onuruna aykırı olduğu gerekçesi ile oyunun oynanmasını yasaklamıştır. Konu, önce yerel mahkeme, akabinde Conseil d’Etat önüne gelmiştir. Hükümet komiseri, cücenin fırlatılması şeklinde oynanan oyunda cücenin eşya vasfına indirildiği ve ikinci sınıf insan muamelesi yapıldığını belirterek bu durumun, insan onuruna aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Oyunu düzenleyen işletme ve cüce, bu oyuna rızasının olduğunu, can güvenliğine dikkat edildiğini, koruyucu kıyafetler vasıtası ile zarar görmesinin muhtemel olmadığını savunarak asıl işsiz kalmasının insan onuruna aykırı olacağı iddiasında bulunmuştur. Conseil d’Etat, cücenin bu şekilde fırlatılarak oynanan oyunun kendi onurundan ödün verilmesi anlamına geldiğini ve insan onuruna saygının kamu düzeninin parçası olduğuna karar vererek davayı reddetmiştir. Bireysel şikayet ile Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi önünde gelen davada Komite, insan onurunun korunması amacı ile getirilen sınırlamanın kamu düzeninin korunmasına hizmet edeceğini ve sınırlamanın gerekli olduğu yönünde karar vermiştir<sup>91</sup>. Şu halde, insan onurunun korunması adına kişinin kendisi hakkında verdiği kararların önüne geçilmesi ve kişinin kendisine karşı korunması söz konusu olabilecektir. İnsan onurunun sınırlama olarak kullanımına örnek teşkil eden bir diğer durum, estetik amaçlı müdahalelerin hukuka aykırılık meselesinde ayrıca tartışılmıştır<sup>92</sup>.

Kişinin, insan olması nedeni ile sahip olduğu en temel hakkı olan yaşam hakkının insan onuruna yaraşır şekilde olması gerekliliği, kişinin diğer temel kişilik

---

<sup>91</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Gürbüz, **İnsan Onuru**, s. 20vd.

<sup>92</sup> Bkz. Birinci Bölüm/ II/C/1/b/(1)/ii.

haklarından sağlık hakkı ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ile birlikte değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Yaşam hakkı gibi sağlık hakkı da hukuken koruma altına alınmış kişilik değerlerinden biridir<sup>93</sup>. HHY md. 5/a bendinde ifade edildiği üzere, kişinin, bedeni ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik içerisinde olması onun en temel haklarından biri olup sağlık hizmetinin sunulması aşamasında sürekli olarak göz önünde bulundurulacaktır<sup>94</sup>.

Kişinin fiziki kişilik değerlerinden olan vücut bütünlüğü ise kişinin beden tamlığını ve ruh tamlığını ifade etmektedir<sup>95</sup>. Esasen hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi her müdahale, hastanın Anayasa<sup>96</sup> ve diğer mevzuat<sup>97</sup> ile teminat altına alınmış yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi mutlak nitelikli kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. Kişilik hakkına yönelik bir saldırı niteliğinde olması hasebi ile tıbbi müdahalelerin TMK md. 24 hükmü uyarınca hastanın rızasına<sup>98</sup> ya da rızanın bulunmadığı hallerde üstün nitelikte özel veya kamu yararına yahut kanunun verdiği yetkiye dayanarak gerçekleştirilmemesi halinde hukuka aykırılık devam

---

<sup>93</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 175vd.; Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 40.

<sup>94</sup> Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun (RG 12.1.1961, 10705) md. 2'de sağlık; yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali olarak tanımlanmıştır.

<sup>95</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 176; Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 41.

<sup>96</sup> Anayasa md. 17/II fıkrası şöyledir: “*Tıbbi zorunluluklar ve kamunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*”

<sup>97</sup> TMK md.23, md. 24, TŞSTİDK md. 70, HHY md. 5(d) ve (e) bentleri bu düzenlemelerden bazılarıdır.

<sup>98</sup> Hastanın rızasının hukuka aykırılığı kaldırmayacağı keza hastanın hayatı veya vücut tamlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma imkanı olmadığı yönünde Nevzat Güreli, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, **İÜHFİM** 1979, 1980, 81, C.45-47, S. 1-4, s. 267-275, s. 268. Yazar, hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın icrası kavramının da isabetli olmayacağını zira bu kavramın subjektif olması nedeni ile istenildiği takdirde kullanılmaması anlamını içerdiğini belirtmektedir. Yazara göre cerrahi müdahalelerin hukuka uygunluk nedeni olarak kanunun bir hükmünün icrası kavramı (ETCK md. 49, TCK md. 24/f.I) isabetli olacaktır. (A.e.) Rıza kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Saibe Oktay Özdemir, “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Kimler Tarafından Rıza Verileceği”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. II, İstanbul, 2010, s.1315-1353, s.1315 vd.; Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 79 vd.; Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, 2003, s. 81vd.; Abdülkadir Arpacı, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı**, VI/2, 2009, s. 5-15, s. 9 vd.; İlhan Gülel, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Seçkin, 2018, s.95 vd.

edecektir<sup>99</sup>. Ancak hastanın tıbbi müdahaleye gösterdiği rıza, kişilik hakkına yönelik saldırının hukuka aykırılığını her koşulda ortadan kaldırmayacaktır.

Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırması için; kişinin tasarruf yetkisine sahip bir alanda verilmiş olması şartına ilaveten temel üç şartın mevcut olması gerektiği ifade edilmektedir. Bunlardan ilki, müdahalenin etkide bulunacağı kişilik hakkından bu müdahaleye ilişkin vazgeçme iradesinin açıkça belirtilmiş olmasıdır<sup>100</sup>. İkinci şart, rızanın, vazgeçmenin sonucunu öngörebilecek şartlarda verilmesini sağlayacak bilinç ve iradeyle verilmesidir<sup>101</sup>. Bu ise konumuz açısından hastanın olası müdahale ve buna ilişkin verdiği rızasından vazgeçmesinin sonuçlarını içerir derecede aydınlatılmasına bağlıdır<sup>102</sup>. Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırması için aranan üçüncü şart ise verilen bu rızanın ahlaka aykırı olmamasıdır. Keza TMK md 23/II fıkrası ile, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

Hastanın hasta hakları kapsamında kişilik değerlerine konu olan bir diğer hakkı ise kendi geleceğini belirleme hakkıdır. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, genel bir ifade ile olası müdahale ya da diğer sağlık hizmeti hakkında bilgilendirilen hastanın bu süreci yönetmesi ve süreçte karar verici konumda olmasını ifade etmektedir<sup>103</sup>. Hastanın en temel kişilik hakları olan yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne duyulan saygının uzantısı olarak hasta, kişilik haklarına yönelen

---

<sup>99</sup> Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 42; Mustafa Dural, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, On iki Levha Yayınları, 2011, s. 249-259, s. 249. Hastanın ayırt etme gücüne sahip olmaması nedeni ile rıza verememesi halinde yasal temsilcisinin vereceği rıza, hastanın rızasının yerini tutmayacaktır. Burada TMK md. 24/f.II fıkrasında düzenlenen ve hukuka aykırılığı kaldıran bir diğer hal olan üstün nitelikte özel yararın varlığı halinde müdahalenin hukuka uygun olacağı ifade edilmelidir. Benzer şekilde, hastanın rıza verecek durumda olmadığı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde müdahalenin hastanın üstün yararına olması şartı ile hukuka aykırılığın ortadan kalktığından söz edilebilir. TŞSTİDK md.70 ve HHY md. 24 düzenlemeleri de bu yöndedir. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 226; Oktay Özdemir, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 1324). Sayılan bu hallerin mevcudiyeti halinde ilişkinin başındaki hukuka aykırılık ortadan kaldırılır ne var ki hekimin sorumluluğu devam eder. Zira hekim; hasta ile arasındaki ilişkiden doğan tüm yükümlülükleri ve mesleki yükümlülükleri yerine getirmekle sorumluluktan kurtulabilir. Dural, **Hekimin Sorumluluğu**, s.153; Zafer Kahraman, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, Sa.1, 2016, s. 479-510, s. 484.

<sup>100</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 224; Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.108.

<sup>101</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 224; Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 108.

<sup>102</sup> Dural, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 252. HHY md. 31 uyarınca rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.

<sup>103</sup> Hamide Tacir, “Tıbbi Müdahaleler Karşısında Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, **II. Ulusal Sağlık hukuku “Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları” Sempozyumu**, Ankara, Seçkin, 2015, s. 13-51, s.14.



tıbbi müdahaleye ilişkin karar alma sürecinde etkin bir rol oynayacaktır. Bu hak, aşağıda yer verilen biyo-tıp etiği ilkelerinden özerklik ilkesinin de temelini oluşturmaktadır<sup>104</sup>. Ancak bu hakkın sınırsız bir esnekliğe sahip olduğu düşünülmemelidir. Hasta Hakları Yönetmeliği md. 12’de yer alan ve *teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şeyin yapılamayacağına* ilişkin düzenleme de hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının sınırsız olmadığını göstermektedir.

## 2. Biyo-Tıp Etik Kuralları

Biyo-etik, sadece insan hayatı değil doğada mevcut tüm organizmalara yönelik insan davranışının iyi ya da kötü yönden değerlendirmesi üzerine yapılan çalışmalar bütünüdür<sup>105</sup>. Biyo-etikin bir alt kategorisi olan biyo-tıp etiğinin ana konusu ise insan hayatıdır<sup>106</sup>. Biyo-tıp etiği, geniş anlamı ile, insan sağlığına yönelik davranışların iyi ya da kötü olarak değerlendirilmesi faaliyetleridir.

Sıklıkla eş anlamlı olarak kullanılmasına rağmen tıbbi deontoloji ve biyo-tıp etiği birbirinden farklıdır. Tıbbi deontoloji, tıp alanında faaliyette bulunan kişileri belirli bir yönde davranmaya iten ve meslek topluluğu öyle kabul ettiği için tartışmasız olarak doğru sayılan yükümlülükler bütünüdür<sup>107</sup>. Bu kuralların eleştirilmeye başlanması ile beraber artık tıbbi deontolojinin sınırları dışına çıkılmakta ve etik alana girilmiş olmaktadır. Biyo-tıp etiğinin üzerinde çalışarak çözüme kavuşturduğu sorunların, ileride deontolojinin konusu haline gelmesi mümkündür<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> Adıgüzel, **Yoğun Bakım**, s.15.

<sup>105</sup> Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İkinci Edisyon, İstanbul, Betim, 2019, s.15; Bema Arda/Serap Şahinoğlu Pelin, “Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konular”, **Ankara Tıp Mecmuası**, Sa.48, 1995, s. 323-336, s. 325.

<sup>106</sup> Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s.15.

<sup>107</sup> Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 17-18.

<sup>108</sup> Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 17-18.

Biyo-tıp etiği alanına hakim dört temel ilke bulunmaktadır<sup>109</sup>. Bu temel ilkeler, hekimin ya da sağlık hizmeti yürüten diğer kişilerin karşılaşacağı ahlaki meselelerin çoğunu kapsar niteliktedir. Ne var ki aşağıda yer verilmiş olan ilkelerden bazılarının aynı durumda uygunluğu söz konusu olabilecektir. İşte ilkelerin çatıştığı bu gibi durumlarda hangi normun daha önce geleceğini tespit edebilmek amacı ile ilkelerin birbirine karşı dengelenmesi yoluna gidilmektedir. Normlar arası dengeleme yoluna gidilerek belirli bir olayda hangi normun diğerinden daha önce uygulanması gerektiği sorusuna yanıt aranmaktadır<sup>110</sup>. Bu sorulara verilen yanıtlar, normların çatıştığı olası bir durumda hekime yardımcı olmakta ve kimi durumda, ileride, deontolojinin konusu haline gelmektedir.

Biyo-tıp etiğinin işaret edilmesi gereken ilk temel ilkesi, özerkliğe saygı ilkesidir. Kişilik sahibi olmanın bir uzantısı olarak kabul edilen otonomi; kişinin özgür iradeyle kendisini yönetmesi, kendisi hakkında karar verebilme yetkinliğine sahip olması şeklinde tanımlanmaktadır<sup>111</sup>. Biyo-tıp etiği alanında hastanın kararlarının otonom olarak kabul edilebilmesi için hastanın yeterli bilişsel kapasiteye sahip olması ve kararı verirken baskı altında olmaması gerektiği kabul edilmektedir<sup>112</sup>. Esasen hastanın özerkliğine saygı duyulması ilkesi, hekim-hasta ilişkisindeki etik tartışmalardaki önemli bir değişimin sonucunda yerleşmiştir.

---

<sup>109</sup> İmhotep andından Hammurabi Kanunlarına, Hipokrat yemininden 1947 tarihli Nuremberg Kurallarına kadar birçok düzenlemede tıbbi etik ilke ve kurallarına yer verilmektedir. Bu ilkelere yer verilen uluslararası temel düzenlemelerin başında Birleşmiş Milletler Evrensel Bildirgesi, Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi, UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve UNESCO İnsan Hakları ve Biyoetik Üzerine Evrensel Bildirge gelmektedir. Nurgül Karakoç/ Serkan Çınarlı, “Tıbbi Uygulamalarda Etik ve Etikten Kaynaklı Malpraktis”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Sa.12, 2017, s.339-388, s. 343.

<sup>110</sup> Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 104. Doktrinde, ilkelerin çatışması halinde üzerinde durulması gereken temel noktalar şöyle sıralanmaktadır: Bir etik ilkenin diğeri karşısında feda edilebilmesi gerçekçi nedenlere dayanmalıdır. Bu bağlamda başka bir seçeneğin kalmadığının söylenebileceği durumlarda çatışan normlardan birini tercih etmek kaçınılmaz olabilecektir. İlke feda edilirken, ilkeye en az zarar verecek biçimde ve ihlalin etkilerini en aza indirgeyen tutum sergilenmelidir. Erdem Aydın/ Nermin Ersoy, “Tıp Etiği İlkeleri”, **Türkiye Klinikleri**, 1995, Sa.2-3, s. 48-52, s. 51. Biyo-tıp etik ilkelerinden yararlılık ve zarar vermeme ilkesi ile hastanın özerkliğine saygı duyulması ilkelerinin çatışabileceği temel alanlardan biri, estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmeleridir. Konu, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılığı meselesi başlığı altında ayrıca incelenmiştir. Bkz. Birinci Bölüm/II/C/1/b/(1)/ii.

<sup>111</sup> Arda/Şahinoğlu, **Tıbbi Etik**, s. 331; Erdem Aydın, “Tıp Etiğinde Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi”, **Erciyes Tıp Dergisi**, Cilt 25, Sa. 2, 2003, s. 92-97, s. 93; Saibe Oktay Özdemir/ Gizem Aksoy, “İnsan Vücudunun Korunmasına Dair Biyotıp İlkeleri”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Sa.1, 2016, s. 371-389, s. 384; W G Irwin, “Medical Ethics”, **The Ulster Medical Journal**, Vol. 56, No.1, 1987, s. 1-12, s. 2, (Çevrimiçi), PubMed, 12 Ekim 2019.

<sup>112</sup> Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 105.

Hekimin, hastaları açısından en faydalı olanı bildiği varsayımından hareket eden paternalist yaklaşım, zaman içinde yerini, hekimin hastayı sürece dahil ederek, hastanın kendisi ile ilgili karar verme imkanını elde etmesini sağlayan kişi olarak kabulüne bırakmıştır<sup>113</sup>.

Özerkliğe saygı ilkesinin hekimlik sözleşmesine ilk yansıması, kendini hastanın aydınlatılması hususunda göstermektedir. Aşağıda ayrıca açıklandığı üzere hastaya kendisi hakkında karar verme imkanının tanınması; onun ancak bu konuda aydınlatılmış olmasına bağlıdır. Ancak aydınlatma yükümlülüğünü, aydınlatmanın sadece rıza kavramı ile olan sıkı ilişkisi sınırları içerisinde incelemek yeterli değildir. Pek tabii, hekimlik sözleşmesinin kurulmasını takiben olası bir müdahale söz konusu olduğunda, hastanın bu müdahaleye yönelik serbestçe karar verebilmesi ve müdahaleye yönelik rızasının geçerli kabul edilebilmesi, onun önceden aydınlatılmış olmasına bağlıdır. Ancak hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü, hastanın rızasını temin etmek amacından bağımsız olarak mevcuttur. Zira bu yükümlülük, insan onuruna duyulan saygının bir gereği olan ve Anayasa md. 17 hükmü ile güvence altına alınan kendi geleceğini belirleme hakkına dayanmaktadır<sup>114</sup>.

Özerkliğe saygı ilkesinin bir diğer yansıması ise hastanın mahremiyetine diğer bir ifade ile özel hayatına müdahale edilmemesini talep etmesinde görülmektedir<sup>115</sup>. Bu ise, hastanın kişisel veri niteliğinde olan tıbbi verilerinin ve sırlarının korunmasını ve saklanmasını gerektirmektedir<sup>116</sup>.

Bir diğer biyo-tıp etik ilkesi olan yararlılık ilkesi, hekimin mutlak olarak hastasının yararına davranması gerekliliğini işaret eden ve bir diğer temel ilke olan zarar vermeme ilkesi ile birlikte, hasta ve hekim arasındaki güven ilişkisinin temelini kuran ilkelere dendir<sup>117</sup>. Ancak hekimin, hastası yararına davranması gerekliliği, hekimin neyin hastası yararına olacağını bildiği karinesini de beraberinde

---

<sup>113</sup> Birbirlerine karşıt düşünceye dayanmaları nedeni ile özerkliğe saygı ilkesi ve paternalizm birlikte uygulama bulamayacaktır. Aydın, **Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi**, s. 95.

<sup>114</sup> Adıgüzel, **Yoğun Bakım**, s. 16.

<sup>115</sup> Semra Karabacak Furuncu, "Türk Hukuk Düzeninde Biyoetik Kurullar", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2013, s. 67.

<sup>116</sup> Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 111-112; Karabacak Furuncu, **Biyoetik Kurullar**, s. 67.

<sup>117</sup> Aydın, **Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi**, s. 10; Adıgüzel, **Yoğun Bakım**, s. 104; Irwin, **Medical Ethics**, s. 2.

getirmektedir. Bu ilkenin tek başına esas alındığı kimi hallerde, hastanın kişilik haklarına dahil olan kendi geleceğini belirleme ilkesi ve temel tıbbi etik ilkelerinden hastanın özerkliğine saygı ilkesinin ihlal edilmesi ile karşılaşılabilir. Özellikle, neyin hastanın yararına olduğu hususunda hasta ve hekim arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda somut durumun nazara alınması ve hastanın özerkliğine saygı duyularak yarar ve zarar değerlendirilmesi yapılmaması gerekmektedir<sup>118</sup>.

Yararlılık ilkesi ile paralellik gösteren zarar vermeme ilkesi, herhangi bir müdahalenin olası risklerini göz önünde bulundurarak hekimin, hastanın görebileceği zararı en aza indirmeye ya da zarar vermekten kaçınması gerekliliğini ifade etmektedir<sup>119</sup>. Bu ilke, hekime, uygulanacak tıbbi müdahalenin yarardan çok zarar vereceği ihtimallerde müdahaleden kaçınması görevini yüklemektedir. Zira tıbbi faaliyetlerin yürütülmesi sırasında amaç hastanın iyiye ve sağlığı açısından faydalı duruma kavuşturulmasıysa da istenmeyen risk ve zararlarla karşılaşılması her zaman muhtemeldir. Bu nedenle yararlılık ve zarar vermeme ilkelerinin birlikte değerlendirilerek yarar ve zarar dengesinin gözetilmesi gerekmektedir<sup>120</sup>. Örneğin olası müdahalenin riskleri arasında ölüm veya ağır bedensel zarara uğrama ihtimalinin düşük olduğu ya da hastaya sağlayacağı yarar açısından göze alınabileceği durumlarda müdahalenin yürütülmesinin dayanağı bu ilkedir. Ancak estetik amaçlı müdahaleler gibi kişinin müdahale ile elde etmeyi amaçladığı yararın soyut ve sübjektifliği, bu müdahalelerin sınırlandırılması hususunda biyo-tıp etik ilkelerinin yanı sıra insan onuru kavramına başvurmayı gerektirmektedir.

Bir diğer tıp etik ilkesi olan adalet ve eşitlik ilkesi, birbiri ile yarışan talep veya gereksinimler karşısında tıbbi kaynakların adil dağıtılmasını gerekli kılmaktadır. Bu ilke ile hekimlerin, bireysel tercihleri doğrultusunda hastalarına karşı ayrımcı davranmaması ve sağlık kaynaklarını gereksinimlere uygun ve adaletli

---

<sup>118</sup> Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 116.

<sup>119</sup> Irwin, **Medical Ethics**, s. 2; Aydın, **Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi**, s. 10; Oktay Özdemir/Aksoy, **Biyotıp İlkeleri**, s. 387; Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 116. Hasta Hakları Yönetmeliği md. 14/c. 2 şöyledir: “Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.”

<sup>120</sup> Karabacak Furuncu, **Biyoetik Kurullar**, s. 79.

dağıtması gerekliliği ifade edilmektedir<sup>121</sup>. Klinik tanı ve tedavi bakımından adalet ilkesi, mevcut kaynakların hastalar arasında nasıl dağıtılacağına yoğunlaşmaktadır. Örneğin sınırlı sayıdaki diyaliz makinasından kimlerin faydalanacağı hastane etik kurulu tarafından adalet ilkesine göre belirlenecektir<sup>122</sup>. Yine, sınırlı sayıda olan hayat destek ünitelerinin en adil şekilde kullanılmasında adalet ilkesi nazara alınacaktır<sup>123</sup>.

### C. TIBBİ MÜDAHALE

Tıbbi müdahale, resmi ehliyetli kişiler tarafından gerçekleştirilen ve kişinin vücut bütünlüğünü, yaşam ve sağlığını etkileyen fiziksel veya ruhsal anomalilerin tespiti, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik, tıp biliminin genellikle kabul edilmiş kurallarına uygun gerçekleştirilen girişim olarak tanımlanmaktadır<sup>124</sup>. Doktrinde de bu tanıma paralel genel bir tanımla bir davranışın tıbbi müdahale sayılabilmesi için iki koşul olduğu belirtilmiştir: Müdahale, yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmelidir ve müdahale doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelmiş olmalıdır. Bu kapsamda en basit teşhis ve tedaviye ilişkin faaliyetten en ağır cerrahi faaliyet olan ameliyata kadar uzanan ve doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik her türlü müdahale, tıbbi müdahale olarak tanımlanmaktadır<sup>125</sup>.

Yukarıda verilen tanım doğrultusunda tıbbi müdahalenin ilk koşulu yetkili bir kişi tarafından yapılmasıdır. 1219 sayılı Kanun uyarınca tababet icrası ve herhangi suretle olursa olsun hasta tedavisi için yetkili kişi hekimdir. Bu kapsamda

---

<sup>121</sup> Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 116; Irwin, **Medical Ethics**, s. 2.

<sup>122</sup> Karabacak Furuncu, **Biyoetik Kurullar**, s. 81.

<sup>123</sup> Oktay Özdemir/ Aksoy, **Biyotıp İlkeleri**, s. 387.

<sup>124</sup> Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 15. Benzer yönde Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 5; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 24. Farklı bir tanımlamaya göre tıbbi müdahale, canlı doğasının olağan akışına tıp bilimi çerçevesinde karışmadır. Bu yönde, Halide Savaş, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, **Sağlık Hukuku Makaleleri**, 2012, s. 259-295, s. 259.

<sup>125</sup> Eduard Werner Ott, **Voraussetzung der zivilrechtlichen Haftung des Arztes**, Zürich, 1978, s. 6; Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 5; İpekyüz, **Hekimlik Sözleşmesi**, s. 22; Tuğçe Oral, “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Değerlendirilmesi Kapsamında Malpraktis ile Hastalıktan Kaynaklanan Komplikasyon”, **Erzurumluoğlu Armağanı**, 2012, s. 595-617, s. 598. Tıbbi müdahalenin tedavi amaçlı olması gerektiği, en azından hastalığı önleme amaçlı yapılmasının anlaşılması gerektiği yönünde Abdülkadir Arpacı, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, VI/2, 2009, s. 5-15, s. 6.

uygulamada tıbbi müdahaleler çoğunlukla hekim tarafından gerçekleştirilse de tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili tek kişi hekim değildir. Gerçekten Kanun'un ilgili maddelerinde açıkça diş hekimlerinin, ebelerin, sağlık memurlarının ve hastabakıcı hemşirelerin de hangi koşullarda müdahalede bulunma hususunda yetkili olduğu düzenlenmiştir<sup>126</sup>.

Doktrinde, müdahalenin tıbbi amaçlı olarak kabul edilebilmesi için ikinci koşul, müdahalenin doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelmesi olarak ifade edilmiştir. Geleneksel kalp damar, apandisit, safra kesesi ameliyatı gibi müdahalelerde tedavi amacı doğrudandır. Cinsiyet değişikliği, suni dölleme, araştırma faaliyetlerinde ise tedavi amacı doğrudan hedef alınmamaktadır. Bu müdahalelerin, dolaylı şekilde tedavi amacına hizmet ettiği belirtilmektedir<sup>127</sup>.

Biz, tıbbi müdahale nitelendirmesinde tedavinin doğrudan ya da dolaylı olarak amaçlanmış olması koşulunu isabetli bulmuyoruz. Burada özellikle sünnet, organ naklinde vericinin durumu ya da sadece güzelleştirme amaçlı yapılan (estetik/kozmetik) müdahaleler üzerinde durmak gerekir.

Organ naklinde müdahale, verici açısından tedaviye yönelmemiştir<sup>128</sup>. Sterilizasyon işleminde de amaç çoğunlukla aile planlaması kapsamında üreme faaliyetini bertaraf etmektir.

Sünnet, dini ve sosyal nedenlerle -tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen-gerçekleştirilen tıbbi müdahaledir<sup>129</sup>. Burada bu faaliyetin doğrudan ya da dolaylı tedavi amacı belirgin değildir. Gerçekten tıp bilimi açısından sünnetin tedavi niteliği

---

<sup>126</sup> Hekim olmayanların da (mülga maddede "sünnetçi" olarak tanımlanmışır) belirli koşullarda sünnete yönelik tıbbi faaliyette bulunmasına cevaz veren 1219 sayılı Kanun md. 58 hükmü, 6514 sayılı Kanunun 26. maddesi hükmü gereğince 18.1.2014 tarihinde yürürlükten kaldırılmışır. 1219 sayılı Kanun'un 3. maddesine getirilen ek cümle akabinde her hekim sünnet yapmaya yetkili kılınmış olup bu faaliyet için ihtisas diploması aranmayacaktır.

<sup>127</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 9.

<sup>128</sup> Cinsel yolla bulaşan hastalıkların (HIV, sifiliz, şankroid, genital herpes) önlenmesinde sünnetin faydalı olduğu yönünde Mustafa Kestel, Hüseyin Tarhan ve ark. "Erkek Sünneti (Male Circumcision)", **Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Tıp Dergisi**, S.5, 2018, s. 27-31, s. 28. Karş. Robert S. Van Howe, "Rotine Infant Circumcision: Vital Issues that the Circumcision Proponents may be Overlooking", **Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural and Religious Infringements**, Springer, s. 29-55, s. 33vd.

<sup>129</sup> Ürolojik anomali varlığı, travma ve benzeri tıbbi endikasyona bağlı sünnet durumları haricinde kalan durumlarda sünnetin tıbben zorunlu olduğunu gösterir gerekçe mevcut olmadığı yönünde Erdal Yerdelen, "Hukuki Açıldan Sünnet (Beschneidung)", **Tıp Hukuku Dergisi**, C.2, Sa.3, Legal, 2013, s. 43-75, s. 51.

olduğunu belirten görüşler mevcut olduğu gibi bu işlemi, çocuğun ileriki safhada cinsel ve sosyal yaşantısına olumsuz etkileri olan ve tedavi niteliğinden yoksun bir müdahale olarak belirten görüşler<sup>130</sup> de mevcuttur.

Estetik amaçlı müdahalelerde ise durum farklıdır. Çalışmamızda, onarım, yapım ve yeniden yapıma ilişkin (plastik ve rekonstrüktif bilimi alanına giren) müdahaleler estetik amaçlı müdahalelerin tanımı dışına çıkarılmıştır<sup>131</sup>. Aşağıda ayrıntılarına yer verildiği üzere, plastik ve rekonstrüktif bilimi alanına giren müdahaleler, hastanın doğuştan var olan anomalisi ya da daha sonradan meydana

---

<sup>130</sup> Howe, **Infant Circumcision**, s. 33-55. Sünnetin üreme organında enfeksiyon, kanama, ağrı, glans penis amputasyonu ve ölüm gibi erken dönem komplikasyonları olduğu gibi meatal stenoz, cilt köprüsü, inklüzyon kisti, meatal ülser gibi geç dönem komplikasyonları da mevcuttur. (Kestel/Tarhan, **Erkek Sünneti**, s.27, s.30). Erkek çocuklarında sünnetin hukuka uygun olup olmadığı Alman Hukukunda da tartışılmıştır. Tıbbi zorunluluk bulunmaksızın tıbbi kural ve standartlara uygun yapılırsa dahi erkek çocuklara yapılan sünnetin hukuka uygun olup olmadığı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Köln Eyalet Mahkemesi 7.5.2012 tarihli kararı ile tıbbi standartlara uygun yapılan sünnet eyleminin kasten yaralama suçunu oluşturacağını belirtmiştir. (Bu kararın çevirisi için bkz. Semih Yumak, “Köln Eyalet Mahkemesi’nin Sünnet ile İlgili Kararı”, **TBB Dergisi**, Sa.104, 2013, s. 433-440). Karara göre velayet hakkı sadece çocuğun yararına yönelik tedbirleri kapsamaktadır. Bu tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyeti bulunmayan çocuğun, mensup olduğu dini çevreden dışlanacağı iddiası çocuğun yararına hizmet edecek bir bakış açısı değildir. Bu durum ebeveynin eğitim hakkı kapsamında da değerlendirilemeyecektir. Sünnet ile çocuğun vücudunda geri dönüşü olmayan bir değişiklik yapılmaktadır. Bu kalıcı değişiklik çocuğun daha sonraki aşamada dinini seçme kararı verebilme menfaatine de aykırılık teşkil etmektedir. Ne var ki kendisi de inançlı bir Müslüman olan ve tıbbi standartlara uygun müdahalede bulunan hekim (sanık) kaçınılmaz hata ile hareket etmiştir. Hekim, ebeveynin çocuğu sünnet ettirmesine izin verildiğine inanarak eylemin hukuka uygun olduğunu düşünmüştür. Burada hukuki yardım dahi olsa bizatihi öğretide tartışmalı olan bu konuda doğru sonuca ulaşması mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda hekimin aslen kasten yaralama suçu oluşturan eylemine kaçınılmaz hata neticesinde neden olması nedeni ile cezalandırılmayacağına karar verilmiştir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ayşe Nuhoğlu, “Sünnet ve Ceza Hukuku (Circumcision and Criminal Law)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), C.19, Sa. 2, 2013, s.211-221, s. 213 vd.; Yumak, **Sünnet**, s. 438; Yerdelen, **Hukuki Açından Sünnet**, s. 70. Kamuoyunda oldukça tepki çeken ve dini gereklilik gereği sünneti uygulayan Yahudi ve Müslüman topluluklar tarafından protesto edilen karar akabinde erkek çocuğun sünnetine ilişkin düzenleme yasal zemine oturtulmuştur. Alman Medeni Kanunu’na eklenen ve *Erkek Çocuğun Sünneti* başlıklı § 1631 d (1) hükmü uyarınca velayet hakkı, tıbbi açıdan rıza gösterme ehliyeti olmayan erkek çocuklarına, tıbbi açıdan zorunlu olmayan; ancak tıbbi kurallara uygun şekilde yapılan sünnete rıza göstermeyi de kapsamaktadır. Çocuğun yararını tehdit eden durumlarda bu hüküm geçerli değildir. Bu düzenleme ile sünnete kanunen hukuka uygunluk kazandığı ve endikasyon olmasa dahi tıbbi standartlara uygun yapılan sünnet uygulamalarının hukuka uygun olacağı düzenlenmiştir. § 1631 d (2) maddesi uyarınca çocuğun doğumunu takip eden altı ay içerisinde hekim sıfatı bulunmayan ancak sünnet konusunda özel eğitim alan ve dini topluluk tarafından yetkili kabul edilen kişi tarafından da sünnet gerçekleştirilebilir. Bu madde ile hekim olmayan din adamı tarafından yapılan müdahaleler için özel hukuka uygunluk sebebi getirilmiştir. Gerçekten Yahudilikte erkek çocuğu, doğumunu takip eden sekizinci gün dini yetkinliğe sahip kişi (mohel) tarafından sünnet edilmektedir. (Bkz. Salih Çinpolat, “Yahudilik, Hristiyanlık ve İslam’da Sünnetin Yeri”, **Kırkkale İslami İlimler Fakültesi Dergisi**, S.3, Y2, 2017, s. 109-126, s.109). Bu kapsamda hekim olmamasına rağmen özel eğitim alması hasebi ile sünnet yapmaya ehil olan yetkili din adamı tarafından ilk altı ay içerisinde yapılan sünnetin hukuka uygun olduğu düzenlenmektedir. Her ne kadar Afrika, Orta Doğu ve Asya’da yer alan bazı topluluklar tarafından dini ritüel olarak kız çocuğu sünnetine izin verirse de bu uygulamanın hukuka aykırı olduğu hususunda görüş birliği bulunmaktadır. Bkz. Dennis J Baker, “Should Unnecessary Harmful Nontherapeutic Cosmetic Surgery Be Criminalized?”, **New Criminal Law Review**, Sa.17, 2014, s. 587-630, s. 607.

<sup>131</sup> Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, II/C/1/b/(1)/i.

gelen deformasyonlarına yöneliktir. Burada müdahale, hastanın ruh bütünlüğüne etkisi nedeni ile tedavi amaçlıdır. Sadece güzelleştirme amacına yönelen ve tarafımızca estetik (kozmetik) müdahaleler olarak belirtilen hallerde ise durum farklıdır. Şöyle ki; kimi zaman hasta, burnunun başkalarınıninkine nazaran büyük olduğunu düşünmüş ve zamanla bu durum kişinin ruhsal tamlığına etki etmiş olabilecektir. Burada ruh bütünlüğüne olası olumlu etkisi nedeni ile müdahalenin tedavi amacına yöneldiği düşünülmelidir. Kimi zamansa kişiye bedensel veya ruhsal zarar vermese dahi, güzelleşme, maddi kazancı artırma ve benzeri nedenler hastayı bu tip müdahalelere yöneltmektedir<sup>132</sup>. Örneğin hasta, sadece daha güzel ya da farklı bir görünüme kavuşmak amacı ile dudağına dolgu yaptırmak isteyebilir. Burada tıbbi zorunluluk (endikasyon hali) olmadığı muhakkaktır. Daha farklı somut bir örnek için şarkıcı, oyuncu gibi sesini profesyonel olarak kullananların daha etkin bir konuşma ya da şarkı söylemek amacı ile geçirdiği ses estetik operasyonları verilebilir. Gerçekten, ses telinin gerginliğini artırıp, kalınlığını azaltarak veya boyunu kısaltarak yüksek perdeli konuşma sesini yaratma amaçlı ses estetiği yaptırmaya son zamanlarda sıklıkla karşılaşılan müdahalelerdendir<sup>133</sup>. Burada tıbbi bir zorunluluk olmadığı gibi kişinin ruh sağlığına olumlu etkisi ileri sürülerek dolaylı bir tedaviden söz edilemeyecektir. Burada amaç bir hastalığın iyileştirilmesi ya da hastanın ruhsal bütünlüğe kavuşturulması değildir. Ne var ki burada da yetkili kişiler tarafından hastanın rızası kapsamında hasta üzerinde gerçekleştirilen bir müdahale söz konudur.

Tıbbi müdahaleyi tanımlarken tıp ve hukuk bilimini keskin şekilde ayırmak, günümüzde kendine oldukça yer edinmiş birçok müdahaleyi kapsam dışında bırakacaktır. Başka bir ifade ile tıp bilimince cevaz verilen müdahalelerin hukuki açıdan tıbbi müdahale kabul edilmemesi, bu müdahale tıbbi standartlara uygun gerçekleştirilmiş olsa dahi, hekimin hukuki, cezai ve idari sorumluluğunu doğuracaktır.

---

<sup>132</sup> Merter Özay, **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin, 2006, s. 26.

<sup>133</sup> <https://www.ameliyat.com/ses-estetigi-ameliyati-s45/#riskler-yan-etkiler-komplikasyonlar> (Çevrimiçi), 21 Ekim 2018.



Kanaatimizce, tıp biliminin ulaştığı düzey de göz önünde bulundurularak, bir müdahalenin tıbbi olarak nitelendirilmesinde tedavi amacını ön şart olarak değerlendirmemek uygun olacaktır<sup>134</sup>. Müdahaleye tıbbilik vasfını veren ölçüt, müdahalenin yetkili kişilerce ve tıp biliminin yöntemleri kullanılarak yürütülmesidir<sup>135</sup>. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması ise ayrı bir kavramdır<sup>136</sup>.

Daha evvel ifade ettiğimiz üzere, hastanın temel kişilik haklarından olan vücut bütünlüğüne yönelmesi nedeni ile hekim tarafından yapılan her müdahale hukuka aykırıdır. TMK md. 24/f.II uyarınca hastanın rızası ya da maddede öngörülen diğer hukuka uygunluk nedenleri ile haklı kılınmadıkça müdahalenin hukuka aykırılığı devam etmektedir. Rızanın mevcut olması da her zaman müdahalenin hukuka uygun olacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin hastanın, herhangi bir tıbbi gereklilik bulunmamasına rağmen, parmaklarının kesilmesini istemesi halinde bu yöndeki rızasına değer atfedilebilecek midir?<sup>137</sup> Bu soruya cevap verebilmek amacı ile rızanın geçerlik koşullarına ilaveten biyo-tıp etik kurallarından faydalanmak gerekmektedir. Belirtelim ki; estetik amaçlı müdahalelerin hukuka aykırılığı ile yakından ilgili olması nedeni ile bu konu ilgili bölümde ayrıca tartışılmaktadır<sup>138</sup>.

---

<sup>134</sup> Tedavi amacını koşul olarak aramayan görüşte Erman, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 76; Berna Özpınar, **Tıbbi Müdahalenin Kötü Uygulamasının Hukuki Sonuçları**, Ankara Barosu, Ankara, 2007, s. 17; Dirk Olzen/Eylem Kaya, “Der Behandlungsvertrag, §§ 630a–h BGB”, **Jura-Juristische Ausbildung**, Issue 35, Vol.7, 2013, s. 661–671, s. 662.

<sup>135</sup> Doktrinde tıbbi müdahalenin unsurları arasında, müdahalenin tıp bilimince genel kabul gören ilke ve kurallara uygun yapılması koşulu da sayılmaktadır. (Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 38; Marco Kempter, **Medizinische Sorgfaltsstandards: Einfluss medizinischer Verhaltensregeln auf den zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstab**, Logos Verlag Berlin, 2005, s. 5) Her tıbbi müdahalenin, somut koşullardaki tıbbi kurallara ve standartlara uygun yapılması gerekmektedir. Ne var ki bu ilke, kural ya da standartlardan sapılması hali tıbbi müdahalenin özensiz yürütüldüğünü işaret ederek hekimin sözleşmeyi ihlal ettiği anlamına gelecektir. Ancak tıp bilimince genel kabul gören ilkelere somut durumda uyulmamış olmasının, müdahalenin tıbbi olup olmadığı yönündeki sınıflandırmaya etki etmeyeceği kanaatindeyiz. Bu koşul, hekimin özen yükümlülüğünün mevcudiyetinin tespitine ilişkindir.

<sup>136</sup> Tıbbi müdahaleleri, hukuka uygun olan ve hukuka uygun olmayan tıbbi müdahale olarak sınıflandıran görüş için bkz. Hamide Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013, s. 29.

<sup>137</sup> *State v Bass*. Davaya konu olayda Bryson isimli kişi, sigortadan para alabilmek amacı ile hekimden (Bass) parmaklarını kesmesini istemiştir. Hekim bu talebi reddetmişse de parmaklarda hissizlik yaratacak procaine isimli maddeyi parmaklarına ücret karşılığında enjekte etmeyi kabul etmiştir. Aynı zamanda kanamayı önlemesi amacı ile sargı bezinin nasıl uygulanacağını anlatmıştır. Bunun üzerine üçüncü kişi (Tryson), elektrikli testere ile Bryson’ın parmaklarını kesmiştir. Davada hekim, kasten yaralamaya yardım etmesi nedeni ile suçlu bulunmuştur. Kararda zararın boyutu ile karşılaştırıldığında mağdurunun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olamayacağı belirtilmiştir. Baker, **Nontherapeutic Cosmetic Surgery**, s. 592.

<sup>138</sup> Bkz. Birinci Bölüm/ II/C/1/b(1)/ii.

Sonuç olarak belirtilmesi gereken husus, tıbbi müdahale kavramının, bünyesinde kendiliğinden hukuka uygunluk vasfını taşıyan bir müdahale olmadığıdır. Tıbbi müdahalelere hukuka uygunluk vasfı, müdahale dışındaki diğer olgularla kazandırılacaktır. Bu olguların başında hastanın rızası olmak üzere TMK md. 24 hükmünde gösterilen hukuka uygunluk nedenleri yer almaktadır. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bu belirtilenlerin yanı sıra kişilik haklarına ve biyo-tıp etik kurallarına aykırı olmamasına bağlıdır.

Şu halde tıbbi müdahale ile hukuka uygun tıbbi müdahale kavramları arasındaki farkı dikkate alarak tıbbi müdahaleyi; yetkili kişilerce tıp biliminin yöntemleri kullanılarak kişinin fiziki ve ruhi varlığına yönelik her türlü faaliyet olarak tanımlamak uygun olacaktır. Bu tanımın kapsamı içerisine, mevcut bedeni veya ruhi rahatsızlığın giderilmesinden, bu rahatsızlığın etkilerinin azaltılması ya da olası bir rahatsızlıktan korunması, estetik amaçlı talebin giderilmesi, doku ve organ nakli, cinsiyete ilişkin müdahaleler ya da nüfus planlamasını ilgilendiren ve hastaya yönelik yürütülen, girişimsel olan (invaziv) ya da girişimsel olmayan her türlü faaliyet dahil edilmektedir.

## **II. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

### **A. GENEL BİLGİLER**

Hekimlerin tıbbi müdahalelerini konu edinen düzenlemelerin başında 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği, Türk Tabipler Birliği Kanunu gibi düzenlemeler gelmektedir. Bunların dışında Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun<sup>139</sup>, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun<sup>140</sup>, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu<sup>141</sup>, Aile Hekimliği Kanunu<sup>142</sup> gibi düzenlemelerde de hekimlerin faaliyetlerine ilişkin dağınık düzenlemeler mevcuttur.

---

<sup>139</sup> 2238 sayılı Kanun, RG. 3.6.1979, 16655.

<sup>140</sup> 2827 sayılı Kanun, RG. 27.5.1983, 18059.

<sup>141</sup> 1593 sayılı Kanun, RG. 6.5.1930, 1489.

<sup>142</sup> 5258 sayılı Kanun, RG. 9.12.2004, 25665.

Hekimin hukuki sorumluluğunun tarihsel süreci incelendiğinde bu sorumluluğun her daim sözleşmesel ilişki temeline dayandırılmadığı görülmektedir<sup>143</sup>. Aksine bu kavramın tartışılmasını izleyen süreçte sorumluluk ilkin haksız fiile dayandırılmıştır<sup>144</sup>. Bununla birlikte hem pratik ihtiyaçlar hem de tıbbi müdahalelerin, hekim ile hasta arasındaki karşılıklı ve birbirine uygun iradeye dayandığı görüşünün ağırlık kazanması ile birlikte sorumluluk, özel hukuka tabi bir sözleşme zeminine oturtulmuştur<sup>145</sup>. Türk Hukukunda da hekimlik faaliyetlerini ve hasta haklarını ihtiva eden düzenlemeler çıkarılmışsa da hasta ve hekim arasındaki

---

<sup>143</sup> Roma Hukukunda ise hekimin haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra sözleşmesel sorumluluğunun da mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu sorumluluğun dayandığı hukuki ilişki, hekimin toplumsal ve hukuki statüsüne göre değişmektedir. (Erdal Özsunar, **Roma Hukukunda Hekim ve Hekimin Sorumluluğu**, Karahan Kitabevi, 2014, s.112). Roma Hukukunda hekimlik genellikle köleler, azatlılar, yabancılar ve çok nadir olmakla beraber doğuştan özgür kişiler tarafından yürütülmüştür. (Pervin Somer, “Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergisi Sempozyum Özel Sayısı**, C.14, Sa.4, 2008, 133-151, s. 136). Köle hekimlerin yürüttüğü hizmetlerde kölesi hekimlik yapan efendinin hasta ile yapacağı sözleşme, locatio conductio rei (kira sözleşmesi) ya da locatio conductio operis (eser sözleşmesinin ) olarak kabul edilmiştir. ( Özsunar, **Roma Hukukunda Hekim**, s. 112-113). Ancak asıl problem doğuştan özgür hekim ile hasta arasındaki sorumluluğun temelini tespit etmekte yatmaktadır. Burada hekimlik faaliyetinin hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyeceğinden vekalet sözleşmesi olarak düşünülmesi gerektiği görüşü baskındır. Her ne kadar vekalet sözleşmesinin yapısal unsuru ücretsiz olması olsa da hekime özgürce verilen şeref ücretinin sözleşmenin nitelendirmesini değiştirmeyeceği görüşü mevcuttur. Bir diğer görüş ise şeref ücretinin olağan hale gelmesi nedeni ile ivazsızlık unsurunun eksik olacağını ve hekim ile hasta arasında vekalet ilişkisinin aksine devamlılık arz eden bir ilişki olduğunu ileri sürmüştür. Görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Somer, **Roma Hukukunda Hekim**, s. 142 vd.

<sup>144</sup> Fransa’da doktrin ve içtihat uzun süre boyunca hekimin sorumluluğunu haksız fiile dayandırmıştır. Fransız Temyiz Mahkemesi, 18 Haziran 1835 tarihli kararında, hastasını tedavi etmek ile yükümlü olan hekimin tedaviyi terk ederek gösterdiği ihmal ile hastanın kolunu kaybetmesi olayında hekimi, Fransız Medeni Kanunu’nun haksız fiil hükümleri uyarınca sorumlu tutmuştur. Ancak 1936 yılında verdiği bir karar ile bu görüşünden dönmüş ve hekimin sorumluluğunu hasta ile hekim arasındaki sözleşmeye dayandırmıştır. (Süheyl Donay, “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, **İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi**, Sa.10, 1968, s.39-54, s. 41). Belgesay, Fransız Temyiz Mahkemesinin görüş değişikliği nedeninin hasta lehine zamanaşımı sürelerini uzatmak olduğunu belirtmiştir. Türk Hukukunda ise kısa zamanaşımının, mağdurun zararı öğrendiği tarihten başlaması nedeni ile sorumluluğu sözleşmeye dayandırma zarureti olmadığını belirtmiştir. Yazar, hekimin şahsa makbul olan muvafakati ile müdahale ettiği hallerde sorumluluğun sözleşmeye dayanacağını ifade etmiştir. Zira bu ihtimalde müdahale haklı olacak ve haksız fiil sorumluluğuna gidilemeyecektir. (Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, İstanbul, Sıralar Matbaası, 1954, s. 75-76). İsviçre Hukukunda haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluğun yarışabileceği kabul edilmiştir. Türk Hukuku’nda bu alanda verilen eski kararlar incelendiğinde de hekimin haksız fiil sorumluluğunun esas alındığı anlaşılmaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 22.02.1944 tarih ve 675/580 numaralı kararında, hekimin ihmali, tesciyübü ve tedbirsizliği sabit olmadığından dolayı davanın reddine karar verilmiştir. Kararın lafzından hastanın görmüş olduğu zararın BK 41 (TBK md. 49) kapsamına girdiği anlaşılmaktadır. (Atabek/Sezen, “Hekimin Mes’uliyeti”, **İstanbul Barosu Dergisi**, S.2, 1954, s.135-166, s. 140; Donay, **Doktorun Hukuki Sorumluluğu**, s. 41). Yargıtay’ın istikrar kazanan güncel kararları incelendiğinde hasta hekim ilişkisinin sözleşmesel ilişki olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bu yönde Yarg. 13. HD. T. 25.9.2014 E. 2014/10961 K. 2014/29245; Yarg. 13 HD. T. 9.4.2014 E. 2013/30822 K. 2014/10772; Yarg. 13. HD. T. 11.9.2013 E. 2012/26593 K. 2013/21129, (Çevrimiçi), Lexpera, 19 Mayıs 2018.

<sup>145</sup> Hekim ile hasta ilişkisindeki güven ilişkisi ve müdahalelerin, hastanın vücut bütünlüğüne yönelmesi neticesinde taraflar arasındaki ilişki sözleşme sınırlarını aşmakta ve genel hukuk düzenin yüklediği ödevleri barındırmaktadır. Selim Kaneti, ““Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü””, **Makaleler**, İstanbul, On iki Levha, 2011, s. 629-643, s. 630.

hukuki ilişkinin tanımı, unsurları ve hükümlerini içerir özel bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Bu nedenle özel hukuka tabi<sup>146</sup> olan bu sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti ve kapsamının belirlenmesi gerekecektir. Bu amaçla sağlık hukuku mevzuatından faydalanılmalıdır.

Türk Hukukunda sağlık mevzuatı incelendiğinde hasta hekim ilişkisinde paternalist<sup>147</sup> anlayışın etkisinin azalmış olduğu ve yerini hem hastanın hem hekimin serbest iradesi ile şekillendirdiği rızai bir ilişkiye bıraktığı görülmektedir. Bu rızai ilişkide hasta hem özel hem kamu kurum ve kuruluşlarında sağlık hizmeti verecek hekimi seçmekte ve değiştirmekte serbesttir<sup>148</sup>. Buna paralel olarak hekim, TDY md. 18/f.I. uyarınca acil yardım, resmi veya insani görev halleri haricinde mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilecektir. Yine hekim, mesleki veya şahsi sebeplerle tedaviyi bitirmeden hastayı bırakabilecektir. Ancak bu halde hastanın başka bir hekimden sağlık hizmeti almasına imkan verecek zamanı hesaplayarak hastayı uygun zaman önceden haberdar etmesi gerekmektedir<sup>149</sup>.

Hasta, sağlık hizmeti verecek hekimden tıbbi gereklere uygun faaliyette bulunmasını talep etmektedir. Buna karşılık hekim, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun sağlık hizmeti sunmakla yükümlüdür<sup>150</sup>. Gerçekten hekimin asli görevi hastanın sağlığına, hayatına ve kişiliğine gereken ihtimam ve hürmeti göstermektir<sup>151</sup>. Bu kapsamda hekim, tıp bilimi ve uygulamasının gerektirdiği esaslar çerçevesinde tıbbi müdahalede bulunmakla yükümlüdür<sup>152</sup>. Burada hekimin asli edimi bir yapma borcunun konusu olup hekim, hastası menfaatine ve iradesine uygun olarak iş görme borcu altındadır<sup>153</sup>. Bu iş görme borcu hukuki bir işlemin yapılmasına yönelik değildir. Aksine tıbbi standartlar

---

<sup>146</sup> Volker Lipp, **Arztrecht**, (Laufs, Adolf/ Katzenmeier, Christian/ Lipp, Volker), 7. Auflage, München, 2015, s.61.

<sup>147</sup> Toplumda paternalist (babacı, koruyucu, gözetleyici) hekim anlayışının yerini işçi-hekim anlayışına bıraktığı yönünde Mehmet Selçuk, “Çekinik (Defansif) Tıp”, **İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2015, s. 82.

<sup>148</sup> HHY md.9/f.II, TDY. md. 5.

<sup>149</sup> TDY md. 19/f.I.

<sup>150</sup> HHY md. 11, TDY. md. 13/f.I/c.1.

<sup>151</sup> TDY md. 2/f.I, f.II.

<sup>152</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s.50.

<sup>153</sup> Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 360.

çerçevesinde hastanın vücudu üzerinde tıbbi müdahale gerçekleştirmek sureti ile yapılan maddi fiiller bütünüdür<sup>154</sup>.

Hekim, hastanın mevcut rahatsızlığına teşhis koyabilmesi ya da hastanın menfaatine uygun düşen tedavi yönteminin belirlenmesi amacı ile durumun gerektirdiği tıbbi özeni göstermekle yükümlüdür. Ne var ki hekim, hastaya yönelik tıbbi faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı sorumlu tutulamayacaktır<sup>155</sup>. Zira somut durumda gerekli olan ilmi icapların tümü yerine getirilse dahi tıp biliminin ve hasta vücudunun doğası gereği istenen olumlu sonuca kavuşulamayabilir. Diğer bir ifade ile hekimin, arzulanan başarılı sonuca ulaşamamasına neden olan; ancak kendisinden kaynaklanmayan birçok etken söz konusu olabilmektedir<sup>156</sup>. Bu kapsamda hastanın sağlığını korumak imkan dahilinde olmadığı takdirde hekim, hastanın acısını azaltma ya da dindirme amacı ile müdahalede bulunmalıdır<sup>157</sup>. Bu düzenlemeler hekimin sonucu elde etme rizikosunu üzerinde taşımaksızın hasta menfaatine uygun iş görmekle yükümlü olduğunu göstermektedir.

Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin özel bir güven ilişkisine dayandığını belirtmek gerekmektedir. İlişkinin başlangıcında hekimin yürüteceği tıbbi faaliyet ve süreç tam olarak belirli değildir<sup>158</sup>. Hasta da bu tıbbi faaliyeti denetleyecek durumda değildir<sup>159</sup>. Bu nedendir ki güven ilişkisi özel bir öneme sahiptir. Özellikle hastanın; ruh veya beden bütünlüğüne yönelecek müdahalenin, güven duyduğu hekim tarafından yürütüleceğine inanmakta anlaşılır ve haklı bir çıkarı bulunmaktadır. Bu güven duygusu, sözleşme taraflarının birbirini serbestçe seçme ve

---

<sup>154</sup> Mainardi-Speziali, **Ärztliche Aufklärungspflichten**, s. 58.

<sup>155</sup>TDY md. 13/f.I/c.2. Tıp bilimindeki hızlı gelişmeler akabinde hekimin veya sağlık kurumlarının özen yükümlülüğünün giderek sonuç borcu niteliği kazandığı yönündeki farklı değerlendirme için bkz. Tamer İnal, “Tıbbi ve Cerrahi Uygulamada Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluk”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.9, Sa.100, 2014, s.761-784, s. 769.

<sup>156</sup> Georg Gautschi, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der Einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern, 1971, Art 398, Nr. 21c.

<sup>157</sup> HHY md. 14, TDY md. 14/ f.I/c.2.

<sup>158</sup> Josef Hofstetter, **Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse**, 7. Band, 6. Teilband, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Helbing&Lichtenhahn, 2000, s.33.

<sup>159</sup> Zevkiler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s.599.

sözleşmeden cayma özgürlüğünü gerektirecektir<sup>160</sup>. Aynı zamanda hekimin tıbbi faaliyetleri bir makam ve merciinin emriyle bağlı olmaksızın mesleki kurallara ve vicdani kanaatine göre yürütmesi şeklinde tezahür eden bağımsızlığının temelidir<sup>161</sup>. Ancak bu bağımsızlık, hasta ile arasındaki ilişki gereği üstlendiği işin kapsamı gereği ve hastanın talimatları doğrultusunda sınırlanabilecektir<sup>162</sup>.

Hekimin tıbbi faaliyet yürütme borcuna karşılık hastanın ücret ödeme borcuna ilişkin kanuni düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir.

Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği'nde ücrete ilişkin dağılık olarak düzenlemelere yer verildiği görülmektedir<sup>163</sup>. Ne var ki bu dağılık düzenlemelerden hekimlik sözleşmesinde ücret unsurunun, taraflar arasındaki sözleşmenin esaslı unsuru olduğu sonucunun çıkarılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Yönetmeliğin asgari ücret tatbiki ya da maktu ücret istenebileceğine yönelik düzenlemesine rağmen Yönetmeliğin dayandığı 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nda ücretin zorunlu olduğuna ilişkin emredici bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun değişiklikten önceki 28. madde hükmünün kendisine vermiş olduğu yetki ile Türk Tabipleri Birliği asgari ücret tarifesi düzenlemekteydi. Bu tarifeler ile hekimlerin muayenehanelerinde ya da özel hastanelerinde yürüttüğü tıbbi müdahale karşılığı alınması gereken ücretin asgari sınırı belirlenmiştir<sup>164</sup>. 2016 yılında Türk Tabipleri Birliği Kanunu md.28 hükmünde yapılan değişiklikle<sup>165</sup>

---

<sup>160</sup> Güven ilişkisinin bir sonucu olarak, taraflar arasındaki güvenin kaybolması halinde tarafların haklı bir nedenin varlığını ispatlamasına gerek duymaksızın sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye hakkı mevcuttur. Bkz. TBK md. 512.

<sup>161</sup> Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 17.

<sup>162</sup> Akipek, **Alt Vekalet**, s. 35.

<sup>163</sup> Yönetmeliğin 33. madde hükmü uyarınca her çeşit cerrahi müdahale için hastadan maktu bir ücret istenebilir. 30. maddesi uyarınca konsültasyon yapılması halinde her hekim (asli hekim ve konsültan hekim) ücretini ayrı ayrı alacaktır. Ancak konsültasyon için çağrılan hekim, -hasta tarafından çağrılmamışsa- ücrete hak kazanamaz. (Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği md. 18). Yine Yönetmeliğin 31. maddesi uyarınca hekim, asgari ücret tarifesi tatbik olunan yerlerde rekabet veya propaganda maksadı ile bu tarifede belirtilen ücretin aşağısında ücret kabul edemeyecektir.

<sup>164</sup> TTBK mülga md.28/II düzenlemesi şöyledir: *İdare heyetinin diğer vazifeleri şunlardır: (...) Tabip odalarının veya birlik teşekküllerinden herhangi birisinin göstereceği lüzum üzerine bazı muntakalarda odalarla tabip tedavisi ücretlerinin en az miktarlarını gösteren tarifeler düzenlemek (Bu tarifeler Merkez Konseyince tasdik edildikten sonra bilgi edinilmek üzere Sağlık ve Sosyal Yardım Vekaletine gönderilir).*

<sup>165</sup> 5477 sayılı Kanun, RG 30.3.2016, 26124.

5477 sayılı Kanun md. 4 hükmü ile getirilen değişiklik akabinde TTB md. 28/II şöyledir: *"Tabip odalarının veya birlik teşekküllerinden herhangi birisinin göstereceği lüzum üzerine, muayene, ameliyat ve girişimsel işlem ücretlerinin miktarlarını gösteren rehber tarifeler düzenlemek. Bu tarifeler Merkez Konseyince tasdik edildikten sonra Sağlık Bakanlığına bildirilir."*

madde metninde yer alan *en az miktar* ifadesi yerini *rehber ücret* niteliğine bırakmıştır<sup>166</sup>. Yeni düzenleme ile Türk Tabipleri Birliği tarafından düzenlenen tarifelerin hekim tarafından yürütülen faaliyete yönelik asgari sınırı değil referans ücreti belirlediği açıklık kazanmıştır. Bu kapsamda Yönetmeliğin, teamül<sup>167</sup> gereği mevcut olan ücret ödeme borcunun tatbikine ilişkin yol gösterici maddeleri ihtiva ettiği değerlendirilmelidir.

Şu halde taraflar, işin başında, hekimlik faaliyeti karşılığında ödenecek ücreti kararlaştırabilir. Ancak taraflar ücret hususunda anlaşmaya varmamış olsa dahi, teamül gereği hekimlik mesleğinde iş görme ücret karşılığında yapıldığından hekim ücret almaya hak kazanacaktır<sup>168</sup>. Bu niteliği gereği doktrinde hekimlik sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu belirtilmektedir<sup>169</sup>. Ancak ücretin, hekimlik sözleşmesinde esaslı unsur olmaması nedeni ile, taraflarca ücretin kararlaştırılmış olması halinde sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyeceği, aksi halde eksik iki taraflı sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> “(...)6023 sayılı Kanunun 28/II. maddesinde belirtildiği şekilde, talep üzerine bazı mntıklar ve odalar için tarife düzenlenebilmesi, bu tarifeleri emredici ve uyulması zorunlu hale getiremeyeceğinde duraksama olmaması gerekir. Kanunda, bu tarifelerin dışına çıkılamayacağı yönünde bir düzenleme de bulunmamaktadır. Hukukumuzda, işyeri hekimi ile işverenin ücreti serbestçe kararlaştırabilecekleri, işyeri hekiminin tarifinin altında ücretle çalışmayı kabul etmesinin ancak işyeri hekiminin tıbbi deontoloji kurallarına uymaması sonucu, hakkında meslek içi disiplin kurallarının uygulanmasının gerekçesi olabilecektir.(...)”YHGK T. 5.10.2005 E. 2005/9-554 K. 2005/566 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 18 Nisan 2017.

<sup>167</sup> Hekimlerin ücret karşılığı faaliyette bulunmasının teamül gereği olduğu yönünde Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 366; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, (Kocayusufoğlu, Necip /Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir), Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 401.

<sup>168</sup> Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Besonderer Teil, (Art. 184-551), Zürich, 1972, s. 136; Zevkiler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 606. Ücret kararlaştırılmış; fakat miktar tespit edilmemişse uyuşmazlık halinde hakim yapılan işin önemini, gereken uzmanlık derecesini, harcanan emek ve zamanı göz önünde bulundurarak uygun bir ücrete hükmedecektir. Teamülün tespiti amacı ile meslek birlikleri ücret tarifeleri göz önünde bulundurulabilecektir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 368; Rolf, H, Weber, **Basler Kommentar Obligationenrecht I Art 1-529 OR**, 6. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, OR Art 394, p.38. Ücretin ödenmesi teamüle dayanıyor olsa dahi aksi yönde anlaşmaya varıldığı da taraflarca ispat edilebilir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 366. dn. 47(a).

<sup>169</sup> Özyay, **Estetik**, s. 29; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, s. 84. Vekalet sözleşmesinin, ücret kararlaştırıldığı vakit tam iki taraflı sözleşme olduğu yönünde Selim Kaneti, **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962, s. 63, s. 66; **Küçüğün Rızası**, s. 67; Suat Sarı, **Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004, s.22, dn. 54; Tuğçe Tekben, “Hekim ile Hasta İlişkisinin Vekalet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan Özel Sayısı**, VIII/2-IX/1, 2011-2012, s. 859-905, s. 867, s. 875.

<sup>170</sup> Taraflarca ücretin kararlaştırılmış olmaması halinde hekimlik sözleşmesinin eksik iki taraflı sözleşme olarak kabulünün temelinde hekimin her zaman iş görme ile yükümlü olmasına karşılık hastanın, ancak hekim tarafından masraf yapılmışsa bu masrafı ödeme borcu altına girecek olması düşüncesi yer almaktadır.

## **B. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE GÖRÜŞLER**

Kanunda özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme olmadığından hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği ve bu ilişkiye hangi hükümlerin uygulanacağını tespiti hususunda görüş farklılıkları bulunmaktadır.

Aşağıda belirteceğimiz üzere hukukumuzda öğretinin büyük çoğunluğu, hekimlik sözleşmesinde hekimin asli edimini bir iş görme edimi olarak tanımlamaktadır. Bu nedenle hekimlik sözleşmesine Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen iş görme sözleşmelerinden uygun düşen sözleşme tipinin uygulanması gerektiği kanaatindedir. Bu kapsamda çoğunluk görüşü hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi görünümünde olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşte olan yazarlardan bir kısmı, hekimlik sözleşmesine vekalet sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Taraflar arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi hükümlerine tabi olduğunu belirten diğer grup yazarsa nitelendirmeyi Türk Borçlar Kanunu'nun 502/f. II hükmü uyarınca yapmaktadır. Bunun dışında, bazı özel unsurları ihtiva eden hekimlik sözleşmelerine hizmet veya eser sözleşmesinin uygulanması gerektiği düşüncesi mevcut olduğu gibi tüm bu görüşlerin aksine hekimlik sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olduğu görüşü de mevcuttur. Bu bahiste, öncelikle doktrin ve içtihatlarda yer bulan görüşler aktarılacaktır. Hekimlik sözleşmesi, akabinde, farklı hukuki tasnifler ile ele alınacak ve bu tüm bu hususları haiz görüşümüze yer verilecektir.

### **1. Hekimlik Sözleşmesinin Kanunda Düzenlenmiş Sözleşme Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşü**

#### **a. Hizmet Sözleşmesi**

Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesi uyarınca, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirsiz süreyle iş görmeyi ve işverenin de işçiye, zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmeler hizmet sözleşmesi olarak adlandırılmıştır. Hizmet sözleşmelerinin yapısal özellik arz eden unsurları; işçinin



bağlılık ilişkisi içerisinde bulunması, iş gücünün bir zaman kaydı olmaksızın işverene tahsisi ve ücrettir<sup>171</sup>. İşçi, sözleşme ile üstlendiği iş görmeyi belirli bir ücret karşılığında yerine getirir. Ücret unsuru, bu sözleşmenin esaslı unsurudur.

Hekim de hastaya karşı üstlenmiş olduğu tıbbi müdahaleleri ücret mukabilinde yerine getirmektedir. Bu kapsamda hekimlik sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi ücret unsuru açısından benzetilmektedir. Ne var ki, hekim, hastası emrine zaman kaydı olmaksızın iş gücü tahsis etmemekte ve hastaya karşı bağlılık ilişkisi içerisinde bulunmamaktadır<sup>172</sup>. Bu kapsamda Türk Hukukunda hekimlik sözleşmelerinin, hizmet sözleşmelerinin taşıdığı yapısal esaslı unsurları içermediği değerlendirilmelidir.

Hekimlik sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi Alman Hukuku'nda yer almış bir çözümdür<sup>173</sup>.

2013 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Kanunu ile Alman Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikten evvel hekimlik sözleşmeleri Alman Hukukunda herhangi bir kanunda tanımlanmış değildi<sup>174</sup>. Bu dönemde doktrin, hekimlik sözleşmelerini BGB § 611 ve devam eden hükümlerinde düzenlenen hizmet

---

<sup>171</sup> Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 426vd.; Eren, **Özel Hükümler**, s. 542vd.

<sup>172</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 52; Atabek/Sezen, **Hekimin Mes'uliyeti**, s. 142.

<sup>173</sup> Erwin Deutsch, "Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu", Çev. İrfan Yazman, **AÜHFD**, C. XXXVI, Sa.1, s.171-186, s. 173; Jan Busche, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, §§ 631 - 651 BGB, 7. Auflage, 2018, BGB § 631, Nr. 124; Karl Otto Bergmann / Max Middendorf, **Nomos Kommentar Gesamtes Medizinrecht**, §§630a-630b BGB, 3. Auflage, 2018, BGB § 630a, s. 463; Bernd-Rüdiger Kem, **Handbuch des Arztrechts**, (Laufs, Adolf, /Kem, Bernd-Rüdiger), 4. Auflage, München 2010, § 38, Nr. 9.

<sup>174</sup> Tam adı Hasta Haklarının İyileştirilmesi için Kanun (*Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*) olan ve Hasta Hakları Kanunu (*Patientenrechtgesetz*) olarak anılan Kanun, 26 Şubat 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Olzen/ Kaya, **Der Behandlungsvertrag**, §§ 630a-h BGB, s. 661, dn. 1; Elif Irmak Kılıç, "Alman Hasta Hakları Kanununun Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Açılan Davalarda İspat ile İlgili Hükümlerinin İncelenmesi", **Tıp Hukuku Dergisi**, Sa.7, 2015, s. 65-101, s. 70. Bu Kanun ile başta Alman Medeni Kanunu olmak üzere Sosyal Güvenlik Kanunu 5. Kitabı, Hasta Katılım Tüzüğü ve Hastanelerin Finansmanı Hakkında Kanun'da değişiklik yapılması öngörülmüştür. Bu kapsamda öğretilde benimsenen; ancak pozitif bir düzenlemeye sahip olmayan birçok kavram kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Kılıç, **İspat**, s. 71. Yasalaşma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dominik Franzki, **Der Behandlungsvertrag: Ein neuer Vertragstypus im Bürgerlichen Gesetzbuch**, Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Band 19, Universitätsverlag Göttingen, 2014 s. 29-47; Andreas Spickhoff, "Der Behandlungsvertrag und die Arzthaftung", **MedR Schriftenreihe Medizinrecht: Aktuelle Fragen des Medizinrechts**, 2018, s. 47-67, s. 51 vd.; Gerhard Wagner, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §630a BGB**, 7. Auflage, 2016, §630a, Nr.1-2, s.33-34.

sözleşmesinin nitelikli bir görünümü olarak kabul etmiştir<sup>175</sup>. Bu nitelendirmenin tarihi bir gerekçesi olduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır: Alman Hukukunda vekalet sözleşmelerinin sadece ivazsız olabileceği düzenlenmiştir<sup>176</sup>. Zira Alman Hukukunun temellerini aldığı Roma Hukukunda vekilin, müvekkili hesabına yaptığı iş görme onurlu bir hizmet sayılmakta, vekilin bu iş görme için dava edilebilir bir alacağı doğmamaktadır<sup>177</sup>. Ancak müvekkil, vekile kendiliğinden bir onur parası verdiği vakit ödediği bu parayı geri alamamaktadır. İlke olarak bu ücret, hukuken vekalet ilişkisinden bağımsız bir bağışlama olarak kabul edilmektedir<sup>178</sup>. Vekaletin ivazsızlığına ilişkin bu ilke Alman Hukukuna yansırken İsviçre ve Türk Hukuku'nda farklı bir düzenleme mevcuttur. Ücret, bu iki hukuk sisteminde yapısal bir unsur olarak görülmemiştir; ancak sözleşme veya teamül varsa vekilin ücrete hak kazanacağı TBK md. 502/f. III hükmünde ve mehaz OR 394 maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin tersine Alman Hukukunda BGB§662 hükmü ile vekalet sözleşmesinin ivazsız olduğu açık şekilde ifade edilmiştir. Hekimin, belirli bir ücret karşılığı iş görmesinin teamül olması, bununla birlikte Alman Hukukunda vekalet sözleşmelerinin ivazsızlığının genel kural olması karşısında hekimlik faaliyetleri, Alman Hukuku'nda hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmiştir.

---

<sup>175</sup> Erhan Temel, “Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişki”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 223-241, s. 231. ve dn. 34 ve 35'te belirtilen eserler.

<sup>176</sup> Şahin Akıncı, **Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Konya, 2004, s. 4.

<sup>177</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 365. Roma Hukukunda vekalet sözleşmesinin ücretsiz olmasının temel nedenlerinden biri akdin kökeninin dostluğa, güvene ve ahlaka dayanmasıdır. (Belgin Erdoğmuş, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, 2019, s.109. Ayrıntılı bilgi için bkz. S. Bengi Sayın Korkmaz, **Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum)**, Yetkin, 2014, s.62vd.). Romalılar, fikri yürütülen hizmetleri yüksek hizmet olarak değerlendirmeleri nedeni ile bu faaliyetlerin hizmet sözleşmesine konu olmasını kabul etmemiştir. Örneğin bir profesörün ya da hekimin yürüttüğü faaliyetler hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturmamaktadır. Bu tür hukuki ilişkiler vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmekte ve faaliyetin karşılığı olarak ücret alınmamaktadır. Buna rağmen bir ücret ödenmişse bu ücret kendiliğinden ödenmiş olması nedeni ile sıradan bir ücret değil şeref ücreti (honorarium) olarak kabul edilmiştir. (Haluk Emiroğlu, “Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, **AÜHFİD**, C.52, Sa.1, 2003, s.101-111, s.105). Şeref ücreti, hekim, avukat gibi yüksek hizmet yürüten; ancak hukuken ücret talep edemeyen kişilere hediye amacı ile verilen ücret olup vekalet sözleşmesinin niteliğini değiştirmemektedir. (Sayın Korkmaz, **Roma Hukukunda Vekalet**, s. 54., Erdoğmuş, **Roma Borçlar Hukuku**, s.109). Çok erken dönemlerden itibaren hekimlere honorarium verilmesi ya da şeref ücretinin hekim tarafından talep edilmesi hali ile karşılaşılmıştır. Ancak şeref ücreti olması nedeni ile bunun sistem dışı yargı usullerine göre talep edilmesi gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Somer, **Roma Hukukunda Hekim**, s. 135vd.; Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s. 140-142.

<sup>178</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 38.

26.02.2013 tarihinde yürürlüğe giren Hasta Hakları Kanunu ile hekimlik sözleşmesi Almanya’da yasal bir zemine oturtulmuştur. Hasta Hakları Kanunu; hasta ve hekim arasındaki hekimlik sözleşmesine<sup>179</sup> uygulanacak hükümleri kapsayan sekiz fıkradan oluşmaktadır. Bu Kanun, Alman Medeni Kanunu’nun § 611-630 maddeleri arasında düzenlenen hizmet sözleşmelerini takiben *Tedavi Sözleşmesi* alt başlığı ile BGB § 630a- 630 h fıkraları arasına ilave edilmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında, anılan düzenlemenin esasen daha önce yargı içtihatları ile benimsenmiş ilkelerin bir yansıması olduğu görülmektedir<sup>180</sup>. BGB § 630 b fıkrası ile bu tip sözleşmelere hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir<sup>181</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin de hekim ile hasta arasındaki ilişkiye hizmet sözleşmesi hükümlerini uyguladığı eski içtihatları mevcuttur<sup>182</sup>. Federal Mahkeme, hekimlik sözleşmesine vekalet sözleşmesi hükümlerinin tatbik edilmesi yönünde görüş değiştirmişse de bazı istisnai hallerde hizmet sözleşmesinin söz konusu olabileceğine işaret etmiştir. Bu kapsamda Mahkeme’ye göre önemli olan husus, hasta ile hekim arasında, hizmet sözleşmesinin zamana ilişkin ayırıcı unsurunun gerçekleşmiş olmasıdır. Doktrinde aile hekimliği sözleşmesine (Hausarztvertrag) hizmet sözleşmesi hükümlerinin tatbik edileceğine yönelik görüş mevcuttur<sup>183</sup>.

Türk Hukuk doktrininde *Bilge*, istisnai hallerde hekimlik sözleşmesine hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği kanaatindedir<sup>184</sup>. Buradaki istisnai nitelik

---

<sup>179</sup> Kanun’da *Behandlungsvertrag* (tedavi sözleşmesi) terimi yer almaktadır.

<sup>180</sup> Erhan Temel, “Türk ve Alman Hukukunda Estetik Operasyonların Hukuki Niteliği”, **Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu: 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku**, C.1, Ankara, 2017, s. 281-314, s. 290.

<sup>181</sup> Hasta Hakları Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, daha önceden hizmet sözleşmesi başlığı taşıyan sekizinci kısmın başlığı ise “*Hizmet Sözleşmesi ve Benzeri Sözleşmeler*” başlığını almıştır. Tedavi Sözleşmesinin, hizmet sözleşmesini takiben BGB § 630 a-h fıkralarına ilave edilmesi, bu sözleşmenin hizmet sözleşmesinin özel bir görünümü ya da hizmet sözleşmesine benzeyen bir sözleşme olduğunu işaret etmektedir. Kanun koyucu, tedavi sözleşmesini § 630 a-h fıkraları arasında düzenleyerek BGB’nin eser sözleşmesini düzenleyen dokuzuncu kısmından farkını açıkça ortaya koymuştur. (Temel, **90.Yıl Armağanı**, s. 291). Bu durum aynı zamanda Alman Hukukunda ağır basan tarihi yaklaşımı göstermektedir. “*Hizmet Sözleşmesi ve Benzeri Sözleşmeler*” başlığı altına eklemek sureti ile hekimlik sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi karakterli kendine özgü sözleşme olduğu görüşü ile hizmet sözleşmesi olduğu görüşleri dengelenmiştir. Franzki, **Der Behandlungsvertrag**, s.58.

<sup>182</sup> Atabek/Sezen, **Hekimin Mes’uliyeti**, s. 140.

<sup>183</sup> Donay, **Doktorun Hukuki Sorumluluğu**, s.43-44; Walter Loeffler, **Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung**, Zürich, 1945, s. 7 (naklen; Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 53 dn. 28).

<sup>184</sup> Yazar, hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi hizmet akdine dahil etmemenin temel nedeninin, ücret karşılığı iş yapmanın serbest meslek erbabı hekimi küçülteceği düşüncesinden ileri geldiğini ifade etmektedir. Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1962, s.205.

–İsviçre Federal Mahkemesi’nin bazı kararlarında yer aldığı gibi- hekimin belirli veya belirsiz bir süre bağlanma niyeti ile ücret mukabilinde bir müessesede hizmet vermesidir. Bu görüşe karşılık hizmet akdinin, hekim ile bu müessese arasında kurulabileceği ne var ki hasta ile arasındaki hukuki ilişkiye hizmet akdinin uygulanamayacağı ileri sürülmüştür<sup>185</sup>. Bu görüşe gerekçe olarak hekimin hizmet sözleşmesindeki gibi hastanın emir ve kumandası altında olmayıp aksine hasta karşısında amir durumda olduğu ileri sürülmüştür<sup>186</sup>. *Donay* da bir ücret karşılığı belirli veya belirsiz bir zaman için hastasına hizmet gören hekim ile hastası arasında hizmet sözleşmesi bulunduğunu ifade etmektedir. Bu bakımdan aile hekimliği (eserde “*aile doktorunun*” ifadesi yer alması önemlidir) sözleşmesinde ve bir ücret karşılığı hastasını muayene etmeyi üzerine alan hekimin yaptığı sözleşmeyi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir<sup>187</sup>.

### b. Eser Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanunu’nun 470. madde hükmü uyarınca eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bu eser karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir<sup>188</sup>. Bu sözleşmede, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak iş görme sonucunda ortaya çıkacak sonuç taahhüt edilmektedir<sup>189</sup>. Diğer bir ifade ile bu sözleşmede mühim olan husus çalışmanın kendisinden ziyade neticesidir<sup>190</sup>.

Doktrinde de haklı olarak hekimin tıbbi müdahale neticesini taahhüt edemeyeceği, zira hastalığın ve tıbbi müdahaleden doğan risklerin hekim açısından

---

<sup>185</sup> Atabek/Sezen, **Hekimin Mes’uliyeti**, s. 142.

<sup>186</sup> Atabek/Sezen, **Hekimin Mes’uliyeti**, s. 142.

<sup>187</sup> Donay, **Doktorun Hukuki Sorumluluğu**, s.45. Benzer görüşte Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, s. 79. “ (...) *Doktor hastayı tam tedaviyi üzerine almış (istisna akdi), veya muayyen bir zaman aylıkla, haftalıkla çalışmasını (hizmet akdi) deruhte etmiş ise, hasta iyi oluncaya kadar veya kendine izin verinceye veyahut ücretini vermede temerrüt edinceye kadar vazife ifasına mecburdur. Hizmet akdinde doktor; BK. md 340, muayyen zaman evvel haber vermek şartıyla vazifeden af isteyebilir.* (...)” Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm/II/C/1/b(2).

<sup>188</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.596; Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 477.

<sup>189</sup> Weber, **OR Art 394**, p.29; K. Emre Gökyayla, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özlen Borcu”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, 2002, s. 785-806, s. 788; Oktay, **Gezi Sözleşmesi**, Beta, 1997, s. 42.

<sup>190</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.596; Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 484.

tam olarak kontrol edilemeyeceği belirtilmektedir<sup>191</sup>. Bu kapsamda hekimlik sözleşmelerine genel itibari ile eser sözleşmesi hükümlerinin tatbik edilemeyeceği hususunda doktrinde mutabakat bulunmaktadır<sup>192</sup>. Ancak estetik operasyonları konu edinen hekimlik sözleşmelerinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirten görüş mevcuttur<sup>193</sup>. Yargıtay'ın görüşü de bu tür tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmeleri ile hekimin tıbbi müdahalenin sonucunu taahhüt ettiği durumlarda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı yönündedir<sup>194</sup>. Burada bu gibi istisnai durumların çoğunluk görüş ve Yargıtay tarafından eser sözleşmesi olarak kabul edildiğine değinerek konuya ilişkin detaylı açıklamalara aşağıda yer vermiş bulunmaktayız<sup>195</sup>.

### c. Vekalet Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 502. madde hükmü uyarınca, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmeler vekalet sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. *Tandoğan*, vekalet sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır:

*“Vekalet, öyle bir akittir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun olan bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nisbeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosunu ona ait olmamak üzere yükler<sup>196</sup>.”*

---

<sup>191</sup> Mainardi-Speziali, *Ärztliche Aufklärungspflichten*, s. 59; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 415vd; Zevkliler/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 598; Ayan, *Tıbbi Müdahaleler*, s. 54 vd.; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 33vd.; Sarı, *Vekalet Sözleşmesi*, s. 16; İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, s. 272; Akartepe, *Tedavi Sözleşmesi*, s. 17; Kurt, *Hekimlik Sözleşmeleri*, s. 73.

<sup>192</sup> Bu yönde Mainardi-Speziali, *Ärztliche Aufklärungspflichten*, s. 59; Donay, *Doktorun Hukuki Sorumluluğu*, s. 45; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 415 vd.; Ayan, *Tıbbi Müdahaleler*, s. 52; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 21.

<sup>193</sup> Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, s. 76-77; Hasan Petek, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, Sa.1, 2006, s.177-239, s. 192; İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, s.61; Özay, *Estetik*, s. 47; Gülel, *Tıbbi Müdahale Sözleşmesi*, s. 609; Büyükkay, *Tazminatın Paylaşılması*, s. 311; Rezzan Günday, *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 14; Büyüksağış, *Yaşama Şansının Yitirilmesi*, s.121. Ayrıca bkz. Weber, *OR Art 394*, p.29-30.

<sup>194</sup> Bkz. Birinci Bölüm/II/C/1/b/(1)/iii.

<sup>195</sup> Bu konuda bkz. Birinci Bölüm/II/C/1/b/(1)/iii.

<sup>196</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 356.

Vekalet sözleşmesini, eser sözleşmesinden ayıran temel unsur vekilin, sonucun elde edilememesi rizikosunu taşımaksızın iş görmesidir<sup>197</sup>. Hekimlik sözleşmesinde hekimin, üstlendiği tıbbi müdahale sonucunu taahhüt edememesi nedeniyle sadece işi özenle yürütmesinden sorumlu tutulması gerekliliği bu sözleşmenin vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi sonucuna yol açmıştır. Gerçekten hekim, tıbbi müdahaleyi özenle yürütmekle sorumlu ve yükümlüdür. Ne var ki tıbbi müdahalenin başarılı olması, hastanın vücudundan kaynaklı özellikler gibi dışa bağlı birçok etkene bağlı, tesadüfi bir durumdur. Bu halde hekimi, tıbbi müdahalenin başarısız neticesinden sorumlu tutmak hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu kapsamda Türk Hukukunda hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde neredeyse görüş birliği ile vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmiştir<sup>198</sup>.

Burada belirtilen vekalet, hukuki işlemlere ilişkin değil maddi eylemlere yönelik vekalet ilişkisidir<sup>199</sup>. Belirtmemiz gerekir ki, Türk Hukukunda, Alman ve İsviçre Hukukunda olduğu gibi vekalet, hukuki işlemlerin yanı sıra maddi eylemlerin yapılmasına ilişkin de olabilecektir<sup>200</sup>. Maddi eylemlerin yapılmasına ilişkin vekalet söz konusu olduğundan vekil (hekim), müvekkili (hasta) adına veya hesabına hukuki işlem yapmamakta, müvekkili adına hak kazanmayıp borç yüklenmemektedir. Bu nedenle vekaletle ilişkin bazı hükümler, örneğin vekili borçtan kurtarma yükümlülüğüne ilişkin TBK md. 510/f.I hükmü hekimlik sözleşmesinde mahiyeti bakımından uygulama alanı bulmayacaktır<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> Weber, **OR Art 394**, p.29; Zevkliler/Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s.600; Eren, **Özel Hükümler**, s. 729. Vekalet sözleşmesi ve eser sözleşmesi arasındaki farklılıklar için bkz. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 39-42; Eren, **Özel Hükümler**, s. 729-731; Zevkliler/Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s.612.

<sup>198</sup> Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalar**, s. 20; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 415vd.; Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 598; Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 54 vd.; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 33vd.; Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 16; İpekyüz, **Hekimlik Sözleşmesi**, s. 272; Akartepe, **Tedavi Sözleşmesi**, s. 17; Kurt, **Hekimlik Sözleşmeleri**, s. 73.

<sup>199</sup> Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalar**, s. 15; Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s.605.

<sup>200</sup> Hofstetter, **Der Auftrag**, s. 6, s. 11; Weber, **OR Art 394**, p. 9; Eren, **Özel Hükümler**, s. 719. Mülga Borçlar Kanunu md. 386 f.I şöyledir: “*Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.*” Fıkıradaki işin idaresi ibaresi mehz Kanun’da belirtilen iş görme karşılığında kullanılmıştır. İşin idaresi ibaresinin sadece hukuki işlemleri kapsadığı yanlışlığı ile fıkıraya “hizmetin ifası” ibaresi de eklenmiştir. Zira vekalet, herhangi bir hukuki işlem, hukuki işlem benzeri veya maddi eyleme ilişkin olabilecektir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 356.

<sup>201</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 359 ve dn. 19a. Vekalet verenin bu borcunun maddi fiillere ilişkin vekalet ilişkilerinde somutluk kazanması güçtür. Ne var ki hekimin, hastasına yapacağı ameliyat için aldığı malzemelerin masrafinin ödenmesi örneğinde olduğu gibi çok nadir de olsa uygulama alanı bulabilir. Murat Canyürek, “Özellikle

Alman Hukukunda, Roma Hukukundan gelen yaklaşım neticesinde sözleşmenin, hizmet sözleşmesinin özel bir görünümü olarak kabul edildiğini ve bu hali ile yasalaştığını yukarıda açıklamış bulunmaktayız. İsviçre Hukukunda ise hakim görüş, hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması yönündedir<sup>202</sup>. Türk Hukuk doktrininde de vekalet sözleşmesi hükümlerinin hasta ve hekim arasındaki ilişkiye en uygun düşen sözleşme tipi olduğu belirtilmektedir<sup>203</sup>. Bu görüşe bir diğer gerekçe olarak, vekaletle ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde Kanun'da düzenlenmemiş olan diğer iş görme sözleşmelerine de uygulanacağını düzenleyen TBK md. 502/II fıkrası gösterilmektedir<sup>204</sup>.

## 2. Hekimlik Sözleşmesinin Kendine Özgü Sözleşme Olduğu Görüşü

Türk Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri bölümünde düzenlenen kira, satış, vekalet gibi sözleşmeler ile şirket sözleşmeleri gibi özel kanunlarda düzenlenen sözleşmeler isimli sözleşmeler olarak kabul edilmektedir<sup>205</sup>. Bunların dışında kalan ve taraflarca sözleşme özgürlüğü çerçevesinde düzenlenen sözleşmeler ise isimsiz sözleşmeleri oluşturmaktadır.

Şu halde isimsiz sözleşmeler, Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri kısmında ya da özel bir kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir<sup>206</sup>. Sözleşmenin düzenlenmesi ile ifade edilen, Kanun koyucunun bir sözleşmeyi zikretmesi değil,

---

“Maddi Fiillere İlişkin Vekalet” Yönünden Vekalet Sözleşmelerinin Bazı Özellikleri”, *Argumentum*, 1991, C.1, Sa.10, s.182-188, s. 184.

<sup>202</sup> Ott, *Haftung*, s. 23; Wolfgang Wiegand, “Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung”, *Recht*, Heft 5, 1993, Bern, s.149-159, s. 151; von Büren, *Besonderer Teil*, s. 128; Gautschi, *Der Einfache Auftrag*, Art.398, Nr. 32a; Eugen Bucher *Obligationenrecht*, Besonderer Teil, 3. Auflage, 1988, s. 223; Honsell, *OR Art 394-406*, s.267.

<sup>203</sup> Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalar*, s. 20; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 415vd.; Ayan, *Tıbbi Müdahaleler*, s. 54 vd.; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 33vd.; Sarı, *Vekalet Sözleşmesi*, s. 16; İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, s. 272; Akartepe, *Tedavi Sözleşmesi*, s. 17; Kurt, *Hekimlik Sözleşmeleri*, s. 73; Bilici, *Serbest Çalışan Hekim*, s. 600.

<sup>204</sup> Ayan, *Tıbbi Müdahaleler*, s. 56; Bilici, *Serbest Çalışan Hekim*, s. 600; Demir, *Tıbbi Sorumluluk*, s.227; Eren, *Özel Hükümler*, s. 716; Veysel Başpınar, “Hekimin Özen Borcu”, *Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006*, Ankara, 2007, s. 23-39, s. 24.

<sup>205</sup> Oktay Özdemir, *İstanbul Şerhi*, s. 2535. Ayrıca, Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s.14-15.

<sup>206</sup> Fikret Eren, *Genel Hükümler*, 24. Baskı, Ankara, Yetkin, 2019, s. 219; Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akıt*, s. 3; Oktay Özdemir, *İstanbul Şerhi*, s. 2535-2538; Zevkiler/ Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 11. TBK md. 26 hükmünün, özel bir düzenleme yapılmaya gerek olmaksızın isimsiz sözleşmelerin hukuk hayatına dahil olmasını sağladığını ve henüz tanımlanmayan; ancak gelecekte ihtiyaç duyulabilecek sözleşmelere de bu madde tarafından cevaz verildiği yönünde Oktay Özdemir, *Sözleşme Özgürlüğü*, s. 364.

sözleşmenin birinci derecedeki önemli noktalarını tanımlaması ve düzenlemesidir<sup>207</sup>. Bu türde sözleşmeler, birinci derecedeki unsurların özellikle asli edimlerin kanunda halihazırda düzenlenmiş bir isimli sözleşmeye ait olup olmamalarına göre karma ve kendine özgü (sui generis) sözleşme olarak ifade edilmektedir<sup>208</sup>.

Kendine özgü sözleşmeler, uygulamanın ihtiyacı neticesinde ortaya çıkan ve kanun tarafından kısmen ya da tamamen düzenlenmiş unsurlardan oluşmayan sözleşmelerdir<sup>209</sup>. Bu sözleşme ile taraflar, kanunda halihazırda düzenlenmiş sözleşme unsurlarını bir araya getirmemekte, aksine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kendi öngördükleri unsurları yeni bir sözleşme tipi yaratma amacı ile bir araya getirmektedir<sup>210</sup>.

Doktrinde bir görüş, hekimlik sözleşmesinin kanunda düzenlenen iş görme sözleşmelerinden biri olarak kabul edilemeyeceğini; ancak iş görme karakterli bir kendine özgü sözleşme olarak kabulü gerektiğini belirtmiştir<sup>211</sup>. Hekim ile hasta ilişkisindeki karşılıklı güveni ve insanlık kriterinin oynadığı büyük rolü<sup>212</sup> nazara alan bu görüş, iş görme sözleşmelerinin doğasından farklı olarak hekimlik sözleşmelerinde hekimin, hastanın talimatı ile bağlı olmayacağını ileri sürerek bu sözleşmeyi kendine özgü sözleşme olarak tanımlamaktadır.

---

<sup>207</sup> Sözleşmenin esaslı unsurları haricinde kalan unsurlarının düzenlenmiş olup olmaması sözleşmenin isimli ya da isimli sözleşme kategorisine sokulmasında etkili değildir. Bu kapsamda sözleşmenin isimli sözleşme kategorisinde olabilmesi, o sözleşmenin *essentialia negotii* olarak ifade edilen birinci derecedeki unsurlarının kanunda düzenlenmiş olması ile bağlantılıdır. Birinci derecede unsurlar haricinde kalan ve sözleşmenin içeriğine dahil olan ya da sözleşme tipine uygun olması nedeni ile taraflarca sözleşmeye dahil edilen hususların düzenlenmemiş olması sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmeyecektir. Oktay Özdemir, **İstanbul Şerhi**, s. 2535-2538; Oktay, **İsimsiz Sözleşmeler**, s.265; Eren, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 87. Esaslı unsur ile ifade edilen, objektif bakımdan o sözleşme tipi açısından sözleşmenin karakteristik tipine göre şekillenen ve varlığı zorunlu olan objektif esaslı noktalar ya da esasen ikinci dereceden bir unsur olmasına rağmen özel önemine binaen taraflarca sözleşme müzakerelerine getirilen subjektif esaslı noktalardır. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s. 174vd.; Hüseyin Hatemi/ Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul, Vedat, 2017, s. 31-32; Ahmet, M, Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 23. Bası, Ankara, Turhan, 2019, s. 85-86.

<sup>208</sup> Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit**, s. 13. Doktrinde bileşik sözleşmeler de çoğunlukla isimli sözleşmeler alt başlığı altında incelenmektedir. Eren, **Genel Hükümler**, s. 219.

<sup>209</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s. 963. Kanunda düzenlenmeyen ve karma sözleşmeler kapsamı dışında kalan sözleşmeler olarak yapılacak tanımlamanın uygun olacağı yönünde Oktay Özdemir, **İstanbul Şerhi**, s. 2573. Ayrıca bkz. Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit**, s. 14-15; Zevkliler/Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 12.

<sup>210</sup> Oktay, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 275.

<sup>211</sup> Erwin Deutsch/ Andreas Spickhoff, **Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte-recht und Transfusionsrecht**, 7. Auflage, Springer, 2014, Nr. 138; Franzki, **Der Behandlungsvertrag**, s. 8, dn. 41'de belirtili yazarlar.

<sup>212</sup> Mainardi-Speziali, **Ärztliche Aufklärungspflichten**, s. 60.



Türk Hukuk doktrinde Atabek ve Sezen<sup>213</sup> tarafından ileri sürülen görüşe göre doktrinde ekseriyetle ifade edildiğinin tersine vekalet sözleşmesi ile hekimlik sözleşmesi arasında birçok farklılık mevcuttur. Hatta hekimlik sözleşmesi, diğer hiçbir sözleşmede yer almayan unsurları ihtiva etmektedir. Yazarlara göre öncelikle belirtilmesi gereken husus hekimin, hasta nam ve hesabına hiçbir tasarrufta bulunmadığıdır. Hekim, hastasının aydınlatılmış rızası akabinde gerçekleştirdiği ameliyatta dahi hastası nam ve hesabına hareket etmiş sayılmayacaktır. Cerrahi operasyonlar haricinde kalan işlemlerde hekim, bir işi idare etmediği gibi bir hizmet de görmüş değildir. Bu kapsamda hastanın muayenesi, esasen tavsiye edilecek ilacın belirlenmesi amacı ile yapılan tıbbi müdahalelerden ibarettir. Yine bu görüşe gerekçe olarak vekilin, müvekkilin talimatları ile sıkı sıkıya bağlı olmasına rağmen hasta ile hekim arasındaki ilişkide hastanın emir ve talimat veremeyeceğini ileri sürmektedir. Bir diğer farklılık, vekalet sözleşmesinde vekilin, müvekkili tarafından sorulacak her soruya doğru cevap vermesidir. Ne var ki hekim bazı durumlarda hastaya izahat vermede ve hastanın sorularını cevaplandırmadan kaçınabilecektir. Örneğin kanser olan hastasına, hastalığın geçici olduğu yönünde hakikatten sapan beyanda bulunabilecektir. Bir başka örnekte şuuru kapalı hastanın yakınlarının rızası ile hekim hastaya yönelik tıbbi müdahalede bulunabilmektedir. Halbuki hekimin vekil olduğu kabul edilirse bu gibi bir durumda hastaya vasi tayin edilmesi ve hekimin vasiden rıza alması gerekecektir. Bu hali ile herhangi bir sözleşme tipine dahil edilemeyen hekimlik sözleşmeleri kendine özgü (sui generis) yapıdadır. Bu kapsamda taraflarca özel bir kural konulmamışsa, hekimlik sözleşmelerine Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması gerekmektedir<sup>214</sup>.

Hekimlik sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olduğu görüşü doktrinde destek bulmamıştır. Bu görüşe karşılık, hekimlik sözleşmelerinde de karşılıklı bir edim mübadelesi bulunduğu zira hekimin hastanın menfaatine uygun şekilde gerekli

---

<sup>213</sup> Atabek/ Sezen, **Hekimin Mes'uliyeti**, s. 144 vd. Kanuni bir zemini olmaması nedeni ile hekimlik sözleşmesinin tekil, atipik isimsiz iş görme sözleşmesi olduğu yönünde, Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s.121. Yazar, bu durumda TBK md. 502/f.II hükmünün uygulama bulacağı görüşündedir. **A.e.**, s. 227.

<sup>214</sup> Atabek/ Sezen, **Hekimin Mes'uliyeti**, s. 145. Kendine özgü sözleşmelere uygulanacak hukuk kuralları hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Oktay Özdemir, **İstanbul Şerhi**, s.2575vd.; Oktay, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 275; Eren, **Özel Hükümler**, s. 965; Zevkililer/Gökayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 12; Kuntalp, **Karışık Muhtevallı Akıt**, s. 9vd.

teşhisi koymak ve teşhise en uygun tedaviyi uygulamakla yükümlü olduğu, hastanın da bu faaliyet karşılığı uygun ücreti ödemekle mükellef olduğu belirtilmektedir<sup>215</sup>. Hekimlik sözleşmesinde şefkat, anlayış, yardım ve özen gibi unsurlar ağırlıktaysa da bu husus da başlı başına sözleşme kategorisini değiştirmeyecektir. Keza bu unsurlar, sözleşmenin muhtevasını değil, hekimin sözleşme ile taahhüt ettiği borcunu yerine getirirken riayet etmekle yükümlü olduğu davranış biçimini ifade etmektedir<sup>216</sup>.

## **C. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE KANAATİMİZ**

### **1. Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşümüz**

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğini tasnif ederken irdelenmesi gereken ilk husus bu sözleşmelerin, kanunda düzenlenmiş isimli bir sözleşme niteliğinde olup olmadığıdır. Bu irdelenmenin yapılabilmesi amacı ile somut hekimlik sözleşmesinin unsurları ile kanunda düzenlenen iş görme sözleşmelerinin unsurlarının karşılaştırılması gerekmektedir.

Sözleşmenin, Kanun'da düzenlenen iş görme sözleşmelerinin özel bir görünümü olmadığı tespit edilirse bu defa TBK md. 502/f.II hükmünün uygulama bulup bulmayacağı tartışılmalıdır. Zira sözleşmeye uygulanacak hükümler, sözleşmenin kanunda düzenlenip düzenlenmediğine göre farklılaşacaktır. İlk faraziyede hekimlik sözleşmesi, örneğin vekalet sözleşmesinin özel bir görünümü olarak kabul edildiğinde, vekalet sözleşmesi hükümleri doğrudan uygulama bulacaktır. Ne var ki, hekimlik sözleşmesinin esaslı unsurlarının Kanun'da düzenlenen iş görme sözleşmelerinden daha farklı tezahür ettiği varsayıldığı vakit vekalet sözleşmesi hükümlerinin ancak kıyasen uygulanacağı görülmektedir. Buradan tespit edilecek değerlendirmeye göre tarafların her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirme imkanını tanıyan TBK md. 512 hükmünün hekimlik sözleşmesinde uygulama bulup bulmayacağı anlaşılacaktır. Bu tasnifin yapılabilmesi amacı ile Türk Borçlar Kanunu'nun 502/f.II hükmü hilafına kendine özgü iş görme

<sup>215</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 54.

<sup>216</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 54.

sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı ve hekimlik sözleşmesinin kendine özgü iş görme sözleşmesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmelidir.

### **a. Hekimlik Sözleşmesinin Kanunda Düzenlenen Sözleşme Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşünün Değerlendirilmesi**

#### **(1) Hizmet, Eser veya Vekalet Sözleşmesi Hükümlerinin Doğrudan Uygulanması**

Türk doktrininde hekimlik sözleşmelerine, geneli itibari ile hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşüne rastlanılmamaktadır. Bu konu aile hekimliği özelinde tartışılmıştır. *Donay*, aile hekimi (eserde aile doktoru ifadesi yer almaktadır) sözleşmelerinin hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusuna olumlu cevap vermektedir. Bu kapsamda yazar, hekimin sözleşme ile hastasını ihtimam ile tedavi etmeyi, hastanın da buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiğini ifade etmektedir. Ücrete mukabil hizmet gören hekim bu hizmeti belirli veya belirsiz bir zaman için görmekteyse burada hizmet sözleşmesinin bulunduğunu tespit etmek gerekmektedir<sup>217</sup>. Biz, bu konudaki görüşümüzü aşağıda ayrı bir başlık altında açıklamış bulunmaktayız.

Aile hekimliği (aile doktoru) sözleşmesi haricinde kalan hekimlik sözleşmelerine ise vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı görüşü baskındır. Burada tartışılmakta olan konu hekimin sonucu taahhüt ettiği estetik amaçlı müdahalelerin eser sözleşmesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir<sup>218</sup>. Yoksa bu tür istisnai haller haricinde kalan genel nitelikli sözleşmelere eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması yerinde olmayacaktır. Zira hekim, hastasına karşı üstlendiği tıbbi müdahaleyi, sonuç taahhüdü vererek değil, özenle yürütmeyi

---

<sup>217</sup> Donay, **Doktorun Hukuki Sorumluluğu**, s.44 vd. Aynı yönde Seza Reisoğlu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul, 1983, s. 12. Yazar, hekim ve hasta arasındaki ilişkinin belirli bir süre devam ediyor olması nedeni ile aile hekimliğini hizmet sözleşmesi olarak değerlendirmiştir.

<sup>218</sup> Eser sözleşmesinin tipik özellikleri, belirli bir sonuç meydana getirme, eserde meydana gelecek eksiklikler için garanti verme ve işin yapılmasından tazminat ödeyerek vazgeçmedir. Eserin yapılması imkansız olursa iş görenin alacağı bir şey olmayacaktır. Şu halde eser sözleşmesinin düzenleniş biçiminden bir başarı ve sonucun arandığı ve bu başarılı sonuca ulaşılmaması halinde tazmin borcu doğacağı anlaşılmaktadır. Oktay Özdemir, **Gezi Sözleşmesi**, s. 42, s.44.

borçlanmaktadır. Burada tıbbi müdahalenin başarılı olması sonucu hekim tarafından taahhüt edilebilir nitelikte değildir. Bu kapsamda eser sözleşmesinde yüklenicinin sonucun elde edilememesine ilişkin taşıdığı rizikoyu, hekimlik sözleşmesinde hekime atfetmek uygun olmayacaktır. Bu nedenle bir an için ancak istisnai hallerde eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması düşünülebilir ki, önemine binaen konuyu aşağıda ayrı bir başlık altında incelemiş bulunmaktayız<sup>219</sup>.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, hekimlik sözleşmesinde hekim, koyulacak teşhis ya da uygulanacak tedavinin mutlaka başarılı bir sonuca ulaşacağını garanti edemez<sup>220</sup>. Bu kapsamda biz de vekalet sözleşmesi hükümlerinin hekimlik sözleşmesine en uygun düşen sözleşme tipi olduğu kanaatindeyiz. Burada şu soru akla gelebilir: Vekalet sözleşmesi hükümleri hekimlik sözleşmesinde doğrudan uygulama bulacak mıdır? Esasen bazı eserlerde hekimlik sözleşmesi unsurları ile vekalet sözleşmesi unsurlarının her zaman örtüşmediği haklı olarak belirtilmektedir. Burada, maddi eylemlere ilişkin vekalet söz konusu olduğundan hukuki işlemlere yönelik vekalet sözleşmesine nazaran bazı farklılıklar bulunması işin mahiyeti gereğidir. Ne var ki müvekkilin iradesine, özellikle onun talimatına uygun hareket etme yükümlülüğü hekimlik sözleşmesinde farklılık göstermektedir.

Bu kapsamda hekimlik sözleşmenin vekalet sözleşmesinin özel bir görünümü mü yoksa TBK 502/f.II hükmü uyarınca vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı kendine özgü bir iş görme sözleşmesi mi olduğunun ayrıca irdelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisinin niteliği ve yoğunluğu ile bağlantılı olarak yapılacak bu değerlendirmeye bağlanan sonuçlar farklı olacaktır. İlk halde hekimlik sözleşmesi vekalet sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul edilirse vekalet sözleşmesi hükümleri doğrudan uygulama bulacak, ikinci halde ise TBK md. 502 hükmünde yapılan atıf sonucu hüküm içi boşluğun doldurulmasıyla ancak kıyasen uygulama bulacaktır. Bu ayrımın önemli bir sonucu şudur: Vekalet sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanması beraberinde vekalet sözleşmesini tek taraflı ve her zaman sona erdirme imkanı taşıyan TBK md. 512

---

<sup>219</sup> Bkz. Birinci Bölüm/II/C/1/b/(1)/iii.

<sup>220</sup> Wolfgang Wiegand, "Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes", **Arzt und Recht**, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Bern, 1985, s.81-123, s. 83; Mainardi-Speziali, **Ärztliche Aufklärungspflichten**, s. 60.

hükümünün hekimlik sözleşmesine uygulanması sonucunu doğuracaktır. Bu kapsamda tarafların sözleşmeyi diledikleri zaman ve objektif bir haklı neden gösterme mecburiyetinde bulunmaksızın sona erdirmeye ilişkin kanuni sona erdirmeye hakları olduğu değerlendirilecektir. Hekimlik sözleşmesinin kendine özgü bir iş görme sözleşmesi olarak kabul edildiği -TBK md. 502/f. II hükmü uyarınca vekalet sözleşmesinin ancak kıyasen uygulanacağı- varsayımında ise tarafların sözleşmeyi sona erdirmeleri için ancak güveni sarsan objektif bir haklı nedene ihtiyacı bulunacaktır<sup>221</sup>.

## **(2) Vekalet Sözleşmesi Hükümlerinin TBK 502/f.II uyarınca Kıyasen Uygulanması**

Türk Borçlar Kanunu'nun 502/f.II fıkrası uyarınca vekaletle ilişkin hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanacaktır<sup>222</sup>. Bu maddenin mülga Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı (BK md.386 f.II) ise şöyledir: *“Diğer aktler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.”*

Hemen belirtmek gerekir ki bu iki düzenleme arasında lafzi bir farklılık mevcuttur. Gerçekten TBK md. 502/f.II fıkrası ile kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine vekaletle ilişkin hükümlerin ancak kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir. Şu halde tarafların kendine özgü iş görme sözleşmesi yaratma imkanı bulunmakta olup vekalet hükümleri; bu sözleşmeye ancak niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. BK md. 386/f.II düzenlemesinin ifadesinden ise adeta vekalet hükümlerinden sıyrılabilen kendine özgü iş görme sözleşmesi yaratma imkanının ortadan kalktığı anlaşılmaktaydı. Bu doğrultuda mülga düzenlemenin

---

<sup>221</sup> Hofstetter, **Der Auftrag**, s. 25. Bu görüşün temelinde, hekimlik sözleşmesinin genellikle sürekli borç ilişkisi doğurduğu görüşünün kabulü ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin sona erdirilmesinin haklı sebebe dayanması yer almaktadır. (Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm/C/2) Belirtmemiz gerekir ki, sona erdirmenin haklı sebebe bağlı olması da birçok hukuki ilişki yönünden gerekli korumayı sağlamaktadır. (Bu yönde, Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 70) Ancak taraflar arasındaki güven ilişkisinin ön planda olduğu hekimlik sözleşmesinde sözleşmeyi sona erdirmek amacı ile herkes tarafından kabul edilen objektif bir haklı nedenin varlığı yerine bir tarafın kendi içinde duyduğu güvenin ortadan kalktığı yönündeki subjektif değerlendirmenin diğer bir ifade ile her zaman kullanılabilir bir sona erdirmeye hakkının gerekliliği ağır basmaktadır.

<sup>222</sup> TBK md. 502/II fıkrası, Kanun'da düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi olarak kabul edileceği sonucunu doğurmamaktadır. Vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler bu tür iş görme sözleşmelerine ancak kıyasen uygulanacaktır. Zevkililer/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s.602.

yürürlükte olduğu dönemde kendine özgü iş görme yapısı olan ve vekalet hükümlerinden sıyrılabilen iş görme sözleşmelerinin varlığının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı tartışması belirmişti. Ancak mülga düzenleme yürürlükteyken dahi -BK md. 386/f.II düzenlemesinin açık lafzına rağmen- kendine özgü iş görme sözleşmesi kurma imkanının ortadan kaldırılmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür<sup>223</sup>.

Yeni düzenleme ise isimsiz bir sözleşme olarak kabul edilemeyen; ancak Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen iş görme sözleşmesi tiplerinin unsurlarından biri eksik olan veya bu tiplere hiç uymayan iş görme sözleşmelerine vekaletle ilişkin hükümlerin ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını düzenlemektedir.

Her ne kadar TBK md. 502 gerekçesinde dilde sadeleştirme yapıldığı belirtilmişse de ifadedeki bu değişiklik, mülga düzenleme döneminde doktrinde kabul edilen görüşün Kanuna yansıdığını işaret etmektedir<sup>224</sup>. Bu kapsamda TBK md. 502/f.II hükmünün, Kanun'da düzenlenen bir sözleşme tipine girmeyen ve taraflarca sui generis sözleşme oluşturma amacı ile ayrıntıları ile oluşturulmayan bir

---

<sup>223</sup> BK md. 386/f.II fıkrasının lafzi yorumu ile varılan sonuç sözleşme tipini belirleme özgürlüğünün iş görme sözleşmeleri açısından terk edildiği ve bu alanda numerus clausus ilkesinin benimsendiğidir. (Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 384; Burak Özen, “Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler”, **Prof.Dr.Nuri Çelik'e Armağan I**, Beta, 2001, s. 598-633, s. 598; Seçkin Topuz, “Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu”, **Kırkkale Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2001, s. 11). Bu kapsamda Kanun'da düzenlenmeyen iş görme sözleşmeleri yaratma olanağının ortadan kaldırıldığı ve bu sözleşmeler hakkında dahi niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılabilecektir. Vekalet sözleşmesi hükümlerinin genel bir iş görme sözleşmesi olarak kanunda öngörülmemiş iş görme sözleşmelerine uygulanması beraberinde bazı sakıncaları getirmesi nedeni ile tartışılmıştır. (Özen, **Borçlar Kanunu 386/II**, s. 604 vd). Özellikle, vekaletle ilişkin, tarafların diledikleri zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını düzenleyen BK md. 396 hükmünün kendine özgü iş görme sözleşmelerine uygulanmasının doğuracağı sıkıntılar tartışmanın büyük bir bölümünü kapsamıştır. Gerçekten mezkur madde hükmü uyarınca vekalet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacaktır. Burada sorun özellikle tek satıcılık gibi sürekli iş görme ilişkilerinde ortaya çıkmış ve bu tip ilişkilerde vekaletle ilişkin tek taraflı sona erdirmeye hakkını kullanmak yerine bunlara özgü sürekli yapının göz önünde bulundurularak feshi bildirmenin süreye tabi kılınması gerekliliği kabul edilmiştir. (Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 385) Özellikle mülga Borçlar Kanunu yürürlükteyken tartışılan bu konuda kendine özgü iş görme sözleşmeleri yaratma imkanının –hükümün açık lafzı hilafına - ortadan kaldırılmadığına işaret edilmiştir. (Bkz. Hofsetter, **Der Auftrag**, s. 24-27; Weber, **OR Art 394**, p. 24vd.; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 384 vd.; Özen, **Borçlar Kanunu 386/II**, s. 598; Topuz, **Özen Borcu**, s. 15). Şu halde BK md. 386/f.II, isimsiz iş görme sözleşmelerine uygulanacak hükümleri belirleyen bir norm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda taraflar, öncelikle, sözleşme serbestisi uyarınca bağlı olacağı düzeni açıkça belirlemiş olabilir. Taraflarca böyle bir düzenleme yapılmamışsa güven ilkesine dayalı tamamlayıcı yorum ile sözleşmenin doğasına göre ne tür bir düzenin hakim olması gerektiği saptanmalıdır. Bu yolla da bir sonuca varılabilmeye bu aşamada vekaletle ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde kendine özgü iş görme sözleşmesine uygulanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, **Borçlar Kanunu 386/II**, s. 625.

<sup>224</sup> Emre Gökyayla, “Eser ve Vekalet Sözleşmeleri”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, Der. Murat İnceoğlu, On iki Levha, 2011, s. 287-295, s.293.

sözleşme yapma imkanını ortadan kaldırmadığını ve kendine özgü iş görme sözleşmesi yaratma imkanının bulunduğunu belirtmek gerekmektedir.

Şu halde, şartlarını taşıdığı kabul edildiği vakit hekimlik sözleşmesini kendine özgü bir iş görme sözleşmesi olarak kabul etmenin önünde engel yoktur. Hekimlik sözleşmesinin kendine özgü bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde bu sözleşmeye gerekirse vekalet dışında eser ya da hizmet gibi sözleşmelerin de kıyasen uygulanması söz konusu olabilecek hatta gerekiyorsa kendi yapıları ile bağdaşan yeni kurallar koyma imkanının varlığı kabul edilecektir<sup>225</sup>.

Bu kapsamda burada tartışma, hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi mi (TBK md. 502/I) yoksa gerektiğinde kendisine eser, hizmet veya vekalet hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği bir *kendine özgü iş görme sözleşmesi* mi (TBK md. 502/II) olduğu noktasında toplanmaktadır. Ancak bu irdelemenin yapılabilmesi amacı ile, taraflara sözleşmeyi diledikleri zaman sona erdirme hakkı tanıyan TBK md. 512 hükmünün, hekimlik sözleşmesinde uygulanır olup olmadığı incelenmelidir. Nitekim, iş görme sözleşmeleri alanında kendine özgü iş görme sözleşmesi yapılabileceğine yönelik kabul, beraberinde bu sözleşmelerin, vekalet sözleşmesinden ayrılmasında hangi kriterin nazara alınacağı sorusunu da getirmiştir. Burada bu iki farklı sözleşmeyi ayırt etme hususunda sözleşme ile özenli faaliyetin mi yoksa maddi olmayan bir sonucun gerçekleştirilmesinin mi arandığı, sözleşmenin belirli süre devam etmesinde tarafların çıkarı bulunup bulunmadığı, taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin mevcut olup olmadığı gibi kriterler göz önünde bulundurulmuş olmakla beraber belirleyici temel kriterin, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğinin özel bir sona erdirme düzeni gerektirip gerektirmediği olduğu ifade edilmektedir<sup>226</sup>. Diğer bir ifade ile, kendine özgü iş görme sözleşmesi ile vekalet sözleşmesinin arasındaki ayrımında belirleyici husus, taraflar arasındaki sözleşmeye TBK md. 512 hükmünün uygulanır olup olmadığıdır. Bu kapsamda taraflara, TBK md. 512 hükmü uyarınca haklı bir sebep göstermeye gerek duyulmaksızın sözleşmeyi her zaman, tek taraflı sona erdirme imkanının

---

<sup>225</sup> Özen, **Borçlar Kanunu 386/II**, s. 625.

<sup>226</sup> Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 322, dn. 28. Ayrıca, Hofstetter, **Der Auftrag**, s. 27.

tanınmasının uygun olacağı sözleşmelerin vekalet sözleşmesi olarak kabulü uygun olacaktır. Kendine özgü iş görme sözleşmeleri ise TBK md. 512 hükmünü dışlamakta ve tarafların sözleşmeyi sona erdirmesi için ya bir kanun hükmü ya da haklı bir sebebin varlığı aranmaktadır. Bu minvalde sözleşmenin sona erdirilebilmesi için bir kanun hükmü ya da haklı nedenin aranmasının yerinde olacağı sözleşmeler kendine özgü iş görme sözleşmeleri olarak kabul edilecektir.

Yukarıda belirtilenler kapsamında, TBK md.512 hükmü uyarınca tek taraflı sona erdirme hakkının hekimlik sözleşmesi taraflarına tanınmasının uygun olup olmayacağını tespit etmek amacı ile bu düzenlemenin temelinde yatan gerekçelere yer verilmesi uygun olacaktır. TBK md. 512 hükmünün temelinde yatan düşüncenin ortaya konulması ile yapılacak değerlendirme, sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemede yardımcı olacaktır.

Taraflara, sözleşmeyi her zaman tek taraflı sona erdirme hakkı tanıyan TBK md. 512 hükmünün temelinde yatan düşünce, taraflar arasındaki özel güven ilişkisinin, özel bir sona erdirme düzenlemesi gerektirmesidir<sup>227</sup>. Hekimlik ve avukatlık gibi tipik olarak özel güvene ihtiyaç duyan iş görmeler hususunda tek taraflı sona erdirme imkanının kabul edilmesi haklı görülmekteyse de bu hakkın vekil tarafından kullanılması, kanuni bu düzenlemenin temelinde yatan düşünce ile çelişecektir. Zira taraflar arasındaki özel güven ilişkisi, hastanın, hekim tarafından haklı bir neden olmadıkça kaderine terk edilmeyeceği düşüncesini de beraberinde getirmektedir<sup>228</sup>. Bu nedenle TBK md. 512 hükmünün temelinde yatan özel güven ilişkisi düşüncesi ile beraber, hastanın kişiliğinin korunması ihtiyacı da nazara alınmalıdır. Nitekim konumuz olan hekimlik sözleşmeleri çerçevesinde iş görme, hastanın sağlığı, vücut bütünlüğü ve kişisel özgürlüğü gibi temel kişilik haklarına yönelmiştir. Kişilik hakkının uzantısı olarak sözleşmeyi dilediği zaman tek taraflı sona erdirme imkanının hasta yönünden mutlak olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu sayede hasta, haklı bir neden göstermesi gerekmeksizin, kişilik hakları üzerinde

---

<sup>227</sup> Bu düzenlemenin temelinde, asli edimi yapma edimi olması nedeni ile vekili ifaya zorlamanın mümkün olmaması, müvekkilin iş sahibi konumunda bulunması gibi nedenler yer almaktadır. Kanuni düzenlemenin temelinde yatan düşünceler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 69-77; K. Emre Gökyayla, **Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi**, Ankara, Seçkin, 2007, s. 19-40.

<sup>228</sup> Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 71; Gökyayla, **Avukatlık Sözleşmesi**, s. 24.



doğrudan etkide bulunan işlemlere son verilmesini isteyebilecektir<sup>229</sup>. Her ne kadar kişiliğin korunması düşüncesi de hekimin sona erdirme hakkına temel bir gerekçe oluşturmasa da hasta yönünden onun kişilik hakkının bir uzantısı olarak bu hakkın tanınması mecburidir.

Hekim yönünden ise farklı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Taraflar arasındaki güven ilişkisinin bir neticesi olarak hekimin de sözleşmeyi her zaman sona erdirme hakkının kabulü gerekmektedir. Ancak sözleşmenin konusunun, hastanın kişilik haklarına yönelmiş olması nedeni ile hekimin buna yönelik hakkının kabulünün, hastanın menfaatine ters düşeceği durumlar olabilecektir. Örneğin ivedi şekilde uygulanması gereken tıbbi müdahalenin hemen öncesinde hekimin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde hastanın telafisi mümkün olmayan bir zarar ile karşılaşması muhtemeldir. Bunu gözeten Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği, hekimin mesleki veya şahsi sebeplerle hastanın tedavisini bırakabileceğini düzenledikten sonra; *“Ancak, bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkan verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez*<sup>230</sup>” düzenlemesine yer vermiştir. Görüleceği üzere bu düzenleme, tarafların sözleşmeyi her zaman sona erdirebileceği; ancak uygun olmayan zamanda sona erdiren tarafın, karşı tarafın bu nedenle uğradığı zararı tazmin edeceğini düzenleyen TBK md.512 hükmünü sınırlamaktadır. Zira TBK md. 512 hükmü uyarınca tarafların, uygun olmayan zamanda olsa dahi sözleşmeyi sona erdirme beyanı ile sözleşme sona erecektir<sup>231</sup>. Sözleşmenin sona ermesi bakımından, sona erdirmenin uygun zamanda yapılıp yapılmadığı önem taşımamaktadır. Bu durum, karşı tarafın bu nedenle zarar görmesi halinde önem taşımaktadır. Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği’nde ise tedavinin bırakılması halinde hastanın hayati tehlikeye düşmesi ya da sıhhatinin zarara uğraması halinde başka bir meslektaş temin edilmedikçe sözleşmenin sona erdirilemeyeceği düzenlenerek TBK md. 512 hükmünden farklı bir

---

<sup>229</sup> Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 72-73.

<sup>230</sup> TDY. md. 19/f.II.

<sup>231</sup> Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 129.

düzenlemeye gidilmiştir. TBK md. 512 hükmünün, mutlak emredici bir düzenleme olmadığı ve tek taraflı sona erdirmeye hakkının sınırlanmasına yönelik anlaşmaların geçerliliğinin ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamasına bağlı olduğu görüşü<sup>232</sup> kabul edildiği vakit, hekim yönünden sona erdirmeye ilişkin getirilen bu sınırlamanın geçerli olacağı ve hastanın menfaatine en uygun düşen çözüm olduğu görülecektir.

Sonuç olarak, konusunun bir iş görmeye yönelmiş olması ve kendine özgü iş görme sözleşmelerinin TBK md. 512 hükmünde yer alan ve taraflara sözleşmeyi her zaman, haklı bir neden göstermeye gerek olmaksızın tek taraflı sona erdirmeye imkanını dışlaması nedeni ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin hukuki niteliğine en uygun düşen sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz. Ancak doktrinde ileri sürüldüğü şekilde, bu sonuca TBK md. 502/f.II kapsamında varılması, hastanın sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye hakkının bulunmayacağı anlamına geleceğinden, hatalı olacaktır.

Burada önem arz eden bir diğer husus, vekilin müvekkilinin talimatına uygun hareket etme yükümlülüğünün hekimlik sözleşmesinde tezahür edip etmediği ve bu sözleşmeyi vekalet sözleşmesinden ayırmada ölçüt olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

Bu yöndeki görüşümüzü açıklamadan evvel vekalet sözleşmesinde müvekkilin vekile yönelttiği talimat hakkında genel bir bilgi vermek uygun olacaktır. Talimat, sözleşme kurulduktan sonra müvekkilin işin nasıl görüleceğini belirten tek taraflı ve vekile varması gerekli irade açıklamasıdır<sup>233</sup>. TBK md. 505 hükmü uyarınca vekil; vekalet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Vekalet verenden izin alma olanağının bulunmadığı durumda ve vekalet verenin de izin vereceği açık olan hallerde vekil talimattan ayrılabilir. Aksi durumda vekil, işi görmüş olsa dahi bundan doğan zararı karşılamadıkça vekalet borcunu ifa etmiş olmaz.

---

<sup>232</sup> Bu görüşte Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 109.

<sup>233</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 436; Eren, **Özel Hükümler**, s.790; Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 620.

Doktrinde bazı yazarlar, hekimlik sözleşmesinde hastanın bilgi sahibi olmaması nedeni ile hekime talimat veremeyeceğini belirtmektedir<sup>234</sup>. Bu tespit haklı olsa da hekimlik sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayıracak kuvvette değildir. Buna ilişkin gerekçelerimizi aşağıdaki gibi sıralayabiliriz.

Öncelikle vekalet sözleşmesinde müvekkilin, işin nasıl görüleceği hususunda talimat vermesi şart değildir<sup>235</sup>. Müvekkil, talimat vermeyi gerekli görmezse vekil sadakat ve özen borcu çerçevesinde işin nasıl görüleceğini kendisi tayin edecektir. Dahası, vekilin uzmanlığını içerir bir alanda müvekkilin talimat verebilme olanağı çok sınırlı ve daha ziyade bazı iş veya eylemlerin yapılmasını yasaklama şeklinde olabilir. Bu husus bir tarafını avukat, mimar ya da bankacının oluşturduğu vekalet sözleşmelerinde de geçerlidir. Hastanın –kendisinin de hekimle aynı uzmanlığı haiz olması durumu haricinde- tıbbi müdahalenin nasıl uygulanacağına, izlenecek metoda ilişkin talimat vermesi kendisinden beklenemez. Ancak buna rağmen hasta talimat vermişse ve bu talimat, amaca uygun nitelikte değilse hekim, TBK md. 512 hükmü uyarınca her zaman sözleşmeyi tek taraflı sona erdirebilecektir<sup>236</sup>.

Hastanın hiç talimat vermediği ya da elverişli ve amaca uygun olmayan talimat verdiği hallerde hekimin nasıl hareket edeceği ise hekimin özen borcundan çıkarılmalıdır. Bu kapsamda hastanın bilgi sahibi olmaması nedeni ile hekime talimat verememesinin, hekimlik sözleşmesini vekalet sözleşmesi kapsamında ayıran bir unsur olmadığını ve sözleşmenin, Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri kısmında genel anlamı ile düzenlenen vekalet sözleşmesinin bir görünümü olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. Bu kapsamda, maddi fiillere ilişkin vekaletin getirdiği bünyesel farklılıklar haricinde vekalet sözleşmesi hükümleri doğrudan uygulama bulacaktır.

---

<sup>234</sup> Atabek/Sezen, **Hekimin Mes'uliyeti**, s. 144.

<sup>235</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 438.

<sup>236</sup> “(...) Hekimlik serbest meslek olduğu için, hiç olmazsa teorik bakımdan, hekim bir otoritenin emri ile bağlanamayacağı gibi, hastanın ister istemez netice hakkında, bilgisi olmadan verdiği emirle de bağlı olamaz. O hastanın emriyle de olsa kontrendike olan, katiyen yapılmayacak bir iş yaparsa mesuliyetten kurtulamaz. (...)” Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, s. 64.

Bu bahiste son olarak hastanın teamülen mevcut olan ücret ödeme borcunu nazara alarak hekimlik sözleşmesinin karma sözleşme niteliğinde olup olamayacağını tartışmak uygun olacaktır.

Daha evvel açıklandığı üzere karma sözleşmeler, iki veya daha fazla sözleşmenin unsurlarının kanunda düzenlenmemiş şekilde kısmen ya da tamamen bir araya getirilmesi ile oluşmaktadır<sup>237</sup>. Bir karma sözleşmenin mevcut olabilmesi için, farklı sözleşme tiplerine ait unsurların sıkı bir biçimde kaynaşması ve ortaya çıkan sözleşmeyi kanunda halihazırda düzenlenen sözleşme tiplerinden birine dahil etmenin mümkün olmaması gerekmektedir<sup>238</sup>. Bu kapsamda karma sözleşmelerin isimsiz sözleşme alt kategorisinde incelenmesinde özellik arz eden husus, kanunda düzenlenmemiş şekilde biçimlenmesidir<sup>239</sup>.

Hekimlik sözleşmelerinde hekimin asli ediminin iş görme edimi olduğuna yukarıda değinmiştik. Hastanın bu iş görme karşılığında ücret ödemesi gerektiğinin kabul edilmesi; ancak vekalet sözleşmelerinin hukukumuzda kural olarak ücretsiz olması karşısında hekimlik sözleşmesinin karma sözleşme niteliğinde olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Ne var ki, Türk Borçlar Kanunu'nun 502/III fıkrası uyarınca vekil, –sözleşme veya teamül varsa- ücrete hak kazanacaktır. Şu halde ücret, vekalet sözleşmeleri açısından zorunlu ve kanuni bir unsur olmamakla birlikte tarafların sözleşme ile ücret konusunda mutabakata varması ya da teamül gereği vekilin ücrete hak kazanması mümkündür.

Belirtmemiz gerekir ki, günümüzde, iş görme konusu faaliyetlerin çoğunlukla uzmanlık gerektirmesi karşısında vekilin hizmetlerinin genellikle ücret ödenmesini gerektiren hizmetler olduğu ifade edilmektedir<sup>240</sup>. Bu kapsamda ücret ödenmenin, vekalet sözleşmesine yabancı olmadığı ifade edilmelidir. TBK md. 502/f.III hükmü ile ücretli vekaletin de Kanun'da öngörülmüş bir sözleşme yapısı olması hasebi ile

---

<sup>237</sup> Kuntalp, **Karışık Muhtevah Akıt**, s. 15vd.; Oktay Özdemir, **İstanbul Şerhi** s. 2554; Oktay, **İsimsiz Sözleşmeler**, s.273; Eren, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 91vd.; Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 18; Eren, **Özel Hükümler**, s. 953.

<sup>238</sup> Oktay, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 274.

<sup>239</sup> Oktay, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 274; Oktay Özdemir, **İstanbul Şerhi**, s. 2555. Ayrıca, Eren, **Özel Hükümler**, s. 953-954.

<sup>240</sup> Weber, **OR Art 394**, p. 16; Honsell, **OR Art 394-406**, s. 268; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 365; Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 606; Eren, **Özel Hükümler**, s.717.

hekimlik sözleşmesi karma sözleşme olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak hastanın ücret yerine fındık, meyve gibi bir mal teslimini borçlanması halinde sözleşmenin hukuki niteliğinin vekalet ve satış sözleşmesinden oluşan karma sözleşme olarak değerlendirilebileceği yönünde bir görüş mevcuttur<sup>241</sup>.

## **b. Özellik Arz Eden Hekimlik Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği**

### **(1) Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de son yıllarda estetik müdahalelerin sayısının yadsınamayacak düzeyde arttığı görülmektedir<sup>242</sup>.

Değişen estetik anlayışları ve modern tıptaki gelişme ile birlikte kişiler, doğuştan var olan ya da daha sonra belirli etkenler neticesinde meydana gelen biçimsizlikleri giderme istemi ile sıklıkla hekime başvurmaktadır. Gerçekten bu istem, kişinin doğuştan itibaren muzdarip olduğu yarı dudak, damak, yüz şeklindeki bozukluk gibi bir biçimsizliğin giderilmesine yönelik olabileceği gibi doğuştan var olmayan, örneğin bir kaza neticesinde meydana gelen çene, yüz veya kafa kemiklerindeki deformasyonların düzeltilmesine yönelik de olabilir. Her iki ihtimalde de yapılan müdahale, hastanın hem bedensel hem de ruhsal bütünlüğüne kavuşturulmasına yönelik, tedavi amacı taşıyan ve hukuka uygun müdahalelerdir.

---

<sup>241</sup> Türk Hukukunda Yalçınduran, borçlanılan edimin tedavül kabiliyetinin olması gerektiğini belirtmektedir. Tedavül değeri olmayan bir edimin borçlanması halinde sözleşmenin isimsiz sözleşme olarak kabulü gerekmektedir. Yalçınduran, **Vekalet Sözleşmesinde Ücret**, s.114-115. TBK md. 502/f.III hükmünde ücret ifadesinin mevcut olması nedeni ile paradan başka edimin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı yönünde Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s.22, dn. 53. Para ya da mal teslimi olması hususunda ayırım yapmayan görüş için bkz. İpekyüz, **Hekimlik Sözleşmesi**, s. 47.

<sup>242</sup> Uluslararası Estetik Plastik Cerrahlar Birliği (ISAPS) tarafından yürütülen araştırmada 2016 yılı içerisinde Türkiye’de 789564 estetik operasyon gerçekleştirildiği ve bunun dünyada gerçekleştirilen tüm operasyonların %3.3’üne tekabül ettiği belirtilmiştir. Bir önceki yıla nazaran dünya genelinde estetik operasyonlarda %9 artış görülmüştür. Türkiye, dünya sıralamasında 2016 yılı itibarı ile en çok estetik operasyon gerçekleştirilen 8. ülkedir. (Çevrimiçi) <https://www.isaps.org/wp-content/uploads/2017/10/GlobalStatistics.PressRelease2016-1.pdf> 10 Nisan 2018. 2018 yılını kapsayan araştırmalar ise Türkiye’nin bu sıralamada ilk on ülke içerisinde yer almayarak geriye düştüğünü göstermektedir. Bu araştırmada yer alan başka bir değerlendirme, Türkiye’de 2018 yılı itibarı ile 1400 estetik cerrahın faaliyette bulunduğunu ve bu sayı ile en çok estetik cerrahın bulunduğu 11. ülke olduğunu göstermektedir. (Çevrimiçi), <https://www.isaps.org/wp-content/uploads/2019/12/ISAPS-Global-Survey-Results-2018-new.pdf>, 3 Ocak 2020.

Tedavi amacına yönelik bu müdahaleleri konu alan hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği vekalet sözleşmesidir.

Bazı durumlardaysa hastanın bedensel sağlığına etki edecek bir şekil bozukluğu olmamasına rağmen hasta, daha güzel bir görünüme kavuşma amacı ile hekime başvurmuştur. Bu amaçla yapılan burun estetiği, meme küçültme veya dikleştirme cerrahisi, yağ alma (liposuction), dudaga ya da yüze dolgu maddesi koyma gibi operasyonlar bunlardan bazılarıdır. Burada, hastaya müdahalede bulunmayı gerektiren tıbbi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Hasta, kendisini bedensel olarak güçsüzlüğe sokacak bir durumla karşı karşıya olmamakla beraber kendisini çirkin bulması veya güzelleşme arzusu içerisinde olması sebebi ile hekime başvurmuştur. Hastaya yapılacak müdahale, hastanın ruhi tamlığa kavuşmasına yöneliktir.

Tıbbi müdahalenin en temel amacının tedavi olduğunu belirten görüş, tıbbi zorunluluk bulunmayan bu gibi estetik müdahalelerin hukuka aykırı olacağını belirtmiştir<sup>243</sup>.

Ne var ki burada da tedavi amacına yönelik müdahalenin varlığını kabul etmek gerekir. Zira burada, aslında normal olan bir vücut uzvunun görünümünü kişinin zihninde daha güzel olarak algıladığı şekle dönüştürmeye yönelik bir müdahale vardır<sup>244</sup>. Gerçekten Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organisation- WHO-) sağlığı, sadece hastalık veya fiziki zafiyet hali değil, bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali olarak tanımlamaktadır<sup>245</sup>. Aynı tanım Hasta

---

<sup>243</sup> Sanal, **Organ Nakli**, s. 75. Ayan, bu gibi müdahalelerde tedavi amacının dolaylı bir nitelik taşıdığını, tehlikelilikleri arttığı oranda bu müdahalelere izin verilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 34. Aynı yönde Aydın Zevkliler, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1983, s.1-37, s. 29; Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 21.

<sup>244</sup> Şerife Yılmaz Gören, “Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi Hastalarında Ameliyat Öncesi ve Sonrası Dönemde Beden İmajı ve Benlik Saygısının Değerlendirilmesi”, **Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi**, C. 4, Sa.2, s. 61-73, s. 62. Doktrinde Arı, bu hususu şöyle ifade etmiştir: “(...)Bu müdahale, hastanın ruh bütünlüğüne yönelmiştir. Burada hasta, tıbbi bir zorunluluk bulunmamasına rağmen salt güzelleşme amacı ile estetik müdahalenin olası tüm risk ve tehlikelerini göze almaktadır. Başlı başına bu durum dahi kişinin, değiştirilmesini istediği bölge nazarında olumsuz bir psikoloji içerisinde olduğunu ve bu durumun ruhsal bütünlüğüne olumsuz etki ettiğini göstermektedir(...)” Elçin Arı: “Estetik Cerrahinin Hukuki Sorumluluğu”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y.67, 2002, Sa.1, s.12-43, s.14. Aynı yönde Petek, **Güzelleştirme Amaçlı Estetik**, s. 185.

<sup>245</sup>Dünya Sağlık Örgütü ana tüzük giriş kaidelerinde yer alan bu tanım için bkz. (Çevrimiçi) [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf) 17 Mayıs 2018.

Hakları Yönetmeliği'nde<sup>246</sup> de yer almaktadır. Şu halde kişinin sağlığı; beden ve ruh sağlığının bütünü olup sağlıklı olma halinin bizatihi bedensel bütünlüğe hasredilmesi sakıncalıdır. Bu kapsamda ruhi tamliğe yönelik tıbbi müdahalelerin de hukuka uygun olduğu konusunda şüphe etmemek gerekir. Ancak bu tip müdahaleleri konu alan hekimlik sözleşmelerinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Estetik amaçlı müdahaleleri konu alan hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği, estetik amaçlı müdahalelerin tanımının belirlenmesi akabinde tartışılmıştır.

### **i. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalenin Tanımı**

Doktrinde estetik amaçlı tıbbi müdahale tanımı yukarıda belirtilen her üç ihtimali de kapsar şekilde verilmektedir. Buna göre estetik amaçlı tıbbi müdahaleler; hastanın doğuştan ya da daha sonra bir kaza sonucu veya kendiliğinden meydana gelmiş olan ve kişinin dış görünümünü bozan ya da böyle olduğu düşünülen deformasyonlarını gidermeye yönelik müdahale olarak tanımlanmaktadır<sup>247</sup>. Doktrinde bir görüş, estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri aşağıdaki şekilde üç alt başlık altında incelemektedir<sup>248</sup>:

- Bedensel rahatsızlığı giderme amaçlı estetik müdahaleler (tavşan dudak, yüzde yanık gibi doğuştan var olan ya da daha sonra meydana gelen deformasyonların giderilmesine yönelik müdahaleler)
- Bedensel olmaktan ziyade ruhsal nitelikteki rahatsızlıkları gidermeye yönelik estetik müdahaleler ( burun küçültmesi, yağ aldırma gibi müdahaleler ile kişinin güzelleşme arzusundan hareketle yapılan müdahaleler)
- Salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler (kişiye bedensel ya da ruhsal anlamda sıkıntı vermemekle birlikte kalça büyütme, göz renginin değiştirilmesi gibi kişinin maddi kazancını artırma, ünlülere benzeme, daha iyi bir konuma yükselme gibi saiklerinden hareketle yapılan müdahaleler)<sup>249</sup>

---

<sup>246</sup> HHY md. 5/a.

<sup>247</sup> Özay, **Estetik**, s. 23; İpekyüz, **Hekimlik Sözleşmesi**, s. 31. Güzelleştirici ameliyatların yapılabilmesi için hastanın olası müdahaleye yönelik aydınlatılmış rızasının alınması ve müdahalenin kişiye ruhsal güç ve moral katan nitelikte olması gerekir. Tehlikeli sonuç doğurmaya elverişli oldukça güzelleştirici müdahalelerin yapılmaması gerektiği hk. Zevkliler, **Tedavi Amaçlı Müdahaleler**, s. 29; Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 21.

<sup>248</sup> Özay, **Estetik**, s. 25.

<sup>249</sup> Kanaatimizce bedensel olmaktan ziyade ruhsal nitelikteki rahatsızlıkları gidermeye yönelik müdahaleler, güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleleri de kapsayan bir aynıdır. (Aynı yönde Petek, **Güzelleştirme Amaçlı Estetik**, s.181 dn 9). Başka bir açıdan bakıldığında, nefes alma zorluğunun ve benzeri rahatsızlığın tedavisi haricinde

Doktrinde estetik müdahalelere ilişkin yapılan bir başka ayrıma göre ise bu müdahaleler; bedensel rahatsızlığı giderme amaçlı estetik müdahaleler ve bedensel olmaktan ziyade ruhsal nitelikli rahatsızlıkları gidermeye yönelik estetik müdahaleler olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>250</sup>.

Yapılan ayrımlar dikkate alınarak her bir estetik amaçlı müdahale çeşidinin hukuki niteliği ayrıca irdelenmektedir. Bu kapsamda, tedavi amacı taşıyan (*bedensel rahatsızlığı giderme amaçlı estetik müdahaleler ile bedensel olmaktan ziyade ruhsal nitelikte rahatsızlıkları gidermeye yönelik müdahalelerin*) estetik müdahaleleri konu edinen sözleşmelerin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğu görüşü mevcut olduğu gibi hiçbir ayırım yapılmaksızın estetik tüm müdahalelerin eser sözleşmesine konu olduğu da belirtilmektedir.

Aynı tartışma salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler için de mevcuttur. Burada salt güzelleştirme amaçlı müdahaleleri konu edinen sözleşmelerin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü baskındır<sup>251</sup>. Bir başka görüşe göre bu ilişki vekalet ilişkisi olarak değerlendirilmeliyken<sup>252</sup>, bu müdahalelerin tehlikeli olduğu ölçüde hukuka aykırı olduğu da doktrinde ileri sürülmektedir<sup>253</sup>.

---

kalan burun küçültme ameliyatları her iki başlık altında da değerlendirilebilecektir. Örneğin hastanın mevcut görünüşünün ruhi yapısında yarattığı sıkıntının giderilmesi amacıyla yönelik burun küçültmeyi konu alan hekimlik sözleşmesi vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilecektir. Ancak hastaya ruhsal anlamda sıkıntı vermeyen, onun sosyal olarak iyi bir konuma kavuşma saikine binaen gerçekleştirilen burun küçültme müdahalesi ise eser sözleşmesine konu olacaktır. Buna karşılık hastanın ameliyata rıza vermeden evvelki saikine göre hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi hekim açısından belirsiz ve sakıncalı olabilecektir.

<sup>250</sup> Petek, **Güzelleştirme Amaçlı Estetik**, s. 181 dn.9. Yazar, estetik müdahaleleri bedensel tedaviye yönelik olan ve ruhsal tedaviye yönelik olan estetik müdahale şeklinde ikiye ayırmakta, ruhsal tedaviye yönelik müdahalelerinse “güzelleştirme amaçlı estetik müdahale” şeklinde tanımlanmasının isabetli olacağını belirtmektedir. Çilingiroğlu ise kişinin bedeni üzerinde doğuştan veya sonradan meydana gelen deformasyonları onarmaya yönelik olanlar ve kişiye sadece daha güzel bir dış görünüş kazandırmaya yönelik müdahaleler olmak üzere iki grupta incelemiştir. Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 20. Aynı yönde İpekyüz, **Hekimlik Sözleşmesi**, s. 31.

<sup>251</sup> Akartepe, **Tedavi Sözleşmesi**, s. 21; Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, s. 76-77; Petek, **Güzelleştirme Amaçlı Estetik**, s. 192; İpekyüz, **Hekimlik Sözleşmesi**, s.61; Özay, **Estetik**, s.47; Gülel, **Tıbbi Müdahale Sözleşmesi**, s. 609; Büyükkay, **Tazminatın Paylaştırılması**, s. 311; Günday, **Malpraktis**, s. 14.

<sup>252</sup> Kern, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztes**, § 38 Nr. 27; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 21; Zekeriya Kurşat, “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, **İÜHFİM**, C. 67, Sa.1-2, 2009, s.143-166, s.153.

<sup>253</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 34; Zevkililer, **Tedavi Amaçlı Müdahaleler**, s. 29; Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 21.



Kanaatimizce bu konuda yapılan farklı sınıflandırmalar ve her bir alt ayrımın tedavi amacının varlığına göre hukuki nitelendirme yapması bu kavramları ve hukuki nitelendirmeyi belirsiz ve güç hale getirmiştir.

Bu kapsamda estetik amaçlı müdahaleleri tanımlarken tıp biliminin bu müdahaleleri sınıflandırma şeklinden faydalanmanın uygun olacağı kanaatindeyiz.

Şöyle ki; doğuştan var olan ya da daha sonra meydana gelen deformasyonların giderilmesine ya da hastanın güzelleştirilmesine yönelik müdahalelerin tümü genel olarak Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi<sup>254</sup> anabilim dalının konusudur<sup>255</sup>. Uzmanlığını bu anabilim dalında tamamlamış hekimler plastik, rekonstrüktif ve estetik müdahalelerin her birini gerçekleştirmeye tam yetkilidir. Ancak müdahaleler kendi içerisinde plastik, rekonstrüktif (yapma, yeniden yapma, onarım) ve estetik (kozmetik, güzellik, güzelleştirme) cerrahi alan olarak ayrıca sınıflandırılmaktadır.

Plastik, rekonstrüktif cerrahi; doğuştan ya da sonradan oluşmuş deri ve altındaki tümörlerin tedavisi, açık yaraların onarılması, şekil bozukluklarının giderilmesi, genital organların doğumsal anomalileri, onarımları, kopan organların onarımı gibi vücudun tüm bölümlerindeki anomali, eksiklik ya da onarıma yönelmiştir<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> Tıpta Uzmanlık Kurulu tarafından yayımlanan uzmanlık alanları müfredatında bu ana dalın amacı, hastanın kaybettiği işlevini yeniden kazanması, mevcut işlevinin onarılması ya da görünüşünün düzeltilmesi sureti ile hastanın yaşam kalitesinin artırılması olarak ifade edilmiştir. (Çevrimiçi) <http://www.tuk.saglik.gov.tr/TR,31542/plastik-rekonstruktif-ve-estetik-cerrahi.html> 13 Temmuz 2018.

<sup>255</sup> Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik cerrahinin kapsamına, insan vücudunun tüm bölgelerindeki anomali veya deformasyonlar girmektedir. Vücudun her bölgesini kapsamaması nedeni ile vücudun belirli bölgesine yönelmiş başka uzmanlık alanları ile yetkili oldukları ortak cerrahi vakalar bulunmaktadır. Bleferoplasti, yüz germe, kaş ve alın kaldırma, lipektomi, yüz implant uygulaması, dolgu madde uygulaması, dudak cerrahisi, dolgu, rinoplasti, otoplasti, mentoplasti, yağ transferi, doku genişletici uygulamaları bu ortak vakalardan bazılarıdır. Uzmanlık dallarının kapsadığı alanlar, Tıpta Uzmanlık Kurulu tarafından düzenlenen müfredatlara göre belirlenmektedir. Örneğin burun küçültme ameliyatını konu alan estetik amaçlı tıbbi müdahaleyi yürütme konusunda hem Plastik ve Rekonstrüktif ve Estetik cerrah hem de Kulak Burun Boğaz Hastalıkları ana dalında uzmanlığını tamamlamış hekim yetkilidir. Bu nedenle bu konunun estetik cerrah ile hasta arasındaki hukuki ilişki olarak irdelenmesi –estetik müdahalede bulunan diğer uzmanlık dallarını dışlayacağından- yetersiz olacaktır. Sağlık Bakanlığı Tıpta Uzmanlık Kurulu tarafından yayımlanan müfredatlar için bkz. (Çevrimiçi), <https://tuk.saglik.gov.tr/TR,30147/mufredatlar.html>, 3 Ocak 2020.

<sup>256</sup> Rekonstrüktif sözcüğü, yeniden yapmak, yeniden inşa etmek anlamındadır. Eksik olan ya da dış etkenler nedeni ile kaybedilmiş bir uzvu yeniden yapılması (rekonstrüksiyon) ya da doğuştan olmayan bir organın yapılması (konstrüksiyon) plastik cerrahinin ana konularından biridir. Yılmaz Gören, **Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi**, s. 62.

Estetik amaçlı müdahaleler ise hastanın mevcut görünümünü daha güzel hale getirmeye yöneliktir. Tekrar etmek gerekir ki hem onarım hem de güzelleştirmeye yönelik müdahaleler Plastik ve Estetik Cerrahi uzmanları tarafından yürütülmektedir. Ancak bu cerrahi alanının müdahalelere yönelik kendi iç sınıflandırması estetik amaçlı müdahalelerin tanımı hususunda da yol göstericidir. Bu kapsamda yapım, onarım, yeniden yapıma ilişkin (plastik ve rekonstrüktif cerrahi alana giren) tıbbi müdahaleleri kapsam dışında bırakarak sadece güzelleştirme amaçlı müdahalelerin estetik amaçlı müdahale olarak anlaşılmasının isabetli olacağını düşünüyoruz.

Bu ayırmadan hareketle, plastik ve rekonstrüktif cerrahi alanına giren müdahalelerin doğrudan tedavi amacına yöneldiğini ve olağan tıbbi müdahalelerden farklı tezahür etmediğini belirtmek gerekir. Bu müdahaleleri konu alan hekimlik sözleşmesi tarafları arasında vekalet ilişkisi bulunmaktadır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun<sup>257</sup> "*Kurumca Finansmanı Sağlanmayacak Sağlık Hizmetleri*" başlıklı 64. madde hükmü de bu görüşümüzü dolaylı yoldan desteklemektedir. Kanun'un 64. maddesi uyarınca -vücut bütünlüğünü sağlamak amacıyla yapılan ve iş kazası ile meslek hastalığına, kazaya, hastalıklara veya konjenital (doğuştan, doğuma bağlı) nedenlere bağlı olarak ortaya çıkan durumlarda yapılacak sağlık hizmetleri dışında- estetik amaçlı yapılan her türlü sağlık hizmeti finansman kapsamı dışında bırakılmıştır. Mezkur maddede vücut bütünlüğünü sağlamak amacı ile yapılan müdahaleler ile estetik müdahaleler ayrılmıştır. Maddenin mefhumu muhalifinden, doğuştan var olan veya daha sonra meydana gelen ve vücut bütünlüğünü sağlamak amacıyla yapılan tıbbi müdahalelere ilişkin ödemelerin Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından karşılanacağı anlaşılmaktadır. Ancak bu sayılan haller haricinde kalan ve estetik amacı ile yapılan müdahaleler kapsam dışında bırakılmıştır. Biz de estetik amaçlı müdahalelerin, doğuştan var olan ya da sonradan meydana gelmesi itibari ile bedensel ve ruhsal bütünlüğünü bozan anomali ya da deformasyonlar haricinde kalan ve sadece güzelleştirme amacına yönelmiş müdahaleler olarak tanımlamanın uygun olacağı kanaatindeyiz.

---

<sup>257</sup> RG 16.6.2006, 26200.

## ii. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalenin Hukuka Aykırılışı Meselesi

Daha evvel belirttiğimiz üzere estetik amaçlı (salt güzelleştirmeye yönelik) müdahalelerin tedavi niteliğinden yoksun olması nedeni ile hukuka aykırı olduğu görüşü mevcuttur<sup>258</sup>. Bu görüşe dayanak olarak AY 17/f.II fıkrası<sup>259</sup> ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *Tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı* başlıklı 12. maddesi gösterilmektedir. İlgili madde uyarınca teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek tıbbi müdahalelerin yapılması yasaklanmıştır.

Benzer bir görüş<sup>260</sup>, iyileştirme ya da tedavi amacına yönelmeyen tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının geçersiz olduğunu ve müdahalenin hukuka aykırı kalmaya devam edeceğini ifade etmektedir. Buna gerekçe olarak kişinin, kendi bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin tedavi amacına yönelik olmayan müdahaleleri kapsamayacağı belirtilmektedir.

Belirtmemiz gerekir ki, özerkliğe saygı ilkesi ve kendi geleceğini belirleme hakkı beraberinde, kişinin, vücut bütünlüğünü ilgilendiren konularda karar alabilmesini ve bu karara saygı duyulması gerekliliğini getirmektedir. TMK md.24/II fıkrası da kişilik hakları ihlal edilen kişinin rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığına işaret etmektedir. Ancak kişinin bu konudaki tasarruf yetkisi sınırsız değildir. *Kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen ya da tamamen vazgeçemeyeceğini* düzenleyen TMK md. 23/f.I hükmü ve HHY md. 12 düzenlemesi, hastanın kendi seçimine mutlak olarak üstünlük tanınmadığını göstermektedir<sup>261</sup>. Bu kapsamda TMK md 23/f. I kapsamında korunan insan onuru

---

<sup>258</sup> Güreli, **Cerrahi Müdahale**, s. 272. Yazara göre; tedavi, koruma ve acıyı dindirme sebeplerinin yokluğunda hekimin müdahalesi ile şerhin bıçağı arasında fark bulunmamaktadır. Estetik amaçlı müdahaleler mesleki kurallarına uygun olsa dahi bu şartlardan birini ihtiyat etmemesi nedeni ile hukuka aykırıdır. Bu müdahalelerin suç teşkil etmemesi, özel bir yasa ile düzenlenmesine bağlıdır. **A.e.**, s. 275.

<sup>259</sup> Mezkur maddede tıbbi gerekliliğin önemi vurgulanmış ve tıbbi zorunluluklar ile kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı açıkça belirtilmiştir. Maddede yer alan tıbbi zorunluluk ifadesinin tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun endikasyonla sağlanacağını ifade ettiği, endikasyonun ise tıbbi, sosyal, psikolojik, genetik endikasyonları da kapsadığı belirtilmektedir. Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s. 79.

<sup>260</sup> Bayraktar, **Cezai Sorumluluk**, s. 83.

<sup>261</sup> Adıgüzel, **Yoğun Bakım**, s. 16.

ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ile bağdaşmayan rızanın, olası müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği ifade edilmelidir<sup>262</sup>.

Şu halde kişinin serbestçe tasarruf edebileceği haklara yönelik müdahalelerde rıza, genel hükümlere göre mağdurun rızası kavramı ile çözümlenebilecektir<sup>263</sup>. Tedavi amacına yönelmeyen müdahaleler açısından bazı müdahaleler açıkça kanunla düzenlendiği<sup>264</sup> bazılarının ise düzenli uygulama ile toplumda genel kabul gördüğü görülmektedir. Biz estetik amaçlı müdahalelerin hukuka aykırı olup olmadığına ilişkin meselenin, kişilik hakları ve biyotıp etiği ilkeleri çerçevesinde tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

Burada esas alınacak öncelikli kavramlar, temel biyo-tıp etik ilkelerinden olan yararlılık ve zarar vermeme ilkeleridir. Bu ilkeler, hekime, sağlık hizmetlerini yürütürken yarar ve zarar dengelemesi yapma ödevi yüklemektedir. Gerçekten hekim tarafından gerçekleştirilen her müdahalenin değişen oranlarda riski bulunmaktadır. Hekimin olası müdahale için yarar ve zarar karşılaştırması yaparak faydadan çok zararlı olacağını düşündüğü müdahalelerde dikkatli olması gerekmektedir. Ancak burada her zaman için, hekimin, zarar riskini daha çok gördüğü müdahaleden kaçınması ifade edilmemektedir. Aksi halde hekimin, hastası adına iyi veya kötüyü en iyi bilen kişi olduğu, hasta adına karar vermeye yetkili olduğu paternalist bir yaklaşımın kabulü tehlikesi ile karşılaşılacaktır. Burada hekimin dikkatli olması gereken husus kendini, zarar vermeme ilkesi karşısında hastanın özerkliğine saygı ilkesini dengelemekte göstermektedir. Bu durumu bir örnekle açıklamak uygun olacaktır: Meme kanseri olan kadın hastaya yapılacak mastektomi operasyonu ile memelerin alınması işlemi hastanın yararınadır. Ne var ki hasta, kadınlık kimliğini kaybetmesine neden olacağı inancı ile işleme rıza göstermeyebilir. Burada hastanın kimliğini kaybedeceğine yönelik düşüncesi onun açısından öyle bir zarardır ki,

---

<sup>262</sup> Oktay Özdemir, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 400; Adıgüzel, **Yoğun Bakım**, s. 16

<sup>263</sup> Erman, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 76.

<sup>264</sup> Rızaya dayalı sterilizasyon işleminin serbestçe uygulanabileceğini öngören Nüfus Planlaması Hakkında Kanun md. 4/I hükmü buna örnektir. Estetik amaçlı müdahalelerin özel bir hükümle düzenlenmesi gerektiği yönünde Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 460.

yaşama süresinin uzamasına ilişkin yararı ile dengelenemeyecektir. Bu gibi durumlarda hastanın özerkliğine saygı duyulması gerekmektedir<sup>265</sup>.

Yukarıda verilen örnek, tıbbi gereklilik barındırması nedeni ile konumuz açısından uygun olmayabilecekse de hekimin yarar ve zararı karşılaştırırken hastanın özerkliğine saygı duyması gerektiğini göstermesi nedeni ile önemlidir. Tıbbi gereklilik barındırmayan, estetik amaçlı müdahalelerde de hekimin yapması gereken olası müdahalenin yarar ve zararlarını gözetmek; ancak hastanın özerkliğine saygı duymaktır. Örneğin burun estetiği, yağ aldırma gibi toplum tarafından kabul gören ve hasta sağlığında herhangi bir cerrahi müdahaleden beklenen riskten fazlasını teşkil etmeyen müdahalelerin hukuka uygun olduğu kabul edilebilecektir<sup>266</sup>.

Günümüzde yavaş yavaş karşılaştığımız bazı estetik amaçlı müdahalelerde ise hastaya verilen zarar ileri boyutlardadır. Bu konuyu bir olay üzerinden değerlendirmek uygun olacaktır: Dennis Avner isimli eski bir ordu mensubu, kedigillerden olduğu inancı ile kaplan görünümü elde etmek amacı ile düzenli olarak estetik operasyon geçirmiştir<sup>267</sup>. Yüzünün kedigillerle uyumsuz olduğunu düşünen Avner, tüm yüz şeklini değiştirmiş, vücudunu dövmelerle kaplatmış, dişlerini törpülemiştir. Tüm bu operasyonlarda Avner'in rızası olduğu muhakkaktır. Ancak Avner'in rızasının başlı başına müdahaledeki hukuka aykırılığı kaldırıp kaldırmayacağı ayrı bir meseledir.

Burada tartışılması gereken ilk kavram insan onurudur. Temel kişilik haklarından biri olan ve tüm insanların eşit olması ve eşit muamele görmesini gerekli kılan bu kavram aynı zamanda kimi durumlarda kişinin kendine karşı korunmasını da gerektirmektedir<sup>268</sup>. İnsan onurunun sınırlandırma fonksiyonunu işaret eden bu tanım, konumuz estetik amaçlı müdahaleler açısından oldukça önemlidir. Burada Avner'in rızaya ehliyeti tartışılarak, müdahalenin hukuka aykırılığının rızanın geçersiz olmasına bağlı olduğu yorumu yapılabilecektir. Ancak rıza ehliyetinden

---

<sup>265</sup> Örnek için bkz. Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 116.

<sup>266</sup> Erman, **Tıbbi Müdahaleler**, s.204; Baker, **Nontherapeutic Cosmetic Surgery**, s. 604.

<sup>267</sup> 54 yaşında evinde ölü bulunan Avner'in intihar ettiği düşünülmektedir.

<https://www.independent.co.uk/news/people/news/stalking-cat-daniel-avner-found-dead-in-apparent-suicide-after-years-of-body-modification-to-look-8316569.html> (Çevrimiçi), 19 Aralık 2019.

<sup>268</sup> Bu konuda yapılan açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm/B/1.

bağımsız olarak, insan onuruna aykırı bu tür müdahalelere verilen rızanın hukuka aykırılığı kaldırmayacağı da düşünülebilecektir. Gerçekten, mağdurun rızası olsa dahi, ücret elde etme amacı ile bu gibi bir dizi estetik müdahale ile kişiyi bir obje yerine konumlandıran müdahalenin insan onuruna aykırı olması nedeni ile hukuka aykırı olduğu ve bunu konu edinen sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı yorumu yapılabilecektir.

Burada aynı zamanda zarar vermemeye yönelik temel biyoetik ilkenin de ihlal edildiği görülecektir. Her ne kadar otonomi, kişinin kendi kararlarına (kendine bedensel zarar vermeye yönelik kararı da dahil olmak üzere) saygı gösterilmesini gerekli kılmaktaysa da kimi somut durumlarda hekimin, zarar vermemeye yönelik temel biyoetik ilkeyi, kişinin özerkliğine saygı ilkesine üstün tutması gerekmektedir. Burada bir görüş, kişinin kendine isteyerek zarar vermesinin önüne geçen bir düzenleme bulunmadığını; ancak başkasının, o kişinin rızasına dayalı olarak ağır bedensel zarara neden olamayacağını ifade etmektedir. Bu görüş, üçüncü kişinin, mağdurun rızası bulunduğuna yönelik savunmasına itibar edilmesi için zararın makul olması gerektiğini, ağır bedensel zararlarda rızanın geçerli olmadığını belirtmektedir<sup>269</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere, insanı süje olmaktan çıkararak adeta bir nesne haline getiren tıbbi müdahalelerde kişinin rızası bulunsa dahi bu rıza müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır. Yine, hekimin zarar vermeme ilkesine aykırılık teşkil eden durumlarda müdahalenin hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir. Bunun dışında kalan ve hasta açısından herhangi bir cerrahi müdahaleden beklenen riskten fazlasını teşkil etmeyen müdahalelerin hukuka uygun olarak kabul edilmesi ve hastanın özerkliğine saygı duyulması gerekmektedir.

---

<sup>269</sup> Baker, **Nontherapeutic Cosmetic Surgery**, s. 596. Görüşün gerekçesini dayandığı *R v. Brown* davasında mahkeme, rızanın ne zaman geçerli olacağı hususunda kriter belirlemiştir. Buna göre, makul cerrahi müdahale ve makul estetik uygulamalardan ağır bedensel zarar doğmuş olsa bile bu müdahalelere verilen rıza hukuka uygundur. Ancak ağır bedensel zarar makul olmayan bir müdahaleden doğmuşsa rıza, müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır. Bu konuda farklı bir görüşe göre ise kişinin rızasına rağmen vücut bütünlüğüne yönelik müdahalenin cezalandırılması, bu müdahalenin diğer kişilerin haklarını ihlal etmesi halinde mümkün olmalıdır. Bu görüş ve ayrıntılı değerlendirme için bkz. Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 476.

### iii. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri sadece güzelleştirmeye yönelik müdahale olarak tanımlamamız akabinde bu tip müdahaleleri konu edinen sözleşmelerin hukuki niteliğinin, olağan hekimlik sözleşmesinden farklı olup olmadığını değerlendirmek gerekecektir.

Doktrinde çoğunluk görüşü, hekim ile hasta arasında konusunu estetik müdahalelerin oluşturduğu hekimlik sözleşmesini eser sözleşmesi olarak değerlendirmektedir<sup>270</sup>. Tarafların sözleşme yapmaktaki asıl amacının, belirli bir eser meydana getirme olduğunu belirten yazarlar, faaliyeti özenle yürütmenin değil faaliyet sonucunda ortaya çıkacak neticenin taahhüt edildiğini ifade etmektedir<sup>271</sup>. Bu yönü ile hekimin tedavi amacı ile yürüttüğü faaliyetleri konu edinen sözleşmelerin eser sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı hususu önemli bir tartışma konusudur.

Fiziki olmayan sonuçların da eser sözleşmesine konu edilebilmesinin kabulünden hareketle, bir eser meydana getirme sayılan ve sonucunun taahhüt edilmesi mümkün olan tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu belirtilmektedir<sup>272</sup>. Gelişen teknoloji ve tıp biliminin vardığı düzey ile birlikte hekimin, bazı müdahalelerde sonucu önceden taahhüt edebileceği ifade edilmektedir. Bu gibi müdahaleleri konu edinen ilişkiyi vekalet

---

<sup>270</sup> Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, s. 76-77; Petek, **Güzelleştirme Amaçlı Estetik**, s. 192; İpekyüz, **Hekimlik Sözleşmesi**, s.61; Özay, **Estetik**, s.47; Gülel, **Tıbbi Müdahale Sözleşmesi**, s. 609; Büyükay, **Tazminatın Paylaştırılması**, s. 311; Günay, **Malpraktis**, 2012, s. 14; Büyüksağış, **Yaşama Şansının Yitirilmesi**, s.121; Başpınar, **Özen Borcunun Tıbbi Standartlarla İlişkisi**, s.366. Ayrıca karşı. Temel, **90. Yıl Armağanı**, s. 312vd. Alman Hukukundaki yasalama hareketine rağmen estetik (kozmetik) amaçlı müdahaleleri konu edinen sözleşmelerin hukuki niteliği üzerine tartışmalar devam etmektedir. (Franzki, **Der Behandlungsvertrag**, s. 60; Deutsch/ Spickhoff, **Medizinrecht**, Nr. 139) BGB § 630a hükmünün emredici olmadığı ve tarafların dilerse eser sözleşmesi hukuki niteliğini haiz bir sözleşme akdedebilecekleri; estetik amaçlı hekimlik sözleşmelerinde ise hekimin, her halükarda müdahalenin başarılı sonucundan sorumlu olduğu yönünde, **MuKoBGB/Busche**, BGB § 631, Nr. 124.

<sup>271</sup> **MuKoBGB/ Busche**, BGB § 631, Nr. 124.

<sup>272</sup> Özay, **Estetik**, s. 47. Bu konuda mülga Borçlar Kanunu yürürlükteyken doktrinde yapılan tartışmalar için bkz. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 2-22. Mülga Borçlar Kanunu md. 355 hükmünde yer alan “bir şeyin imali” ifadesi TBK md. 470 hükmü ile “bir eser meydana getirme” ifadesine dönüşmüştür. Terminolojik bu değişim sonrası düzenlemenin, fiziki varlığı olmayan eserleri de kapsamaya müsait olduğu yorumu yapılabileceği yönünde Saibe Oktay Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansı III: Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinde Özel Durumlar, Taraf Değişiklikleri, TBK Değerlendirmeleri ve İrdemeleri**, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 280-289, s.280.

ilişkisi olarak nitelemek, sınırını özen borcu kapsamına bırakarak hastanın ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanamaması sonucunu doğuracaktır<sup>273</sup>. Gerçekten, estetik amaçlı müdahaleyi konu edinen sözleşme, eser sözleşmesi olarak kabul edildiğinde hasta sadece taahhüt edilen sonucun gerçekleşmediğini ispat edecek, hekimin tedaviyi tıbbi standartlara uygun ve özenli şekilde ifa ettiği yönündeki savunması dinlenilmeyecektir. Hekim, ancak sözleşme ile yüklendiği sonucu meydana getirirse borcundan kurtulacaktır. Bu kapsamda ilişkinin eser sözleşmesi olarak kabulü hasta lehinedir.

Aşağıda ayrıntılarına yer verilmiş bir başka görüş<sup>274</sup> ise, estetik amaçlı müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin hukuki niteliğini tayin ederken somut sözleşmenin göz önünde bulundurulması gerekliliğini belirtmektedir. Burada, öncelikle hasta ile hekim arasında akdedilen sözleşmedeki taraf iradelerinin yorumlanması gerekecektir<sup>275</sup>. Bu kapsamda taraflar, sözleşmenin vekalet ya da eser sözleşmesi olduğu yönünde açıkça mutabakata varabilecektir. Örneğin taraflar, sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunu açıkça belirlemişlerse, sözleşme serbestisi uyarınca taraf iradeleri üstün tutularak sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabulü gerekir<sup>276</sup>. Ne var ki, hekimin yüklendiği edim sonucu tıp bilimi uyarınca yerine getirilmesi imkansız bir edim ise burada objektif imkansızlık hükümleri uygulanmalıdır<sup>277</sup>. Tarafların sözleşmenin niteliği hususunda açıkça anlaşmadığı hallerde ise hekimin estetik sonucu açıkça taahhüt edip etmediği araştırılmalıdır. Hekim, sözleşme görüşmeleri aşamasında ya da sözleşme kurulduktan sonra fotoğraf, çizim ya da başka görsel araçlar ile kaşın ne kadar yükseltileceğini belirtmiş ve taraflar bu hususta hemfikir olmuşsa hekimin sonucu taahhüt ettiği kabul edilmelidir. Hekimin, somutlaştırmaya elverişli bir estetik görünüm taahhüdünü

---

<sup>273</sup> Özyay, **Estetik**, s. 47. Yazar, hastanın, eser sözleşmesi uyarınca sözleşmeden dönme, onarım, bedelde indirim gibi seçimlik haklarının, hukuki tasnifi belirlemede önemli olduğunu belirtmektedir.

<sup>274</sup> Temel, **Alman Hukukunda Estetik**, s. 235.

<sup>275</sup> Estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu; ancak tarafların müdahalenin sonucu üzerinde açıkça anlaşması halinde sözleşmenin eser sözleşmesi olarak değerlendirilebileceği yönünde Sigrid Lorz, **Arzhaftung bei Schönheitsoperationen**, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 360, Duncker&Humblot Berlin, 2006, s.79; Olzen/Kaya, **Der Behandlungsvertrag, §§ 630a–h BGB**, s.662; Donay, **Doktorun Hukuki Sorumluluğu**, s. 46.

<sup>276</sup> Lorz, **Schönheitsoperationen**, s.79; Donay, **Doktorun Hukuki Sorumluluğu**, s. 46.

<sup>277</sup> Temel, **90. Yıl Armağamı**, s. 312



vermediği hallerde ise tarafların sözleşme görüşmeleri esnasında sarf ettikleri ifade ve irade beyanları incelenmelidir<sup>278</sup>. Örneğin, hekimin elinden geleni yapacağını belirtmesi ya da *ameliyattan sonra güzel bir buruna sahip olacaksınız* şeklinde genel ifadeleri, sözleşmeyi eser sözleşmesi boyutuna taşımaya yetmeyecektir<sup>279</sup>. Ancak yüz gerdirme operasyonu yapacak hekimin hastayı on beş yıl geriye götüreceğini belirtmesi örtülü bir estetik sonuç taahhüdü olarak kabul edilmelidir. Burada hekimin açık ya da örtülü olarak verdiği başarı taahhüdü, ancak riski düşük olan yüz gerdirme, burun düzeltme, kaş kaldırma gibi müdahalelere yönelikse geçerlidir. Ne var ki hekimin genel nitelikli başarı taahhüdü, özellikle başarı riski az olan tıbbi müdahalelerde, aradaki sözleşmenin eser sözleşmesi olarak yorumlanması için yeterli olmamalıdır<sup>280</sup>.

Bu konuda farklı bir görüş; ortaya çıkan sonucu, hastanın değil tıp biliminin kabulü açısından değerlendirmektedir. Hekim tarafından yürütülen tıbbi müdahale neticesinde meydana gelen sonuç tıp bilimi ve standartları açısından başarılı bir sonuç olarak kabul edilebiliyorsa hastanın bu sonuçtan tatmin olup olmadığı önem taşımaksızın eser olarak kabul edilecektir<sup>281</sup>.

---

<sup>278</sup> Temel, **90. Yıl Armağanı**, s. 312.

<sup>279</sup> OLG Köln, MDR 1988, 317 (317), Franzki, **Der Behandlungsvertrag**, s. 61.

<sup>280</sup> Ayrıntılı bilgi için, Franzki, **Der Behandlungsvertrag**, s. 61; Temel, **90. Yıl Armağanı**, s. 313.

<sup>281</sup> Bu görüş tarafından şu örnek verilmektedir. Hasta ile hekim, hastanın burnunun ünlü bir sanatçının burun şekline dönüştürülmesi hususunda anlaşmıştır. Burada hekim, hastanın burnunu talep edilen burun formuna dönüştüreceği hususunda sonucu taahhüt etmiştir. Ameliyat neticesinde bu sonuca ulaşamamış; ancak objektif değerlendirme ile hastanın burnu eski haline nazaran daha güzel bir görünüme kavuşmuşsa, hekimin sorumluluğuna gidilmemesi gerekecektir. Petek, **Güzelleştirme Amaçlı Estetik**, s. 192. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından verilmiş bir karar bu görüşü destekler niteliktedir: “(...)Diğer yandan, davacının dosyada bulunan ve ameliyattan önce yüzden çekilmiş fotoğraflarıyla sonraki fotoğrafları karşılaştırıldığında; davacı aleyhine oluşmuş eksik görünüm farklılığı değil, lehine oluşmuş çok açık farklılık olduğu görülmektedir. O halde, “estetik görünüm” konusunda yüklenicinin yüklenildiği edimini ifa etmiş olduğunun kabulü gerekir.(...)” Yarg. 15. HD. T. 25.01.2011 E. 2010/589 K. 2011/263, (Çevrimiçi), Lexpera, 12 Mayıs 2017. Estetik sonucun başarılı olup olmadığı, estetik sonucun kime göre güzel bulunup bulunmadığı ile ilgilidir. Güzellik ise kişiden kişiye göre değişecek bir kavramdır. Burada hastanın güzellik algısı ele alındığında, hastanın bireysel zevkine bırakılması nedeni ile hekim yönünden adil olmayan sonuçlar ortaya çıkacaktır. Tersine, güzellik algısı hekime bırakıldığında, bu defa hekimin takdirine bağlı olan ve hastanın memnuniyetsizliğine neden olabilecek sonuçlar doğacaktır. Burada teknolojiye faydalanarak tarafların, hastanın ameliyat sonrası görünümüne üzerine mutabakata varmaları söz konusu olabilecektir. Ne var ki hem hastanın bünyesinden kaynaklı nedenlerle hem de hekimin, çoğu kez, ameliyat esnasında kararını netleştirmesi söz konusu olacağından, tarafların mutabık kaldığı görünüm elde edilemeyecektir. Lorz, **Schönheitsoperationen**, s. 71-72.

Biz, estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu kanaatindeyiz<sup>282</sup>. Hekimin, sonucu ayrıca garanti etmiş olmasının da bu sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmeye hizmet etmeyeceğini düşünmekteyiz. Buna ilişkin gerekçeleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

Öncelikle, hekimin, müdahalenin başarılı sonucundan sorumlu tutulamayacağına yönelik TDY md. 13 hükmünde estetik amaçlı müdahaleleri konu edinen tıbbi müdahalelere yönelik bir istisnaya yer verilmemiştir. Biz de estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin, genel kuraldan ayrılmasını gerektiren bir tabiatı olamayacağı kanaatindeyiz.

Eser sözleşmesinin mevcudiyetinden söz edebilmek için, sözleşme konusu edimin sonuç taahhüdüne elverişli olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile taraflar,

---

<sup>282</sup> Bu yönde Kern, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztes**, § 38 Nr. 27; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 21; Kurşat, **Nitelendirme**, s.153. Burada hekimlik sözleşmesini yasal zemine oturtmuş Alman Hukuku'nda ileri sürülen görüşlere yer vermek uygun olacaktır. Alman Hukukunda, estetik amaçlı müdahalelerin hukuki niteliğine ilişkin görüşler üç ana görüş etrafında toplanmaktadır. İlk görüş, estetik amaçlı sözleşmelerin, eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna gerekçe olarak hekimin bu tip sözleşmelerde müdahaleyi özenle görmeyi değil, müdahalenin başarılı sonucunu taahhüt ettiğini öne sürmektedir. (**MuKoBGB/Busche**, BGB § 631, Nr. 124, Eser sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde, Lorz, **Schönheitsoperationen**, s. 69 dn. 185'te belirtili yazarlar) İkinci görüş ise bu tip müdahalelerin, olağan tıbbi müdahalelerden farklı seyretmediği ve nihayetinde yaşayan bir organizma olan insan vücudu üzerinde yürütülen müdahalenin başarılı olmama ihtimalinin mevcut olduğunu ifade etmektedir. Bu kapsamda estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin de diğer tıbbi müdahaleler gibi ancak hizmet sözleşmesine konu olabileceği belirtilmektedir. (Kern, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztes**, § 38 Nr. 27). Üçüncü ve ağır basan görüş ise estetik amaçlı müdahalelerin de hizmet sözleşmesine konu olabileceği; ancak tarafların, müdahalenin başarılı sonucu üzerinde açıkça anlaşmaları halinde sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. (Olzen/Kaya, **Der Behandlungsvertrag**, §§ 630a–h BGB, s.662; Lorz, **Schönheitsoperationen**, s.79). Alman Hukuku'na 2013 yılında dahil olan BGB § 630a'nın bu görüşler arasında ağır basan üçüncü görüşü benimsediği ileri sürülmektedir. Bu kapsamda genel kural olarak estetik amaçlı müdahaleler, bünyesinde başarılı sonucu ihtiva etmemekte; ancak tarafların bu yönde anlaşabilmesi mümkün olmaktadır. Tarafların -nadiren de olsa- sonuç üzerinde açıkça anlaşması halinde sözleşme, hekimlik sözleşmesini düzenleyen BGB § 630a hükmüne değil, eser sözleşmelerini düzenleyen BGB § 631vd. hükümlerine tabi olacaktır. (Olzen/Kaya, **Der Behandlungsvertrag**, §§ 630a–h BGB, s.662; Franzki, **Der Behandlungsvertrag**, s. 61. Karş. Deutsch/ Spickhoff, **Medizinrecht**, Nr. 139, Markus Gehrlein **Grundwissen Arzthaftungsrecht**, 3. Auflage, 2018, s. 3). Kanun koyucunun çözümü bu yönde olmakla beraber baskın görüşün hatalı yorumlandığı belirtilmektedir. Zira kanun koyucunun amacı, sonuç taahhüdü içeren estetik amaçlı müdahaleleri, kayıt tutma yükümlülüğü ( BGB § 630f) veya aydınlatma yükümlülüğü (BGB §630e) gibi düzenlemelerden mahrum bırakmak değildir. Aksine estetik amaçlı müdahalelerde, müdahalenin ivedi olmaması nedeni ile daha kapsamlı aydınlatma yapılması gerekliliği doktrinde de ileri sürülmektedir. Esasen estetik amaçlı müdahalelerin, ancak sonucun açıkça taahhüt edilmesi halinde eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi yönündeki baskın görüşün amacı da temelinde başarıya bağlı ücrete hak kazanmanın kabul edilmesidir. Bu kapsamda, canlı bir organizma olan insan vücudu üzerinde yürütülecek olması nedeni ile hiçbir farklılığı bulunmayan estetik amaçlı müdahalelerin hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmesi, sonucun taahhüt edilmesi halinde ise garanti sorumluluğu içerir atipik bir sözleşme olarak değerlendirilmesi uygun bir çözüm olacaktır. Franzki, **Der Behandlungsvertrag**, s. 61-62.

sözleşme müzakereleri esnasında sözleşme ile başarıya ulaşmak istedikleri sonucu objektif ve net olarak tespit edebilmelidir<sup>283</sup>. Burada gelişen teknoloji ile hekimlerin bilgisayar veya başka araç yardımı ile ameliyat sonrası ulaşılması istenen sonucu fiziki ortamda somutlaştırdığı düşünülebilir. Gerçekten günlük hayatta hasta, estetik amaçlı müdahale talebi ile hekime başvurduğunda taraflar ortak bir estetik sonuç üzerinde karar kılmaktadır. Bu sonuç çoğunlukla fiziki ortamda yer almaktadır. Bu da hastanın ameliyat sonrasında karşılaştırma ve denetim yaparak ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanmasına hizmet edebilir. Ne var ki, müdahalenin konusu canlı bir organizma olan insan vücududur. Burada taahhüt edilen sonucun gerçekleşmesi, hekimin emeğinin yanı sıra hastanın fiziki yapısı gibi başka faktörlere bağlıdır<sup>284</sup>. Biz, eser sözleşmesi ile taahhüt edilen sonucun da sadece insan emeği ile belirlenebilir olması gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız<sup>285</sup>. Bu kapsamda insan emeği dışında ve hekimin tıbbi standartlara uygun özenli davranışının ötesinde faktörlere bağlı sonuç taahhüdünün hekimlik sözleşmesine konu edilmesi uygun değildir<sup>286</sup>.

Burada eser sözleşmesi hüküm ve sonuçlarından faydalanma yolu ile de görüşümüzü genişletmek gerekir. Somut olayda bir hukuki ilişkiyi eser sözleşmesi olarak nitelendirdiğimiz vakit yüklenicinin ortaya çıkan sonuçtaki ayıptan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Vekalet sözleşmesinde ise bir sonuç taahhüt edilmemektedir<sup>287</sup>. Taraflar bir sonucun gerçekleşmesi saik ve istemi ile sözleşme yapsalar dahi sonucun gerçekleşmesi bağımsız ve tesadüfi bir durumdur. Bu nedenle vekalet sözleşmesinde vekilin, ortaya çıkan sonucun ayıplı olmasından sorumluluğu yerine yüklediği faaliyeti özenli ifası denetlenir. Bu kapsamda yürütülen tıbbi

---

<sup>283</sup> Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s. 7; Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s.11.

<sup>284</sup> Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art 398, Nr. 21c.

<sup>285</sup> Bu görüş ve eser ile vekalet sözleşmelerinin nitelendirilmesi hususunda bkz. Kurşat, **Nitelendirme**, s. 143-166; Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s.11-12.

<sup>286</sup> Estetik cerrahın hiçbir zaman sonucu tam olarak taahhüt edemeyeceğinden hareketle sözleşmeyi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmenin doğru olmadığı, bir ürünün imal ya da tadilatında da başarılı sonuca ulaşma ihtimalinin hiçbir zaman yüzde yüz olmayacağı yönünde Temel, **Alman Hukukunda Estetik**, s. 312.

<sup>287</sup> Von Büren, **Besonderer Teil**, s. 124-125.

müdahalenin tabiatı gereği ayıp ya da özenli ifa hükümlerinden hangisine tabi tutulacağı, hukuki nitelendirme hususunda yardımcı bir metot<sup>288</sup> olacaktır.

Taahhüt edilen sonucun ayıp denetimine elverişliliği, sonucun objektif olarak tespiti ile bir anlam taşıyabilir<sup>289</sup>. Burada ayıp, objektif ve net olarak tespit edilebilmelidir. Halbuki hekim tarafından yaratılan estetik sonuçta hekimin uzmanlığı ve el becerisi çok önemlidir. Aynı hekim, farklı hastalarda farklı sonuca varabilecek ya da bir başka hekim aynı hastada farklı bir görünüm elde edebilecektir. Kişisel beceri, yorum, estetik anlayışı ya da cerrahiye yatkınlığın önemli farklılıklar yaratabileceği bu gibi durumlarda ayıp hükümleri yerine özenli ifa denetiminin söz konusu olması daha uygun olacaktır.

Benzer şekilde, hekimlik sözleşmelerini eser sözleşmesi olarak kabul ettiğimiz vakit, tarafların sözleşmeyi her zaman ve haklı bir nedene ihtiyaç duymaksızın sona erdirme imkanını düzenleyen TBK md. 512 hükmünün hekimlik sözleşmesi taraflarına tanınmayacağı sonucu ortaya çıkacaktır<sup>290</sup>. Halbuki taraflar arasındaki özel güven ilişkisi ve özellikle hastanın kişiliğinin korunması gerekliliği beraberinde tarafların sözleşmeyi diledikleri zaman, tek taraflı sona erdirme imkanının kabulünü gerektirmektedir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, insan emeği ile belirlenebilirlik ölçütünden hareketle, bu özelliği taşımayan edimin taahhüt edilmesi halinde dahi bu taahhüt, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğini belirleme hususunda etkili olmayacaktır<sup>291</sup>. Burada hemen belirtmemiz gerekir ki, sonuç taahhüdüne sadece estetik amaçlı müdahalelerde değil olağan tıbbi müdahalelerde de rastlanılabilir. Biz, hekimin ayrıca sonucu taahhüt ettiğinin açık olduğu hallerde bu taahhüdün geçerli olacağı

---

<sup>288</sup> Kurşat, **Nitelendirme**, s. 155. Taraf iradeleri, sonuçtan ziyade faaliyetin görülmesine yönelmişse eser sözleşmesinden söz edilemeyecektir. Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 8. Hasta ile hekim arasındaki ilişkide ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde Özdemir, **Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, s. 91.

<sup>289</sup> Kurşat, **Nitelendirme**, s. 157. Karş. Temel, **90. Yıl Armağanı**, s. 310-311.

<sup>290</sup> TBK md. 512 hükmünde düzenlenen tek taraflı sona erdirme hakkının hekimlik sözleşmesinde uygulanması gerektiği hakkındaki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm/II/C/1/a/(2).

<sup>291</sup> Vekilin sonucu ayrıca taahhüt etmesi hainde vekalet sözleşmesi ve eser sözleşmesi arasındaki fark bulanıklaşmaktadır. Ancak böyle bir taahhüt bulunsa dahi, bu taahhüt, sözleşmenin tipini değiştirmeyecektir. Hofstetter, **Der Auftrag**, s. 23. Aynı yönde, Kurşat, **Nitelendirme**, s. 151. Karşı görüşte, Temel, **Alman Hukukunda Estetik**, s. 235.

kanaatindeyiz<sup>292</sup>. Ancak sonuç taahhüdünün geçerli olacağına yönelik bu değerlendirme, taraflar arasındaki hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine burada, vekalet sözleşmesi niteliğindeki hekimlik sözleşmesi aynı zamanda hekim yönünden bir garanti sorumluluğu barındırmaktadır. Bu değerlendirmenin sonucunda estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinde TBK md. 512 hükmü ve vekalet sözleşmesine özgü yükümlülüklerin dışlanması önüne geçilmekte ve hekim; sonucun gerçekleşmemesi halinde hastanın ifa menfaatine yönelik zararını karşılamakla yükümlü kabul edilmektedir.

Yargıtay, estetik amaçlı müdahaleleri konu alan sözleşmeleri çoğunlukla eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir<sup>293</sup>. Bazı kararlarında hekimin sonucu taahhüt etmiş olmasını ararken<sup>294</sup> bazı kararlarında müdahalenin estetik amaçlı olmasını eser

---

<sup>292</sup> Sonucun gerçekleşmesinin hekim tarafından yürütülen faaliyetlerin yanı sıra hesaplanamaz hal ve şartlara bağlı olması nedeni ile hekimin ayrıca vereceği sonuç garantisinin geçersiz olacağı yönünde Gautschi, **Der Einfache Auftrag, Art.395**, Nr. 77b. Sadece estetik amaçlı müdahaleler değil her türlü tıbbi müdahaleyi konu edinen hekimlik sözleşmelerinde sonucun taahhüt edilebileceği yönünde Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 153. Bu konudaki görüşümüz için bkz. İkinci Bölüm/ III/C/1/b.

<sup>293</sup> Yargıtay'ın, yüze "new fill" isimli dolgu maddesinin konulduğu bir olayda hukuki ilişkiyi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirdiği istisnai karar şöyledir: "*Davalılar, 12.5.1999 tarihinde kliniğe gelen davacının burun kenarında oluşan çizgileri azaltmak amacıyla enjeksiyonla kozmetik tedavi yapılmasını istediğini, çok basit ve sık uygulanan bir yöntemle burun kenarlarına new-fill denen bir dolgu maddesinin enjekte edildiğini, iki seans uygulamadan sonra davacının İtalya'ya yerleşmesi nedeniyle bir daha görmediklerini, kusurları bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir. (...)Bir davada dayanan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK'nun 76.maddesi gereği doğrudan hakimnin görevidir. Davacı, yüzündeki kırışıkların giderilmesi için davalı doktorun yaptığı müdahalenin özensiz ve kusurlu olması nedeniyle kalıcı zararlara yol açtığı iddiası ile manevi tazminat istemişlerdir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK. 386-390) Vekil, vekalet 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.(...)" Yarg. 13. HD. T. 18.09.2008 E. 2008/4519E K. 2008/10750 (Çevrimiçi), Lexpera, 10 Haziran 2016.*

<sup>294</sup> Yarg. 13. HD. T. 05.04.1993 E. 1993/131 K. 1993/2741 :“(...)Estetik ameliyatlarda, ameliyatı yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde de vekâlet akdinde olduğu gibi yüklenici, işi sadakat ve özenle yapmakla borçlu olup davalı doktor, mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini ispatla zorunludur. (...) Davada dayanan 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 halinde taraflarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekalet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir.(...)" Lexpera, (Çevrimiçi), 12 Mayıs 2017.

sözleşmesi nitelendirmesi için yeterli bulmaktadır<sup>295</sup>. Esasen estetik amaçlı müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin niteliğini eser sözleşmesi olarak değerlendiren Yargıtay'ın esas amacı hekimin, müdahale sonucundan sorumlu tutulmasıdır. Ancak tarafların (özellikle hastanın) sözleşmeyi dilediği zaman haklı bir neden göstermeye gerek kalmaksızın sona erdirme imkanının ya da sır saklama, kayda geçirme gibi yükümlülüklerinin dışlanması amaçlanmamaktadır. Bu nedenle sözleşmeyi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmek; ancak hekimin açık bir sonuç taahhüdü mevcut olduğu hallerde garanti sorumluluğunun mevcudiyetini kabul etmek uygun olacaktır.

Burada, bu nitelendirmeye rağmen yapılan kavram karışıklığının üzerinde durulması gerekmektedir. Yargıtay'ın eser sözleşmesi nitelendirmesi yapması; ancak amaçlanan sonuca ulaşamamanın komplikasyondan ileri gelip gelmediğini incelemesi çelişkilidir. Eser sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edildiği vakit, eserin teslim edilmiş olması halinde incelemenin, sadece taahhüt edilen sonuç tasarısı ile meydana gelen sonucun örtüşüp örtüşmediğine ilişkin olması gerekmektedir. Zira bu değerlendirmede hekim gerekli tüm özeni gösterse dahi sonuç fiilen gerçekleşmediği sürece hasta tatmin edilmiş ve borç ifa edilmiş sayılmayacaktır<sup>296</sup>. Bu nedenle, eser

---

<sup>295</sup> Yarg. 3.HD. T. 23.05.2017 E. 2016/5806 K. 2017/7762: "(...)Davaya dayanak yapılan maddi olgu, kepçe kulak ameliyatı yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Varılmak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukuki nitelendirilmesi yapıldığında ise, yanlar arasında TBK'nun 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu, dolayısıyla uyumsuzluğun 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.(...)" Lexpera, (Çevrimiçi) 12.05.2017. Yarg. 3.HD. T. 26.11.2013 E. 2013/16398 K. 2013/16634: "(...)Yanlar arasında, davacının yüzünün görünümünün daha estetik bir hale gelmesi hususunda (bu hususta uzman) davalı doktor ile estetik operasyon için anlaşma yapıldığı ve davalı doktor tarafından diğer davalı hastanede uygulamanın gerçekleştirildiği; böylece, taraflar arasında eser sözleşmesi kurulduğu anlaşılmaktadır.(...)"(Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 04 Eylül 2016. Aynı yönde Yarg. 3.HD. T. 30.03.2016 E. 2015/7414 K.2016/4865; Yarg. 3.HD. T. 11.4.2016 E. 2015/9077 K. 2016/5505.

<sup>296</sup> Belirtmemiz gerekir ki; kanun koyucu, yükleniciyi eserin noksansız teslim edilmesi hususunda mutlak olarak sorumlu tutmuşsa da özen yükümlülüğünü de ayrıca düzenlemiştir. Kanun koyucunun, sonuç sorumluluğunda ayrıca özen yükümlülüğünü düzenlemesinin altında belirli bir düşünce yatmaktadır. Buna ilişkin açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm/A. Ancak eser teslim edilmişse ve sözleşme genel olarak ifa edilmişse özen sorumluluğunun sonuç sorumluluğu içerisinde eridiği kabul edilmektedir. Burada ikili bir ayırım yapılabilecektir. Yüklenicinin özen borcuna aykırılığı, yüklenicinin sorumlu olduğu bir bozukluğa neden olmuşsa özen sorumluluğu, sonuç sorumluluğu içerisinde erimiştir. Nitekim yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu, özen sorumluluğuna nazaran özel bir düzenlemedir. Bununla birlikte özen yükümlülüğüne aykırılık kendini eserde bir bozukluk olarak değil de bağımsız olarak göstermişse yüklenicinin özen sorumluluğunun devam ettiği kabul edilmektedir. Seliçi, **İnşaat**

sözleşmesinin kabulü halinde hekimin, sonuca ulaşamamanın komplikasyondan ileri geldiği savunmasının dinlenememesi gerekir. Zira komplikasyon, faaliyeti özenle yürütmekle yükümlü kılınan ve sonuç sorumluluğu olmayan hekim açısından izin verilen risktir. Komplikasyonun varlığı halinde hekimin tıbbi müdahalesi ve hastada meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının kesildiğinden söz edilebilir. Ancak hekimin sonucu taahhüt etmesi nedeni ile eser sözleşmesi olarak kabul edilen ilişkide komplikasyonun mevcut olup olmadığını araştırmak ve *komplikasyon halinde hekimin sorumlu olmayacağını* kabul etmek, hekimin sonucu taahhüt etmiş olduğu gerekçesi ile çelişmektedir. Hekimin sonucu taahhüt ettiği değerlendirilmekteyse, burada, fevkalade hal<sup>297</sup> niteliğinde olan komplikasyondan sorumlu olacağı hususunda tarafların anlaşığı kabul edilmelidir. Bu nedenle sonuç taahhüdü içerdiği gerekçesi ile eser sözleşmesi olarak kabul edilen hekimlik sözleşmesinde komplikasyonun tespiti amacı ile birliktelerden faydalanılması hekimin faaliyetini tıbbi standartlar açısından değerlendirmektir. Bu ise hekimin özenli ifa denetimine tabi olduğunu, taraflar arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğunu göstermektedir.

Estetik amaçlı müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin de istisnai bir durum teşkil etmediğini ve vekalet sözleşmesinin özel bir görünümü olduğunu yinelemek gerekir. Hal böyleyken, diğer tıbbi müdahale türlerine göre bazı farklı özellikleri olduğu da açıktır. Zira burada tıbbi bir zorunluluk olmamasına rağmen hastaya yönelik tıbbi müdahalede bulunmaktadır. Hasta, böyle bir zorunluluk olmamasına rağmen tehlikeli bir durum ile karşı karşıya kalmaktadır. Kimi durumlardaysa hekim, açıkça estetik sonucu garanti etmektedir. Ne var ki bu farklılıklar, sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelemede belirleyici değildir. Zira ortada sonuç taahhüdüne elverişli bir edim bulunmadığından bu yöndeki taahhüdün,

---

**Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 87-91. Bu hususta, estetik amaçlı müdahaleleri eser sözleşmesi olarak kabul ettiğimiz vakit şu örnek verilebilecektir: Hekimin, rinoplasti (burun estetiği) işlemini taraflarca kararlaştırılan sonuç tasarısına uygun yaptığı; ancak ameliyat esnasında bacağına çok yakın tutulan koter cihazının bacaklarda yanığa neden olması halinde hekimin, sonuç sorumluluğundan bağımsız özen sorumluluğundan söz edilecektir. Ancak, Yargıtay'ın eser sözleşmesi olarak kabul ettiği estetik amaçlı müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinde amaçlanan sonuca ulaşamamasının komplikasyondan ileri gelip gelmediğini incelemesi hususunda durum farklıdır. Keza uyuşmazlık konusu olaylarda cerrahi müdahale tamamlanmış (eser teslim edilmiş); ancak taraflarca kararlaştırılan görüntüye (sonuca) ulaşamamıştır. Eser tamamlanıp teslim edildiği bu hallerde eserdeki bozukluğa hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı neden olmuş olsa dahi bu sorumluluğun, sonuç sorumluluğu içerisinde eridiği kabul edilmelidir.

<sup>297</sup> Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm/III/C/1/b.

ilişkinin niteliğini değiştirmede etkisi olmayacaktır. Yine tıbbi zorunluluk bulunmaması hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi tasnif etme hususunda ayırt edici değildir. Biz, tüm bu farklılıkların hekimin özen borcunun kapsamı sınırlarında tartışılabileceği kanaatindeyiz.

## (2) Aile Hekimliği Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere doktrinde Donay, aile hekimliği sözleşmelerinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Yazarın 1968 tarihli eserinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Bir ücret karşılığı hastasına hizmet gören doktor, eğer muayyen veya gayrimuayyen bir zaman için bu hastasına hizmeti görüyorsa, hizmet sözleşmesinin mevcudiyetini kabul etmek zaruridir. Bu bakımdan biz de bir aile doktorunun anlaşmasını hizmet sözleşmesi olarak nitelendiriyoruz.”<sup>298</sup>*

Ancak burada belirtmemiz gerekir ki, Donay ve Reisoğlu tarafından sözü edilen “aile hekimi” kanaatimizce Türk Hukukuna ve uygulamasına 2004 yılında giren aile hekimliği kurumundan farklıdır. Yazarların “aile doktoru” olarak ifade ettiği hekim, münferiden bir aileye bağlılık içerisinde ve tüm mesaisini o aileye ayırmış ve ayırdığı zamana karşılık yaptığı iş karşılığında ücret alan bir hekim olabilir. Özellikle refah seviyesi hayli yüksek olan ailelerde, aile doktorunun tüm mesaisini bu aileye ayırmasına hatta bu amaçla aile ile birlikte ikamet etmesine rastlanılabilmektedir<sup>299</sup>. Bu kapsamda biz de böyle istisnai bir durumda bu tür ilişkinin hizmet sözleşmesine konu olabileceği kanaatindeyiz. Bu görüşümüzün gerekçelerini aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz.

Burada iş görmenin ücret mukabili olduğu değerlendirildiğinde ayırt edici unsur olarak zaman ve bağlılık kıstasının incelenmesi gerekecektir. Zaman kıstasına göre, belli olan veya olmayan bir zaman için işgücünün işverene tahsis edilmesinde hizmet, bir zaman kaydına tabi olmaksızın iş görmede vekalet ilişkisi bulunmaktadır. Bu kıstasın başlı başına yeterli olmadığı durumlar da mevcuttur. Örneğin vekalet

---

<sup>298</sup> Donay, **Doktorun Hukuki Sorumluluğu**, s. 45.

<sup>299</sup> Biz de 2004 yılı itibari ile Türk Hukuk sistemine dahil olan aile hekimliği uygulamasından farkına işaret etmek amacı ile bu kısımda aile doktoru ifadesini kullanmış bulunmaktayız.



sözleşmesinin hastanın tedavisi gibi uzun bir sürece yayıldığı durumda ücretin zamana göre belirlenmesi mümkündür<sup>300</sup>.

Bu kapsamda hizmet ve vekalet sözleşmesini ayırt etmede iş gören ve işveren arasındaki bağıllık ilişkisinin incelenmesi oldukça önemlidir. Bu cümleden olmakla, iş görenin sadece talimat ile sınırlandırıldığı hallerde vekalet ilişkisi, işverene ekonomik, kişisel ve hukuki bağıllığın olduğu hallerde ise hizmet sözleşmesi söz konusu olacaktır<sup>301</sup>.

Burada emek ve mesaisini belirli bir aileye tahsis etmiş hekim, yaşamını idame etme amacı ile elde ettiği asıl geliri de bu iş görmeden elde etmektedir. Bu kapsamda aileye karşı ekonomik bir bağıllığının<sup>302</sup> mevcut olduğu düşünülebilecektir. Aile doktorunun, ailenin sağlığına yönelik girişimlerinde kullanacağı araç ve gereçler aile tarafından temin edilmiş olabilir. Bu teknik bağıllığa ilaveten hukuki ve kişisel bağıllığın da mevcut olduğu ifade edilmelidir<sup>303</sup>. Bu kriter ile ifade edilen, işçinin işverenin belirlediği koşullarda, onun talimatlarına bağlı olarak hizmet ifa etmesidir. Burada taraflar arasındaki sözleşme akabinde meydana gelen hiyerarşik bağ işçinin hukuki bağıllığını ifade etmektedir<sup>304</sup>. İşçinin kişiliğine dahil bir unsur olan işgücünü, işverene tahsis etmesi ise işverenle arasındaki kişisel

---

<sup>300</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 377.

<sup>301</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 377.

<sup>302</sup> Süleyman Başterzi, “Avukatla Bağlılanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sa.17, 2010, s. 175-199, s. 179.

<sup>303</sup> Başterzi'nin karar incelemesine konu Yargıtay kararında davacı avukat ile davalı idare arasında avukatlık sözleşmesi akdedilmiştir. Davacı, taraflar arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olduğu iddiası ile sözleşmenin feshi akabinde işe iade davası açmıştır. Davalı ise sözleşmenin, vekalet sözleşmesi olduğunu ve iş mahkemelerinin görevsiz olduğu savunmasında bulunmuştur. Uyuşmazlık konusu olayda davacı avukat, kendi bürosuna sahip ve bürosunda davalıdan başka müvekkillere de hizmet vermektedir. Bu kapsamda davalı Kurumdan bağımsız bir iş organizasyonuna sahiptir. Aynı zamanda Davalı Kurumun talimatları ile bağlı olmaksızın mesai ve işlerini belirlemekte, yaptığı işin sürecine ilişkin davalıya rapor vermektedir. Yargıtay, burada taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğini tespit etme amacı ile iş sözleşmesinin vekalet sözleşmesi ve diğer iş görme sözleşmelerinden farkına değinmiştir. “(...)Davacı avukat, aldığı dava ve icra takiplerini teslim aldıktan sonra, kendi iş organizasyonu içerisinde ve işverenin mesai ve iş konusunda bir talimatı olmadan takip etmekte ve sonuçlandırmakta, sadece aşamaları ve sonuçları hakkında rapor sunmaktadır. Davacı avukat, aynı iş organizasyonda ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırmakta, keza işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip bulunmaktadır. O halde, taraflar arasındaki sözleşmede, iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olan hukuki ve kişisel bağımlılıktan söz edilemez. Davacı, iş görme edimi bakımından teknik ve ekonomik olarak davalıya bağımlıdır. Somut uyuşmazlıkta taraflar arasındaki sözleşmede vekalet ilişkisi ağır basmakta olup, davacı avukat, davalı ise, vekil tutan sıfatındadır.(...)” Yarg. 9.HD. T. 13.07.2009 E. 2008/876 K. 2009/20602, (Çevrimiçi), Lexpera, 16 Temmuz 2017.

<sup>304</sup> Başterzi, **Avukatla Bağlılanan Sözleşme**, s. 181.

bağlılık olarak tanımlanmaktadır. Burada işin ne zaman, nerede yapılacağıının işverence belirlenmesi, işçinin ise çerçevesi çizilen bu organizasyona uzmanlık sahibi olduğu hizmet ile katılımından söz edilebilir. Yine bağımlılığı belirleyen bir diğer kriter olarak işçinin, işverenden başka kişilere hizmet verme olanağının bulunup bulunmadığı göz önünde bulundurulmalıdır<sup>305</sup>. Belirtilen bu kriterlerin mevcudiyeti akabinde bir aileye tüm mesaisini tahsis eden aile doktoru ile hasta arasındaki akdi ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz<sup>306</sup>.

Türk Hukukuna ve uygulamasına 2004 yılında giren aile hekimliği kurumu ve aile hekimleri ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin tespiti ise ayrı bir inceleme gerektirmektedir.

Aile hekimliği kurumu, 9.12.2004 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir.

Kanun'un 2. maddesinde aile hekimi; *kişiyeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiyeye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabip şeklinde tanımlanmıştır.*

Doktrinde aile hekimliğinin hukuki niteliği üzerinde belirtilen görüşler bu sözleşmenin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu noktasında toplanmaktadır<sup>307</sup>. Kanaatimizce aile hekimi ile hasta arasındaki hukuki ilişkiyi tasnif edebilmek amacı ile, aile hekimlerinin istihdam şeklini incelemek gerekecektir.

---

<sup>305</sup> Başterzi, **Avukatla Bağtlanan Sözleşme**, s. 189.

<sup>306</sup> Bu değerlendirmeyi bir işyerine bağlı çalışan hekimler için yaparak benzer sonuca varan görüş için bkz. Weber, **OR Art 394**, p. 27. Benzer yönde, Zariye Şenocak, "Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları", **Ankara Barosu Dergisi**, Sa.2, 1998, s. 5-33, s. 6. Burada bir karma sözleşmenin mevcut olduğu ve sözleşmenin asli unsurlarını hizmet ve vekalet sözleşmelerinin oluşturduğu yönünde Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 31.

<sup>307</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 55; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 21; Kurt, **Hekimlik Sözleşmeleri**, s.64.

Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun ve Kanun'a dayanarak çıkarılan Yönetmelik<sup>308</sup> incelendiğinde aile hekimlerinin çeşitli şekilde istihdam edilebileceği görülmektedir. Kanun'un "*Personelin statüsü ve mali haklar*" başlıklı 3. maddesinde Sağlık Bakanlığı veya diğer kamu kurum veya kuruluşlarında görev yapan sağlık personelinin aile hekimi olarak görevlendirilebileceği düzenlenmiştir. Bu şekilde görevlendirilen aile hekimlerinin kamu görevlisi olan hukuki statüsünde değişiklik olmayacaktır.

Kanun'un 3. maddesine 11.10.2011 tarihinde eklenen değişik 2. fıkra ile ihtiyaç duyulması halinde Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili olan kamu görevlisi *olmayan* sağlık personeli de Sağlık Bakanlığının önerisi ve Maliye Bakanlığının uygun görüşü ile sözleşme yapılarak aile hekimi olarak çalıştırılabilecektir. Kamu görevlisi olmayan sağlık personelinin aile hekimi olarak istihdam edilmesi halinde Bakanlık ile personel arasındaki ilişkinin idari hizmet sözleşmesi olduğu ve aile hekiminin kamu görevlisi statüsünde olması nedeni ile kamu hukuku rejimine tabi olacağı yönündeki görüşe katılmaktayız<sup>309</sup>. Belirtmek gerekir ki, 5258 sayılı Kanun'un bazı maddelerinin iptali istemi ile Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davasında da sözleşmeli olarak hizmet veren aile hekiminin idari hizmet sözleşmesi tarafı olduğu ve Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "*diğer kamu görevlisi*" kapsamında olduğu belirtilmiştir<sup>310</sup>. Bu kapsamda aile hekimleri ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin kamu hukukuna tabi bir ilişki olduğu görüşünde olmakla beraber aile hekiminin kusurunun tespitinde gerekli özeni gösterip göstermediği konusunda özel hukukta ileri sürülen görüşlerin yol gösterici olacağını düşünmekteyiz.

---

<sup>308</sup> RG 25.1.2013, 28539.

<sup>309</sup> Ramazan Çağlayan, "Aile Sağlığı Merkezi Personelinin Hukuki Statüsü", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Serdar Özgüldür Armağanı**, S.7, 2016, s. 399-416, s.406-412; Gülel, **Tıbbi Müdahale Sözleşmesi**, s. 590. Karş. Hüseyin Melih Çakır, "Aile Hekimlerinin Hukuki Statüsü", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sa.2, 2015, s.113-156, s. 121 vd. Aile hekimliğinin ücretsiz olması, Kanun'un 6. maddesi uyarınca görevi başında işledikleri suçlarda Devlet memuru gibi kabul edilmesi ve benzeri düzenlemeler nedeni ile hasta ile arasındaki hukuki ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olduğu yönünde Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 739.

<sup>310</sup> AYMK. T.21.2.2008, E. 2005/10, K.2008/63 RG 7.11.2008, 27047.

### (3) İşyeri Hekimliği Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

İşyeri hekimleri, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, işyeri hekimliği belgesine sahip hekimlerdir<sup>311</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu<sup>312</sup> mülga md. 81 hükmü uyarınca işverenler, devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri almak ve bir veya birden fazla işyeri hekimi görevlendirmekle yükümlü hale getirilmiştir. Kanunun bu maddesi 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu<sup>313</sup> ile ilga edilmiş ve çalışan işçi sayısından bağımsız olarak Kanun'un 2. maddesi<sup>314</sup> kapsamına giren işyerlerinin bu yükümlülüğe tabi olacağı belirtilmiştir<sup>315</sup>.

İşyeri hekiminin görevleri, 6331 sayılı Kanun'un 3. maddesine dayanılarak çıkarılan İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'te<sup>316</sup> düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 9. maddesinde hekimin görevleri; rehberlik, risk değerlendirmesi, sağlık gözetimi, eğitim bilgilendirme ve kayıt ve ilgili birimlerle iş birliği başlıkları altında toplanmıştır. Bu kapsamda işyeri hekiminin görevinin ifası esnasında hastaya vermiş olduğu zararlardan sorumluluğunun incelenmesi gerekmektedir.

İşyeri hekimi ile işveren arasında hizmet sözleşmesi bulunmaktadır<sup>317</sup>. Bu kapsamda hekimin işverene karşı sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde

---

<sup>311</sup> 6331 sayılı Kanun md.3/1.

<sup>312</sup> RG 10.6.2003, 25134.

<sup>313</sup> RG 30.6.2012, 28339.

<sup>314</sup> İşyeri hekimliğinin kabul edilişindeki tarihsel süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uygur Kayalı, "İşyeri Hekimliği Sözleşmesi", **Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2013, s.5-22.

<sup>315</sup> 6331 s. Kanun md. 2 şöyledir: "(1) Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.

(2) Ancak aşağıda belirtilen faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz:

a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindekiler hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri.

b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri.

c) Ev hizmetleri.

ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar.

d) Hiükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, işileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri."

<sup>316</sup> RG 20.7.2013, 28713.

<sup>317</sup> Weber, **OR Art 394**, p. 27; Kayalı, **İşyeri Hekimliği**, s. 28.

taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi göz önünde bulundurulacaktır. Ne var ki hasta ile işyeri hekimi arasında ayrı bir sözleşmenin kurulduğunu ifade etmek genellikle mümkün görünmemektedir. Zira burada sözleşme, işveren ve işyeri hekimi arasında akdedilmekte ve hasta sözleşmenin nisbi etkisinin dışında kalmaktadır. Burada işyeri hekiminin, işverenin TBK md. 116 hükmü uyarınca ifa yardımcısı olduğu değerlendirilebilir. Bu kapsamda işverenin TBK md. 116/f.I fıkrası uyarınca; hekimin, işin yürütülmesi esnasında hastaya vermiş olduğu zararı gidermekle yükümlü olduğundan söz edilebilir.

Ancak burada sorumluluğu tespit ederken değerlendirmeye alınabilecek diğer bir kavram, üçüncü kişi yararına sözleşmedir<sup>318</sup>.

İşyeri hekimi ve işveren arasındaki hizmet sözleşmesinin konusunu, hekimin hastalara karşı yürüteceği faaliyetleri oluşturmaktadır. Bunun için çoğunlukla işyeri hekiminin görevlerini düzenleyen hukuki düzenlemelere yollama yapılmakta ya da hekimin faaliyetleri açıkça sözleşme metnine dahil edilmektedir. Burada hekim ile işveren arasında akdedilen hizmet sözleşmesinin üçüncü kişi yararına vekalet sözleşmesini de ihtiva ettiği düşünülebilecektir. Zira (borçlu/taahhüt eden) hekim, (alacaklı/taahhüt ettiren) işveren ile işçiler<sup>319</sup> yararına iş görmeyi üstlenmektedir. İşçiler, hekim ve işveren arasındaki sözleşmenin tarafı değildir. Ancak hekim iş görme borcunu lehdara (işçi/hastaya) ifa etmek sureti ile sorumluluktan kurtulacaktır. Burada işveren ile hekim arasındaki sözleşmeye yabancı kişi olan işçinin, borçlu-hekimden ifayı talep hakkına sahip olup olmamasına göre sözleşmenin üçüncü kişi

---

<sup>318</sup> Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde borçlu (taahhüt eden), alacaklıya(taahhüt ettiren), üçüncü kişi yararına (lehdar) bir edimde bulunmayı taahhüt etmektedir. Bu tip sözleşmelerin konusunu her türlü edim oluşturabilecektir. (Gülçin Elçin Grassinger, “Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi (Alacaklıya Halef Olma- Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme- Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme)”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansı II: Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi, Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı**, 2014, s.185-194, s. 190; Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.14; Turgut Öz, “Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu: Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.1011-1036, s.1014-1016). Bu kapsamda iş görme ediminin de üçüncü kişi (hasta) yararına yapılması kuşkusuz mümkündür. Bunun tipik örneği anne veya babanın hekimle çocukları yararına akdettikleri vekalet sözleşmesidir. Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 240; Nomer, **Genel Hükümler**, s.456.

<sup>319</sup> HHY md. 4/b bendi ve 1994 tarihli Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi md.7 düzenlemesi çerçevesinde sağlıklı dahi olsa hekimden sağlık hizmeti talep eden işçilerin hasta olarak tanımlanması mümkündür.

yararına eksik veya tam sözleşme olduğundan söz edilmelidir<sup>320</sup>. Bu ayrımı yapmak amacı ile hekim ile işveren arasında akdedilen sözleşmenin amacı incelenmeli, bu yolla bir sonuca varılamıyorsa örf ve adet ya da kanunda özel bir düzenlemenin mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır<sup>321</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşmenin üçüncü kişi yararına eksik sözleşme olarak kabul edilmesi halinde hasta, şartları varsa hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidebilecektir. Her ne kadar sözleşmenin tarafı haline gelmese de işçinin, hekimin sözleşmesel sorumluluğuna gidebileceği ihtimal, hekim ve işveren arasındaki sözleşmenin üçüncü kişi yararına tam sözleşme olması halidir.

### c. Hekimlik Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Olarak Değerlendirilmesi

Mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan<sup>322</sup> farklı olarak 28 Kasım 2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>323</sup> ile tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel

---

<sup>320</sup> Üçüncü kişi yararına eksik sözleşmede alacaklı, ifanın lehbara yapılmasını isteyebilir. Lehdar ise bu sözleşme ilişkisine dayanarak borçluya karşı bir hak ileri süremeyecektir. Üçüncü kişi teklif edilen ifayı kabul yetkisine sahip olmakla beraber borcun ifasını isteme hakkını haiz değildir. Bu kapsamda üçüncü kişi yararına eksik sözleşmede, sözleşmelerin nisbiliği ilkesinden sapmayı gerektiren bir durum ile karşılaşmamaktadır. (Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s. 19; Öz, **Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, s. 1023). Üçüncü kişi yararına tam sözleşmede ise lehdar, tarafı olmadığı sözleşme uyarınca bazı haklar ileri sürebilmektedir. Bu nedenle sözleşmelerin nisbiliği ilkesinden müstesna bir durum ortaya çıkmaktadır. TBK md. 129/f.I uyarınca sözleşmeye üçüncü kişi yararına edim yükümlülüğü koyduran sözleşme tarafı, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. Bu hüküm çerçevesinde aslolanın eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu ve ancak TBK md. 129/f.II düzenlemesinde belirtilen ek şartların varlığı halinde sözleşmenin üçüncü kişi yararına tam sözleşme olarak kabul edileceği anlaşılmaktadır. (M Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2**, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, Vedat, 2018, p. 1260, s. 444; Hatemi/ Gökyayla, **Genel Bölüm**, s. 308; Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş Onaltıncı Bası, Beta, 2018, s. 457-458; Grassinger, **Borç İlişkileri**, s. 191. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s. 21vd.; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, "Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, C.I, Sa.3, 2016, s.1759-1771.

<sup>321</sup> TBK md. 129/f.II. Örnekler için bkz. Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s. 22-40. Belirtmemiz gerekir ki hekim ile işveren arasında akdedilen sözleşmenin, üçüncü kişinin yararına eksik sözleşme olduğu yorumlanırsa işçi (lehdar), hekimin vermiş olduğu zararlar nedeni ile sözleşmesel sorumluluğuna gidemeyecektir. Burada ancak alacaklı işveren, hekimden (hekimin işçiye yönelik kötü ifası nedeni ile) tazminat talep edebilecektir. (Grassinger, **Borç İlişkileri**, s. 191. Ayrıca, karş. Öz, **Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, s.1027). Sözleşmenin üçüncü kişi yararına tam sözleşme olarak kabul edilmesi halinde ise işçi, hekim ve işveren arasındaki sözleşme ilişkisinden alacak hakkı kazanacaktır. Burada hem işveren hem işçi, hekimden ifayı talep etme hakkını haizdir. İşçi, TBK md. 112 hükmü uyarınca hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık neticesinde verdiği zararın tazminini hekimden talep edebilir. (Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-2**, p. 1307, s. 456-457; Hatemi/ Gökyayla, **Genel Bölüm**, s. 312; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 458).

<sup>322</sup> RG 8.3.1995, 22221.

<sup>323</sup> RG 28.11.2013, 28835. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlanmıştır<sup>324</sup>. Yeni düzenlemede tüketici ile satıcı ya da sağlayıcı arasında kurulan eser ve vekalet sözleşmelerinin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi ile beraber bu işlemleri konu edinen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme tüketici mahkemesi olarak kabul edilmiştir<sup>325</sup>. Yargıtay'ın 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren istikrar kazanan kararlarında da hasta ve hekim arasındaki vekalet ya da eser sözleşmesi niteliğini taşıyan hekimlik sözleşmelerinin tüketici işlemi niteliğinde olduğu ve hekime yöneltilen davalarda Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmektedir<sup>326,327</sup>.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmelerinin Kanun'da tanımlanan

<sup>324</sup> 6502 sayılı TKHK md. 3(1)l. Kanun'un 3(1)k bendinde tüketici; *ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.*

<sup>325</sup> 6502 sayılı TKHK md. 73 (1): *Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.*

<sup>326</sup> Bkz. Yarg. 15. HD. T. 4.3.2019 E. 2018/182 K. 2019/930; Yarg. 13. HD. T. 26.3.2015 E. 2015/4585 K. 2015/9819; Yarg. 20. HD. T. 17.5.2016 E. 2016/2272 K.2016/5721; Yarg. 20. HD T.16.10.2015 E. 2015/11458 K. 2015/9544 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 19 Şubat 2020.

<sup>327</sup> Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ise tüketici işlemi; tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem olarak tanımlanmıştır. Mülga Kanun'un yürürlük döneminde tüketicinin her türlü hukuki işlemi kapsadığından bahisle vekalet sözleşmesinin de tüketici işlemi olarak değerlendirilebileceğine yönelik görüş için bkz. Hasan Petek, "Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı (M.Polat Soyer'e Armağan)**, C.15, 2013, s. 969-1017, s. 983-984. Yazar ücret karşılığı sağlık hizmetinin sunulduğu özel hastane ve serbest muayenehanelerin TKHK kapsamında sağlayıcı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarında ise sağlık hizmetinin kamu hukukuna dayanması nedeni ile sağlayıcılık sıfatından söz edilemeyecektir. Bu kapsamda ücret karşılığında tedavi hizmeti sunulan sağlayıcının bir sonuç üstlendiği eser sözleşmeleri ya da özen yükümlülüğü altında olduğu vekalet ilişkileri tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Bu görüşün aksine, nihai kullanıma ve tüketime yönelik yapıları nedeni ile tüketici sözleşmelerinin iş görme faaliyetleri ile bağdaşmadığı yönünde Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 43. Yargıtay'ın bu dönemde vermiş olduğu kararları incelendiğinde de kararlılık arz eden bir tutumunun olmadığı görülmektedir. Olağan tıbbi müdahalelere yönelmesi nedeni ile vekalet ilişkisi olarak değerlendirdiği hekimlik sözleşmelerinin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğine yönelik kararları için bkz. Yarg. 13. HD. T. 26.3.2015 E. 2015/4585 K. 2015/9819; Yarg. 13 HD. T.29.3.2018 E. 2016/18107K. 2018/3804 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 25 Mayıs 2018. Aksi yönde bir karar için bkz. Yarg. 13. HD. T. 28.9.2012 E. 2012/21184 K. 2012/20509 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 25 Mayıs 2018. Her halükarda belirli bir sonuca yönelmiş olması nedeni ile eser sözleşmesi olarak kabul ettiği estetik amaçlı tıbbi müdahalelerden doğan uyuşmazlıklarda genel mahkemelerin görevli olduğuna yönelik kararları için bkz. YHGK T.26.2.2003 E. 2003/15-127 K. 2003/102; Yarg. 3.HD T. 13.3.2013 E. 2013/2769 K. 2013/4222, (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 25 Mayıs 2018.

tüketici işlemi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Keza satıcı veya sağlayıcı<sup>328</sup> ile tüketici arasında kurulan eser, vekalet ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir. Benzer şekilde, tüketici; Kanun'da ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır<sup>329</sup>. Bu genel tanım içerisinde sağlık hizmetinden faydalanan hasta da girmektedir. Bu kapsamda bir tarafını ticari veya mesleki amaçlarla sağlık hizmeti sunan kuruluşların diğer tarafını ise tüketici (hastanın) oluşturduğu vekalet ve eser sözleşmelerinin tüketici işlemi olarak değerlendirilebileceği görülmektedir. Bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme de TKHK md. 73 hükmü uyarınca tüketici mahkemeleri olacaktır.

6502 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte uygulamadaki tartışmalar sona ermişse de tıbbi müdahalelerin doğasının tüketici işlemi niteliğine cevaz verip vermediği doktrinde tartışılmaya devam etmektedir<sup>330</sup>. Gerçekten hekimlik sözleşmesinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tanımlanan tüketici işleminin kapsamına girdiğinin tespiti ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un bu sözleşmeye uygulanması iki farklı durumu işaret etmektedir. Kanun'un sistematığının temelinde yer alan ayıplı ifa kavramının hekimlik ilişkisi ile bağdaşım bağdaşmadığı ve hastanın seçimlik haklarını kullanıp kullanamayacağı bu bahiste tartışılması gereken konulardır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacı, tüketicinin sağlığı, güvenliği ve ekonomik çıkarlarını korumak ve zararlarını tazmin ederek güçsüz konumda olan tüketici lehine düzenlemeler getirmek olsa da hastalar açısından

---

<sup>328</sup>6502 sayılı TKHK md. 3(1) /ı uyarınca *Sağlayıcı: kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, i) Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi* ifade eder.

<sup>329</sup> 6502 sayılı TKHK md. 3(1)/k.

<sup>330</sup> Hekimlerin tanı ve tedavi amacı taşıyan ve eser sözleşmesi haricinde kalan tıbbi müdahalelerini konu edinen sözleşmelerinde vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği ve bu durumlarda hekim aleyhine açılan davalarda görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemeleri olması gerektiği yönünde Ahmet Nezih Kök, "Hekim-Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ile Bağdaşır mı?" **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 70. Yıl Armağanı**, Ankara, 2015, s. 605-616, s. 611. Yazar, 6502 sayılı TKHK ve bu Kanuna dayanılarak hazırlanan Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinde Bakanlık olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığının ifade edildiğini, bu durumun da tıp etkinlik alanını tıp etiğinden kopardığını ifade etmektedir. Kök, **Hekim-Hasta İlişkisi**, s. 614. Karş. Özdemir, **Tehiş ve Tedavi Sözleşmesi**, s. 76.



getirilmesi istenen korumanın tüketici hakları kapsamında olmasının uygun olmadığı kanaatindeyiz. Burada hastanın hekim karşısında tüketici olarak kabul edilmesi, eleştiriye açık ilk sonuçtur<sup>331</sup>. Gerçekten, tüketici işlemlerinde ayırt edici özellik tüketiciyi, genelde para veya bilgi yönünden kendisinden daha güçlü olan örgütlü işletmeler karşısında korunması gayesidir<sup>332</sup>. Bu nedendir ki işlemin bir tarafındaki tüketiciyi koruma amacı ile edimler arası denge tüketici yönünden özenle denetlenmektedir. Bu kapsamda irade serbestisi ilkesinden tüketici lehine sapılmakta veya sözleşmedeki genel işlem şartlarına karşı koruma daha fazla ağırlık kazanabilmektedir<sup>333</sup>. Tüm bu belirtilen koruma kalkını ile tüketici, kendisi karşısında güçlü, deneyimli ya da örgütlü konumda olan satıcı veya sağlayıcıya karşı himayeye kavuşmaktadır. Ancak sistemin nihai kullanma ve tüketmeye yönelik yapısının, belirli bir sonucu değil faaliyetin özenli görülmesinin borçlanıldığı hekimlik sözleşmelerinin niteliği ile bağdaşmadığını belirtmek gerekmektedir<sup>334</sup>.

Benzer bir değerlendirme, tıbbi müdahaleden kaynaklı uyumsuzlukların doğasının ayıplı hizmet denetimine elverişli olmaması hususunda da ileri sürülebilecektir<sup>335</sup>. Şöyle ki, gereği gibi ifa etmemenin bir alt türü olan ayıplı ifa, Türk Borçlar Kanunu'nda satış sözleşmesi, kira sözleşmesi ve sonuç taahhüdünü

---

<sup>331</sup> Tüketici haklarının en ileri noktada olduğu Batı ülkelerinde dahi avukatlara, hekimlere, mimarlara ve benzeri iş edimli meslek gruplarına karşı özel tüketici yasaları ile korumaya rastlanılmamaktadır. (Rona Serozan, "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi", **Yasa Hukuk İctihat ve Mevzuat Dergisi**, C.15, S.173/4, 1996, s. 579-599, s. 596-597). Avukat, hekim gibi özel kişilere TKHK hükümlerinin uygulanmasının yerinde olmadığı yönünde Melek Bilgin Yüce, "Hasta Hekim İlişkisinde Yapay Zeka Kullanımı ve Hukuki Sonuçlar", **7. Tüketici Hukuku Kongresi**, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2018, s. 481-502, s. 483. Yeni düzenleme ile tüketici işlemlerinin kapsamının olması gerekenden öteye taşındığı ve adeta bir tüketici krallığı oluşturulduğu yönünde Mustafa Alper Gümüş, **6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, C.1, Madde 1-46, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 2-3. Karş. Uğur Bulut, "Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin bir Yargıtay Kararı İncelemesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Sa.2, 2012, s. 321-349, s. 334 vd.

<sup>332</sup> Serozan, **Tüketiciyi Koruma Yasası**, s. 581.

<sup>333</sup> Serozan, **Tüketiciyi Koruma Yasası**, s. 581.

<sup>334</sup> Bu yönde Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 43. Sözleşme çeşidinin TKHK'da sayılmasının, o sözleşmeden kaynaklanan tüm uyumsuzlukların Kanun kapsamında olduğu anlamına gelmediği ve sözleşme özgürlüğüne müdahale eden TKHK'nın dar yorumlanması gerektiği hakkında bkz. Ece Baş Süzel, "Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.24, Sa.2, 2018, s. 966-998, s. 967.

<sup>335</sup> 6502 sayılı TKHK md. 13(1)'de ayıplı hizmet, *sözleşmede belirlenen süre içinde başlanmayan veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyamaması nedeni ile sözleşmeye aykırı olan hizmet* olarak tanımlanmıştır. Kanun'un md.13(2) fıkrası uyarınca sağlayıcı tarafından bildirilen, internet portalinde veya reklam ve ilanlarda belirtilen özellikleri taşımayan maddi, hukuki ve ekonomik eksiklikler içeren hizmetler de ayıplı hizmet olarak kabul edilmektedir.

içeren eser sözleşmesi gibi belirli sözleşme tiplerinde düzenlenmiştir<sup>336</sup>. Bu sözleşme tiplerinden de görüleceği üzere ayıplı ifa, bir mal teslimini konu edinen sözleşmelerde görülecek olup konusu bir şey yapma borcu olan sözleşmelerde ayıplı ifadan değil gereği gibi ifadan söz edilecektir<sup>337</sup>. Biz tıbbi müdahalelerin doğasının, sonuç taahhüdüne elverişli olmaması nedeni ile ayıplı hizmet kavramı ile bağdaşmadığı ve ayıp denetimine elverişli bir sonuçtan söz edilemeyeceği yönündeki görüşe katılmaktayız<sup>338</sup>.

Tüketici işlemi olarak kabul edilecek hekimlik sözleşmesinin ifasının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tanımlanan şekilde ayıplı olması halinde ayıba bağlanan hukuki sonuçların uygulanabilirliği ise bir diğer konudur. Her ne kadar sonucu dikkate alarak hukuki ilişkiyi tasnif etmek uygun bir metot olmasa dahi yol gösterici olabilecektir. Şöyle ki; ayıplı hizmetin mevcudiyeti halinde tüketici (hasta), hizmetin yeniden görülmesi, eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme seçimlik haklarına sahiptir<sup>339</sup>. Burada sözleşmenin konusunun hastanın kişilik değerlerine dahil olan vücut bütünlüğüne yönelmesi, hastanın kişiliği ve maneviyatına tesir ediyor olması nedeni ile olağandan farklı bir durum söz konusudur. Öncelikle olası bir sözleşmeye aykırılık halinde hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisinin sarsılmasına bağlı olarak hizmetin yeniden görülmesinin veya eserin ücretsiz onarımının talep edilmeyeceği düşünülebilir<sup>340</sup>.

---

<sup>336</sup> Aslı Makaracı Başak, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, Sa.145, s. 507-537, s. 522.

<sup>337</sup> Makaracı Başak, **Tüketici**, s. 522. Yazar, bu gibi durumlarda tüketici işleminden doğan uyumsuzluklarda görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olacağı; ancak uyumsuzluğun çözümünde ayıplı hizmete ilişkin TKHK hükümleri yerine özel hükümlerin, özel hüküm bulunmuyorsa genel hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda hekimlik sözleşmesinde ayıplı hizmete ilişkin TKHK hükümlerinin değil, TBK md. 506 hükmünün uygulama bulacağı belirtilmektedir. Makaracı Başak, **Tüketici**, s. 523-524.

<sup>338</sup> Baş Süzel, **İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa**, s. 966-998. Yazar, sözleşmenin tarafının tüketici olmasının TKHK'nın uygulanması için yeterli olmadığını ve özellikle sonuç taahhüdünü içermeyen iş görme sözleşmelerinde ayıptan söz edilemeyeceğinden gereği gibi ifa etmeme halinde özel hüküm yoksa TBK md. 112 hükmü uyarınca sorumluluk doğacağını belirtmektedir. Baş Süzel, **İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa**, s. 970-971. Ancak yazar, estetik amaçlı müdahalelerde ayıplı hizmetten söz edilebileceğini belirtmektedir. Baş Süzel, **İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa**, s. 972. Karş. Petek, **Tüketici**, s. 990 vd.

<sup>339</sup> 6502 sayılı TKHK md. 15(1)c.1.

<sup>340</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, yüksek mahkeme kararlarına konu olaylar incelendiğinde, özellikle estetik amaçlı olmayan (olağan) müdahaleleri konu edinen sözleşmelerde hastaların dava açmadan evvel hizmetin yeniden görülmesini talep ettikleri görülmektedir. Ne var ki, hizmetin yeniden görülmesi neticesinde şikayetleri devam eden hastaların çoğunlukla dava yolu ile genel hükümler uyarınca tazminat hakkını kullandığı anlaşılmaktadır. (Bu yönde Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 3. HD T. 26.11.2015 E. 2015/11701 K. 2015/19001; Yarg. 3. HD T. 23.1.2014 E. 2013/16671, K. 2014/815; Yarg. 15. HD T. 10.4.2018 E. 2018/472 K. 2018/1457; Yarg. 3. HD T. 11.4.2016 E.

Benzer şekilde sağlık hizmetinin ayıplı olması halinde hastanın vücudunda meydana gelen arızanın parasal değerini tespit etmenin mümkün olmaması nedeni ile ayıp oranında bedelden indirim hakkının kullanılamayacağından söz edilmelidir. Bu durum tüketicinin sözleşmeden dönme seçimlik hakkında da geçerlidir. Keza sağlık hizmetinin (ayıplı) olarak ifa edilmiş olması halinde hastanın sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının hasta açısından bir anlamı olmayacaktır. Burada sağlık hizmetinin ayıplı olması neticesinde hastanın kullanabileceği imkan çoğunlukla seçimlik hakkın kullanımı yerine genel hükümlere göre tazminat hakkını kullanmak olmaktadır.

Esasen Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler ile sağlık mevzuatında yer alan düzenlemelerin hastaya gerekli korumayı sağladığı ifade edilebilecektir<sup>341</sup>. Hastanın tüketici olmasından kaynaklı özel bir korumaya ihtiyaç duyduğu değerlendirilse dahi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun düzenlemesi pratikte hastaya bu korumayı sağlayamamaktadır. Zira yukarıda ifade edildiği üzere hastanın seçimlik haklarını kullanması çoğunlukla mümkün olmamakta ve hasta, genel hükümler uyarınca zararının tazmin edilmesinden farklı bir talep ileri sürememektedir.

Durum böyleyken pozitif hukukta hekimlik sözleşmesinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına alınması neticesinde hekimlik sözleşmesi tüketici işlemi olarak kabul edilecek ve hasta tarafından açılan tazminat davaları tüketici mahkemelerinde görülecektir<sup>342</sup>. Ancak sözleşmeden kaynaklanmayan tıbbi müdahalelerde bir tüketici işlemi söz konusu olmadığından genel mahkemeler görevli olacaktır. Bu kapsamda özel bir hastaneye acil kaydı ile başvuran hastaya

---

2015/9077 K. 2016/5505 vd. (Çevrimiçi), Lexpera, 23 Ekim 2019). Eserin onarımını isteme hakkı doğrudan ya da dolaylı bir mal teslimi konu edinen sözleşmelerde söz konusu olacaktır. Bu nedenle hekimlik sözleşmesinde onarımın talep edilemeyeceği ve böyle bir talebin yeniden ifa (hizmetin yeniden görülmesi) anlamına geleceği yönünde Makaracı Başak, **Tüketici**, s. 529.

<sup>341</sup> Baş Süzel, **İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa**, s. 971. Yazar, bu sonuca avukatlık sözleşmesinin tarafı olan müvekkil yönünden ulaşmıştır. Müvekkilin, vekalet sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi nedeni ile tüketici olmasından kaynaklanan özel bir ihtiyacı bulunmamaktadır.

<sup>342</sup> Antalya BAM, 3.HD. T.2.5.2017 E. 2017/393 K.2017/344: "(...)Birleşen manevi tazminata ilişkin dava dosyası yönünden ise; dava tarihinin 07/01/2016 tarihi olduğu, 28/05/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 yasa gereğince tüketici konumunda olan davacıların açtığı davanın Tüketici Mahkemelerinde bakılması gerektiği ve davada Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olmadığı anlaşıldığından; (...)" (Çevrimiçi), Lexpera, 25 Mayıs 2018.

yapılan müdahaleden doğan uyuşmazlıklar genel mahkemelerde çözümlenecekken sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevli olacaktır<sup>343</sup>.

Burada değerlendirmeye alınması gereken bir husus, Tüketici mahkemelerinde açılan davaların Harçlar Kanunu'na tabi harçlardan muaf olduğudur<sup>344</sup>.

Bu durumun birbirine zıt iki sonucu olduğu ifade edilmelidir. Bir tarafta harçtan muaf olması nedeni ile hastaların dava açmaları mülga Kanun dönemine nazaran oldukça kolaylaşmıştır<sup>345</sup>. Ancak bu kolaylığın, hekimler aleyhine açılan davaların sayısındaki gözle görülen artışa yol açtığı da belirtilmelidir. Gerçekten uygulamada tıbbi uyuşmazlıklardan doğan davalarda, dava temelinin gerekçelendirilmeden dava açılması ile sıklıkla karşılaşılmaya başlanmıştır. Bu ise olası bir uyuşmazlık ile karşılaşmak istemeyen hekimlerin çekinik (savunmacı, defansif) hekimlik uygulamalarına yönelmesine ve riskli operasyonlardan kaçınmalarına ya da kendilerini korumak maksadı ile gerekli olmayan tahlil ve tetkiklere yönelmelerine yol açmıştır. Hekimlerin bu türden çekinik hekimlik uygulamalarının genel olarak topluma ve münferiden hastaların menfaati aleyhine olduğu ise gözden kaçırılmamalıdır. Bu konu çekinik tıp uygulamaları başlığı altında ayrıca değerlendirilmiştir<sup>346</sup>.

## 2. Sürekli Borç İlişkisi Teşkil Etmesi

Bu kısımda son olarak hekimlik sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi yarattığından söz edilmelidir. Belirtmek gerekir ki, hekimlik sözleşmesinin ani

---

<sup>343</sup> Hastanın ölmesi halinde yakınlarının talep edeceği destekten yoksun kalma tazminatında zararın kaynağının tüketici işlemi olması nedeni ile görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğu yönünde Petek, **Tüketici**, s. 1002. Tüketici mahkemesinde açılan ve destekten yoksun kalma tazminatının talep edildiği bir davada görev konusu tartışılmamıştır. Yarg.13. HD. T.4.4.2018 E. 2016/20933 K. 2018/4147, (Çevrimiçi), Lexpera, 25 Mayıs 2018. Aksi görüşte olan Çelik, destekten yoksun kalma tazminatı talep eden kişilerin hasta ve hekim arasındaki sözleşmeye taraf olmadığını belirterek destekten yoksun kalma tazminatının bağımsız olarak bu kişilerin kişiliklerinden doğan bir hak olması nedeni ile tüketici haklarına ilişkin olmadığı görüşündedir. Çelik, Ahmet Çelik, “*Can Zararları Tüketici Yasası'nın Konusu Değildir*”, (Çevrimiçi), [http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/381\\_can-zararlari-tuketici-yasasi-nin-konusu-degildir.pdf](http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/381_can-zararlari-tuketici-yasasi-nin-konusu-degildir.pdf), 27 Mayıs 2019, s.10.

<sup>344</sup> 6502 sayılı TKHK md. 73 (2).

<sup>345</sup> Hekimlere yönelik mecburi mesuliyet sigortası uygulaması karşısında hekim aleyhine açılan davalarda hızla artış olacağı yönünde farklı bir değerlendirme için İnal, **Cerrahi Uygulama**, s. 766.

<sup>346</sup> Bkz. İkinci Bölüm/II/D/1/b.

edimli mi<sup>347</sup> yoksa sürekli bir borç ilişkisi mi olduğu hususunda hastanın ifaya olan çıkarının zamana yayılıp yayılmadığı incelenecektir<sup>348</sup>. Hastanın ifaya olan çıkarı, hekimin iş görme borcunun konusu işlemlerin yerine getirilmesi için yürüttüğü faaliyetlerdir. Burada iş görme ile amaçlanan bir sonuç olsa da bu sonuç, hekimin iş görme ile taahhüt ettiği yükümlülüğün kapsamı dışındadır<sup>349</sup>. Daha somutlaştırmak adına bir örnek verilirse, tarafların hastalığın tedavisini konu edinen bir sözleşme akdetmiş olmalarında dahi hekimin yükümlülüğü hastalığın tedavi edilmesi değil, bu sonucun elde edilmesi için özenli faaliyette bulunmaktır<sup>350</sup>. Hastanın ifa menfaati tedavi sonucuna değil bu sonucu elde etmek amacı ile yürütülen faaliyetlere yöneliktir. Bu cümleden olmakla hasta açısından ifa, az ya da çok zamana yayılmış olması nedeni ile hastanın ifa çıkarının belirli bir an ile gerçekleştiğinden söz etmek uygun değildir<sup>351</sup>. Benzer şekilde tıbbi müdahalenin, insan vücuduna yönelik olması da sözleşmenin ani edimli sayılmasına engel teşkil edebilecektir. Keza tıbbi müdahaleden sağlanan menfaat az ya da çok zamana yayılacaktır. Öyle ki, hastaya aşı vurulacak olması örneğinde dahi hastanın aşuya alerjisi olup olmadığının tespiti için hastanın öyküsünün alınması ya da aşı vurulduktan sonra hastanın kontrollerinin

<sup>347</sup> Hekimlik sözleşmesinin ani edimli sözleşme olduğu görüşünde bkz. Özay, **Estetik**, s. 29; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, s. 85.

<sup>348</sup> Borcun konusu edimler ifa süresi bakımından ani edimli veya sürekli edimli olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu ayrıma göre yapılacak değerlendirme ile borç ilişkileri de ani ya da sürekli borç ilişkisi olarak gruplandırılmaktadır. (Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 44) Hakim görüş, borç ilişkisinin ani mi yoksa sürekli ifalı bir borç ilişkisi mi olduğunun tespiti hususunda alacaklının edime olan çıkarının bir an içerisinde mi gerçekleştiğine yoksa süreye mi yayıldığına incelemektedir. (Bu yönde M Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul, Vedat, 2019, p.38-40, s. 11; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 7-8; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 14 vd.; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 8; Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 43-44; Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 601. Vekalet sözleşmelerinin, sürekli sözleşme benzeri bir sözleşme olduğu yönünde Eren, **Özel Hükümler**, s. 717. Karş. Weber, **OR Art 394**, p.4). Borç ilişkisinin ani ya da sürekli olarak nitelendirilmesinde borçlunun edim eyleminin dikkate alınacağı yönünde Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2007, s. 171, dn.24.

<sup>349</sup> Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s.46.

<sup>350</sup> Weber, **OR Art 398**, p. 29; Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 46. Karşı görüşte bkz. Özdemir, **Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, s. 85. “*Teşhis ve tedavi sözleşmesinde, özel sağlık kurum ve kuruluşunun asıl borcu hastanın, tıbben teşhis ve tedavisinin gerçekleştirilmesidir. Söz konusu edimin gerçekleştirilmesi bazen kısa bir zaman diliminde olabilmekteyken bazen de uzun bir zaman alabilmektedir. Örneğin kanser tedavisinde, hastanın, tedavisi uzun bir dönem gerektirmektedir. Buna karşın, göz rahatsızlığında, hastanın, gözlük camlarının değiştirilmesi ile yüklenilen edim gerçekleştirilebilmektedir. Bazı hastalıkların teşhis ve tedavisi belli bir zamana ihtiyaç göstermesi, teşhis ve tedavi sözleşmesine sürekli sözleşme niteliği kazandırmaz. Çünkü, sağlık kurum ve kuruluşunun yüklenmiş olduğu teşhis ve tedavi filini gerçekleştirme borcu bir bütünlük arz etmektedir. Edim borcunu oluşturan davranışlar tamamlandıktan sonra hastanın menfaati gerçekleşmektedir. Edim sonucunun gerçekleşmesi için belli bir zaman gerekmemektedir. Edim fiili tamamlandığında hastanın menfaati de gerçekleşmiştir.(...)*”

<sup>351</sup> Vekalet sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığı hallerde müvekkilin ifa menfaati, vekilin iş görme yükümlülüğünün devam ettiği sürenin bütününe yayılmıştır. Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 49.

yapılması, ifadaki menfaatin birer parçasıdır<sup>352</sup>. Ayrıca hastanın vücut bütünlüğü, sağlığı, kişisel özgürlüğü gibi temel kişilik haklarını konu edinmesi nedeni ile hastaya ait sırların ve hasta kayıtlarının sözleşme sona ermesinden sonra da saklanması gerekmektedir. Başka bir ifade ile temelini hekimin sadakat borcundan alan ve sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam eden yükümlülükleri, bu sözleşmeye sürekli borç ilişkisi niteliği vermektedir. Bu kapsamda hekimlik sözleşmesinin sürekli nitelikli bir borç ilişkisi olduğundan söz edilmelidir<sup>353</sup>.

### III. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki daha ziyade sözleşme ilişkisi olarak görülmektedir. Gerçekten günlük hayatta hasta bir şikayeti ya da rutin tetkikleri amacı ile hekime başvurmakta hekim de açık veya zımni iradesi ile hastanın icabına yönelik kabul iradesini açıklamaktadır.

Hekimlik sözleşmesi rızai bir sözleşme olup Türk Borçlar Kanunu md. 1 hükmü uyarınca tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulmaktadır<sup>354</sup>. Ayrıca, bazı durumlarda karşılıklı öneri ve kabul beyanları bulunmasa da istisnai olarak borç ilişkisi kurulabilecektir. Şöyle ki hekimin hastaya müdahalesi ile oluşan sosyal temas ile doğan borç ilişkisi böyledir. Bununla birlikte, bu ikinci durumda doğrudan doğruya hekimlik sözleşmesinin kurulmadığına, hekim ve hasta arasında sosyal temasla kurulan hukuki ilişkiye hekimlik sözleşmesi hükümlerinin uygulanıyor olacağına dikkat etmek gerekmektedir<sup>355</sup>. Örneğin hastanın bilinci açık olmaması nedeni ile rıza veremediği acil müdahaleler böyledir. Burada hastanın vücut bütünlüğüne yönelik müdahale ile hastanın hukuki menfaat alanına bilerek giren hekim ve hasta arasında sosyal

---

<sup>352</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği (RG 24.3.2013, 28597) md. 2.2.2.B-3 uyarınca; hastanın taburcu olduktan sonra aynı sağlık merkezinde ve aynı uzmanlık dalında 10 gün içerisinde yaptıracağı kontrol muayenesinden ücret alınmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, hekim tarafından yürütülen tıbbi müdahaleye bağlı kontrol muayenelerinin, ifadaki menfaatin parçası olduğunu işaret etmektedir.

<sup>353</sup> Hekimlik sözleşmesinin ifasına başlanmamışsa, TBK md. 512 hükmünde yer alan tek taraflı sona erdirmeye hakkı dönme niteliği taşıyacaktır. Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 256-257.

<sup>354</sup> Weber, **OR Art 395**, p.2; Honsell, **OR Art 394-406**, s. 267; Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalar**, s. 15.

<sup>355</sup> Taraflar arasındaki sorumluluğun haksız fiile dayandırılması uygun gözüktükçe de dürüstlük kuralından hareketle zarar görenin daha menfaatine olan sözleşmesel sorumluluğa tabi olması gerektiği kabul edilmektedir. İbrahim Aydın, **Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 13vd.

temastan doğan bir borç ilişkisi mevcuttur. Hastanın daha sonradan bu borç ilişkisine rıza vermemesi halinde hekimin sorumluluğu vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanacaktır<sup>356</sup>.

Burada belirtmemiz gerekir ki sözleşmenin bir tarafında hekim yer almaktaysa da sözleşmenin diğer tarafının her zaman hasta olduğundan söz etmek uygun olmayacaktır. Gerçekten kimi durumlarda sözleşme hasta yerine hastanın kanuni temsilcisi ile hekim arasında akdedilebilmektedir. Bunun tipik örneği çocuğun tedavisi amacı ile anne veya baba ile hekim arasında akdedilen hekimlik sözleşmesidir. Üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul edilebilecek bu durumlarda sözleşmenin tarafı kanuni temsilcidir<sup>357</sup>. Ancak, üçüncü kişi yararına sözleşmenin tarafı kanuni temsilci yerine üçüncü bir kişi de (örneğin hastanın amcası) olabilir. Bu ihtimalde sözleşmenin tarafı üçüncü kişi olacak; ancak çocuğa yapılacak müdahale söz konusu olduğunda HHY md 24/f.I uyarınca yasal temsilcinin rızası aranacaktır. Kimi durumlarda ise çocuğun hekimlik sözleşmesine taraf olmasından söz edilebilir. Bu durumda yasal temsilcinin rızası aranmaktaysa da sözleşmenin tarafı yasal temsilci değil hasta-çocuk olacaktır<sup>358</sup>.

Belirtmemiz gerekir ki, günlük hayatta hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin ne zaman kurulduğu her zaman rahatlıkla tespit olunmayabilir<sup>359</sup>. Ne var ki sözleşmenin ne zaman kurulduğunun tespiti, hekimin sözleşme öncesi ve

---

<sup>356</sup> Hekimin hasta menfaatine vekaletsiz iş gördüğü hallerde hasta yararına gerçekleştirilen tıbbi müdahale karşılığı uygun ücret ile hekim tarafından yapılan zorunlu ve faydalı masrafların talebinin dayanağı TBK md. 526 hükmü olacaktır. Keza burada taraflar arasında sözleşme bulunmamaktadır. Aksine hekim, vekaleti olmaksızın hastanın yararına ve mefruz iradesine uygun biçimde hareket ederek vekaletsiz iş görmüştür.

<sup>357</sup> Çocuğun sözleşme yapmaya ehil olmaması nedeni ile veli veya vasisi ile hekim arasında kurulan sözleşmeyi, üçüncü kişi (çocuk) yararına vekalet sözleşmesi olarak değerlendirmek uygun olacaktır. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 363; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 456. Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde sözleşme üçüncü kişi yararına eksik sözleşme niteliğindedir. Keza bu ihtimalde veli veya vasinin çocuğa, hekimden tıbbi müdahalede bulunmasını isteme hakkı tanımadığı kabul edilecektir. Buna karşılık çocuğun ayırt etme gücünü haiz olması halinde veli veya vasi ile hekim arasında akdedilen sözleşme üçüncü kişi yararına tam sözleşmedir. Küçüğün tıbbi müdahaleye rızası hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Zarife Şenocak, **Küçüğün Rızası**, s. 65-80; Oktay Özdemir, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 1315 vd.

<sup>358</sup> TMK md. 16/f.I, HHY md. 24/f.I.

<sup>359</sup> Teorik sözleşme anlayışının gerçeklikle örtüşmediği temel durumlardan biri hekimlik sözleşmesi ile karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten karşılıklı öneri ve kabul kendini net olarak göstermemektedir. Örneğin hiçbir hastanın hekime müracaat edip, apandisitimin alınmasını talep ediyorum şeklinde önerisi söz konusu olmayacaktır. Bunun yerine hasta hekime müracaat eder ve kendi şikayetlerini sıralar. Ancak bu tip farklılıklar ve taraflar arasındaki örtülü ilişki sözleşmenin tipi ve kuruluşunu belirleme açısından değil içeriğini tanımlama açısından zorluk yaratmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Wiegand, **Der Arztvertrag**, s.85-86 vd.

sözleşme esnasındaki sorumluluğunu ayırmada ayrıca önem taşımaktadır. Biz sözleşmenin kurulmasına ilişkin açıklamaları, olağan hekimlik sözleşmeleri ve estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen sözleşmeler açısından ayrı ele almanın uygun olduğu kanaatindeyiz.

Olağan hekimlik sözleşmelerinde, hasta; bir şikayetin tespiti, bu şikayetin giderilmesi veya sağlığına kavuşma amacı ile hekime başvurmaktadır. Bu başvuru, hastanın, hekimin muayenehanesine gitmesi ya da hekimin hizmet akdi ile bağlı bulunduğu özel hastaneye başvurusu<sup>360</sup> ile olabilir<sup>361</sup>. Burada sözleşmenin kurulduğu anın tespiti, hekimlik sözleşmelerinde öne çıkan güven ilişkisi ile ilintilidir. Hasta daha ziyade kendi araştırmaları, daha evvel hekimle arasındaki hukuki ilişki ya da başkalarının tavsiyeleri akabinde belirli bir hekime başvurmaktadır. Bu kapsamda hastanın, sözleşmenin kurulmasından evvel hekime yönelik bir güveninin mevcut olduğu ifade edilebilir. Bu hali ile hekime başvuran hastanın, hekime yönelik sözleşmenin objektif olarak esaslı unsuru olan tıbbi faaliyetlere ilişkin işin görülmesi yönünde önerisi söz konusudur. Hasta sadece fiziken değil telefonla dahi hekime başvurabilir. Hastanın, öneriye davet niteliğinde bir bilgi alma sınırlarını aşan başvurusu akabinde hekimin de bu öneriyi açık ya da zımni iradesi ile (örneğin hastanın şikayetin tespiti amacı ile hasta üzerinde tetkik yaparak) kabul ettiği an hekimlik sözleşmesi kurulmuş olacaktır<sup>362</sup>. Son örnek üzerinden devamla, taraflar arasında hekimlik sözleşmesi kurulmasına rağmen hasta muayene olmak üzere hekime başvurmamışsa ve hastanın susması hekim tarafından sona erdirme beyanı şeklinde anlaşılabilirse burada TBK md. 512 hükmü gereği hastanın sözleşmeyi tek taraflı sona erdirdiği değerlendirilebilir. Hastanın hekimlik sözleşmesi kurulmasına rağmen sözleşme konusu tıbbi müdahaleye rıza vermemesi halinde ya da verdiği rızadan cayması halinde de aynı değerlendirme

---

<sup>360</sup> Burada hastanın belirli bir hekim ile sözleşme akdetmek üzere özel hastaneye başvurusu ifade edilmektedir. Hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi, hasta ile hastane arasında ise barınma, yeme, içme gibi edimleri içerir hastaneye kabul sözleşmesi imzalanmaktadır. Hastanın hekim değil hastanenin tüzel kişiliğine güven duyduğu ve bu kapsamda belirli bir hekime başvuruyu arzulamadığı durumlarda ise hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi kurulmayacaktır. Hasta, hastane ile tedavi ve yeme, içme, barınma gibi yükümlülükleri içerir hastaneye tam kabul sözleşmesi akdetmektedir. Bu ihtimalde hekim, hastanenin ifa yardımcısıdır.

<sup>361</sup> Lipp, (Laufs/Katzenmeier/Lipp), **Arztrecht**, s.61.

<sup>362</sup> Ott, **Haftung**, s. 25.



yapılabilecektir. Hasta bu hallerde aralarındaki güven ilişkisinin bir uzantısı olarak hekimlik sözleşmesini sona erdirmeye hakkını kullanmıştır.

Hastanın yukarıda belirttiğimiz güven duygusundan arı olarak hekime başvurup bilgi almak istediği hallerde ise bu başvuru öneri niteliğini taşımamaktadır. Aksine bilgi talebi, güven ilişkisinin tesisine yönelmiş olup hukuken bağlanma iradesi içermemektedir.

Estetik amaçlı müdahalelerde ise durum kimi zamanlarda farklılık taşıyabilmektedir. Hasta, hekime bir şikayeti amacı ile değil, vücudunun beğenmediği bir kısmına yönelik estetik kaygıları nedeni ile başvurmaktadır. Burada sözleşmenin kurulduğu anın değerlendirmesinde birden fazla aşamanın göz önünde bulundurulması gerekebilecektir<sup>363</sup>.

Herhangi bir fizyolojik rahatsızlığı olmamasına rağmen burnunda şekil değişikliği yaptırmak isteyen hasta örneğinde ilk aşama hastanın estetik kaygısını aktarma amacı ile hekime başvurduğu aşamadır<sup>364</sup>. Bir sonraki aşamada hekim, hastanın arzusuna yönelik alternatifleri (örneğin bir rinoplasti ameliyatı ile kalıcı burun estetiği ya da burun ucuna dolgu koymak sureti ile cerrahi olmayan bir müdahale alternatifi) hastanın bilgisine sunmaktadır. Bu aşamada hasta ile hekim karşılıklı ve uygun iradeleri ile uygulanacak müdahale hususunda mutabık kalmaktadır. Üçüncü aşama (genellikle bir sonraki muayenede) uygulanacak müdahaleye ilişkin aydınlatmanın yapıldığı ve akabinde müdahalenin vuku bulduğu aşamadır<sup>365</sup>. Burada tarafların, güven ilişkisini kurduğu ve bir müdahale uygulanması hususunda mutabakata vardığı ikinci aşama, sözleşmenin kurulduğu andır<sup>366</sup>. Üçüncü aşama ise, halihazırda kurulmuş olan sözleşmenin konusuna, ifaya yönelmiştir.

Kırışlıkların giderilmesi amaçlı botoks, ya da yüze veya dudağa dolgu uygulaması gibi işlemlerde ise farklı bir değerlendirme yapmak mümkündür. Bu gibi estetik amaçlı müdahalelerde, estetik amaçlı cerrahi operasyonlara nazaran

---

<sup>363</sup> Ayrıntılı açıklama için bkz. Lorz, *Schönheitsoperationen*, s. 59-61.

<sup>364</sup> Lorz, *Schönheitsoperationen*, s. 59; Temel, *Alman Hukukunda Estetik*, s. 236.

<sup>365</sup> Lorz, *Schönheitsoperationen*, s. 59; Temel, *Alman Hukukunda Estetik*, s. 236.

<sup>366</sup> Temel, *Alman Hukukunda Estetik*, s. 236 vd.

komplifikasyon<sup>367</sup> riski azdır. Ancak komplifikasyon risklerinin az olması ya da cerrahi bir işlem barındırmaması, bu gibi müdahalelerin tıbbilik niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. Ne var ki bu tür işlemleri konu alan görüşmeler genellikle yukarıda belirttiğimiz hali ile üç aşamalı olarak gerçekleşmemektedir. Burada çoğunlukla hasta, hekime başvurarak estetik işleme yönelik bilgi istemektedir. Bu aşamada hekim uygulanacak ürün ve ürünün fiyatı hakkında hastaya bilgi vermektedir. Bu irade hekimin, hastaya yönelik sözleşme önerisi olarak kabul edilmelidir. Hastanın bu öneriyi kabul etmesi ile birlikte taraflar arasında hekimlik sözleşmesi kurulmaktadır.

Burada hekimlik sözleşmelerinin zımnî kabul ile kurulması üzerine de durulması gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu md. 503 hükmü vekalet sözleşmesinde sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir faraziye getirmektedir<sup>368</sup>. İlgili madde şöyledir: “*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sifata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*”

Hukuki niteliğini vekalet sözleşmesi olarak tespit ettiğimiz hekimlik sözleşmesine de uygulanacak bu hüküm uyarınca hekimin, hastanın önerisini hemen reddetmemesi halinde sözleşme kurulmuş sayılacaktır<sup>369</sup>.

Esasen hem hasta hem de hekim, sözleşmenin karşı tarafını seçmekte serbesttir. Bu husus, hekim açısından Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği'nin 18. maddesinde ayrıca belirtilmiştir. Şu halde acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası hallerine girmeyen bir durumda hasta ile sözleşme akdetmek istemeyen hekim, öneriyi hemen reddetmelidir. Burada hekim, susmasının sözleşmeyi kabul ettiğine ilişkin iradesinden ileri gelmediğini ispatlayarak faraziyenin aksini ispat edemez. Ancak, hekime, sözleşmeyi her zaman sona erdirme imkanı tanıyan TBK md. 512

---

<sup>367</sup> Komplifikasyon tıp hukukunda izin verilen risk olarak adlandırılmaktadır. Biz komplifikasyon kavramını, illiyet bağı kavramı sınırlarında incelemekteyiz. Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm/IV.

<sup>368</sup> Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 230, s. 70; M Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 25. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 345.

<sup>369</sup> Hekim, Kanun maddesinde sayılan “işin yapılması mesleğinin gereği” olan gruba dahildir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 388-389; Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 608; Eren, **Özel Hükümler**, s. 722.

hükmü nazara alındığında bu faraziyenin etkisinin zayıflığı anlaşılmaktadır<sup>370</sup>. Zira hekim; iradesinin öneriyi kabule yönelik olmadığını ispat etse dahi sözleşmeden kurtulamayacak; ancak TBK md. 512 hükmü uyarınca bağlılık içerisinde bulunmak istemediği sözleşmeyi sona erdirebilecektir<sup>371</sup>.

Bu bahiste belirtilmesi gereken bir diğer husus, hekimlik sözleşmesinin geçerliliğinin herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığıdır. Gerçekten sözleşmenin şekline ilişkin bir düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun vekalet sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerinde ya da sağlık mevzuatında yer almamaktadır. Bununla birlikte 1219 sayılı Kanun'un md. 70 hükmü uyarınca büyük cerrahi operasyonlara ilişkin hasta rızası yazılı olmalıdır<sup>372</sup>. Bu maddeden hareketle büyük cerrahi operasyonlara ilişkin hekimlik sözleşmesinin yazılı şekle tabi olduğunu ifade etmek hatalı olacaktır. Şöyle ki, hekimlik sözleşmesinin kurulması ve sözleşme kapsamında yürütülecek tıbbi müdahaleye rıza verilmesi farklı kavramlardır. Tıbbi müdahale,

---

<sup>370</sup> Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art 395, Nr. 4b.

<sup>371</sup> TBK md. 512 hükmü uyarınca vekalet veren ve vekil haklı bir sebep aranmaksızın ve bir ihbar süresine bağlı olmaksızın sözleşmeyi tek taraflı olarak dilediği zaman sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğer tarafın bundan doğan zararını gidermekle yükümlü kılınmıştır. Taraflardan birinin uygun olmayan zamanda dahi olsa, sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik beyanı ile birlikte sözleşme derhal sona ermektedir. Tam tazminat karşılığı fesih hakkı olarak değerlendirilen bu düzenlemenin sonucunda tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaktadır. Sona erdirmenin uygun olmayan bir zamanda kullanılıp kullanılmadığının tespitinde sona erdirmenin gerçekleştiği tarih itibarı ile beyan muhatabının içinde bulunduğu durum nazara alınabilecektir. Konumuz açısından, özellikle hekimin uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanmış olması -hastanın bundan doğabilecek zararları nazara alındığında- ayrıca önem taşımaktadır. Hekimin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullandığı vakit itibarı ile hastanın sağlık hizmetini başka bir hekimden alacak olması nedeni ile olumsuz bir durum ile karşılaşmadığı hallerde sözleşmenin uygun zamanda sona erdirildiği belirtilmelidir. Ancak hastanın, sona erdirmeye nedeni ile başka bir hekime başvuruyor olması nedeni ile daha fazla ücret ödemiş olması halinde bu zarar ifa menfaatine ilişkin olup sona erdirmeye hakkının uygun zamanda kullanılmamış olmasından ileri gelmemektedir. Halbuki TBK md. 512/II fıkrası uyarınca tazmin edilecek zarar, sözleşmenin devam edeceğine güvenen tarafın beklentisinin boşa çıkması nedeni ile uğradığı olumsuz zarardır. Bu zararın tespiti amacı ile sözleşmenin doğru veya uygun bir zamanda sona erdirilmiş olsaydı önlenilecek zararın belirlenmesi gerekmektedir. Uygun zamanın tespiti açısından TDY md. 19/I ve II fıkralarından faydalanılabilecektir. İlgili düzenlemeler uyarınca hekimin, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakması mümkündür. Ancak bu gibi hallerde tedaviyi bırakmadan evvel başka bir meslektaşının tedavi veya müdahalesine imkan verecek zamanı hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi gerekmektedir. Hastanın bırakılması halinde hastanın hayatı tehlikeye düşecek olması veya sağlığının zarara uğraması bekleniyorsa hekim, başka bir meslektaşına işi tevdi etmedikçe hastayı bırakamayacaktır. Bu düzenlemeler ışığında sona erdirmeye hakkının kullanılması anı itibarı ile hastanın başka bir hekime başvurması için geçireceği zaman içerisinde zarar görmesi ihtimalinin beklenmediği durumlarda sona erdirilmenin uygun zamanda yapıldığı kabul edilmelidir. Uygun zaman kavramı ve tarafların bundan doğan zararlarının giderimi konusunda ayrıntılı değerlendirme için bkz. San, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 129-165.

<sup>372</sup> “Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveliminde muvafakatını alırlar. Biyüyük ameliyeyi için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir). Hilafında hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları mahalli mülki amir tarafından verilir.”

daha evvel kurulan sözleşmenin ifasını işaret etmektedir. Rıza ise tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının ön koşuludur. Bu kapsamda büyük cerrahi operasyonlara ilişkin olsa dahi, taraflar arasında herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın kurulan hekimlik sözleşmesi geçerli olacaktır. Ancak bu sözleşmenin ifası kapsamında müdahalede bulunmak için hastadan alınacak rızanın geçerliliği, yazılı şekilde alınmış olmasına bağlıdır<sup>373</sup>.



---

<sup>373</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.225.

## İKİNCİ BÖLÜM

### HEKİMİN ÖZEN BORCU

#### I. VEKALET SÖZLEŞMESİNDE ÖZEN KAVRAMI

##### A. GENEL KAVRAM OLARAK “ÖZEN”

Günlük hayatta özen, bir işin en iyi seviyede yapılabilmesi amacı ile gösterilen ihtimam olarak anlaşılmaktadır<sup>1</sup>. Şu halde özen, kendiliğinden var olmayan ve somut bir hedef ya da başarıya ulaşma amacı ile ortaya çıkan insan davranışının ya da hareketlerinin ölçütüdür<sup>2</sup>.

Özen kavramı, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere çeşitli birçok mevzuatta yer almıştır. Örneğin Türk Borçlar Kanunu’nda kiracının, yüklenicinin, vekilin ve vekaletsiz iş görenin, adi ortaklıkta ortağın özen borcuna yer verilmiştir. Türk Medeni Kanunu’nda ev başkanının sorumluluğuna ilişkin düzenlemede, Türk Ticaret Kanunu’nda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda özen borcu düzenlenmiştir. Ancak özenin tanımı mevzuatta yapılmamış bu husus doktrine bırakılmıştır.

Biz, estetik amaçlı müdahaleleri konu edinen sözleşmeler de dahil olmak üzere konusu, hekimin hastaya yönelik tıbbi faaliyette bulunmayı üstlendiği sözleşmelerin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu tespit etmiş bulunmaktayız. Bu kapsamda hekimin özen borcunun tayini amacı ile vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcu üzerinde titizlikle durulması gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 506/f.II ve f. III düzenlemeleri şöyledir:

*“Vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözetererek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür<sup>3</sup>.*

---

<sup>1</sup>[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&kelime=özen%20göstermek&cesit=1&guid=TDK.GTS.5b5f2ecaa7c884.47117091](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=özen%20göstermek&cesit=1&guid=TDK.GTS.5b5f2ecaa7c884.47117091) (Çevrimiçi), 14 Mart 2018.

<sup>2</sup> Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art 398, Nr.21a.

<sup>3</sup> Mehaz OR 398/f.II hükmünde vekilin, kendisine tevdi edilen işi sadakat ve özenle (getreue und sorgfältige) ifadan sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun tayininde benzer alanda hizmet üstlenen basiretli vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır<sup>4</sup>.*

Burada önemle belirtmemiz gerekir ki, vekilin ve çalışmamız konusu hekimin özen borcu, teknik anlamda bir borç olmayıp yükümlülüktür<sup>5</sup>. Zira dar anlamı ile borç kavramı, borçlunun bir edimi yerine getirme (verme, yapma ve yapmama) yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Dar anlamda borç ilişkisi, alacaklıya bir alacak hakkı ve bu alacağını elde etmesine yönelik talep hakkı vermektedir<sup>7</sup>. Yükümlülük ise daha geniş anlamı ile, bir davranışta bulunma zorunluluğunu ifade etmektedir<sup>8</sup>. Aşağıda ayrıntılarına yer verdiğimiz üzere özen borcu, asli edimden ayrı olarak bağımsız bir davaya konu teşkil etmemektedir. Müvekkil; ancak özenin bağlı olduğu asli edimin gereği gibi ifa edilmemiş olmadığını ileri sürerek uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Bu kapsamda özen borcunun teknik anlamda bir borç olmadığını tespit etmiş olmakla beraber çalışmamızda bu ifadeyi kullanmış olmamızın iki gerekçesi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kavramın doktrinde ve bizatihi TBK md. 506/f.III düzenlemesinde *borç* şeklinde ifade ediliyor olmasıdır<sup>9</sup>. İkincisi ise özen borcu ifadesinin, bu kavramın vekilin sözleşmesel sorumluluğundaki ikili fonksiyonunu yansıttığı olmasından ileri gelmektedir. Şöyle ki, TBK md. 506/f.II düzenlemesi uyarınca vekil, üstlendiği iş veya hizmeti özenle yürütmekle yükümlüdür. Bu fıkra da vekilin, asli edimi olan iş görmeyi kötü ifa ederek sözleşme ihlaline neden olmama yükümlülüğü işaret edilmiştir<sup>10</sup>. Diğer bir ifade ile, aşağıda açıklandığı üzere, sözleşme ihlali bakış açısı altında vekilin ideal bir vekilden beklenen özeni gösterip göstermediği sorusuna cevap aranacaktır. TBK

---

<sup>4</sup> TBK md. 506/f.III. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda ise vekilin müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükellef olduğu düzenlenmişti. Mülga Kanun yürürlükteyken de doktrin, iyi bir surette ifa ifadesini mehz Kanun'a paralel olarak sadakat ve özenle ifadan sorumluluk olarak kabul etmiştir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 407.

<sup>5</sup> Veysel Başpınar, **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, Yetkin, 2004, s. 56-57.

<sup>6</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.10, s. 3.

<sup>7</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.60, s. 18. Yükümlülük kavramı ile karıştırılmaya müsait bir diğer kavram külfettir. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, diğer şartları varsa tazminat sorumluluğunun doğması söz konusu olacakken, külfetin yerine getirilmemesi, külfeti yerine getirmekle yükümlü kişinin hak kaybına uğramasına yol açmaktadır. Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 45.

<sup>8</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 61, s. 18, dn. 67. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 45.

<sup>9</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 409 vd.; Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 88; Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 4vd.; Başpınar, **Vekilin Özen Borcu**, s. 56-57 vd.

<sup>10</sup> Mustafa Alper Gümüş, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/II'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.22, Sa.3, s. 2016, s. 1221-1240, s. 1224.

md. 506/f.III düzenlemesi ise vekilin kusur bakış açısı altında göstermesi gereken özen ölçütünü (özen yükümlülüğünü değil)<sup>11</sup> belirlemiştir. Bu ölçüt, benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli vekilin göstermesi gereken davranış esas alınarak tespit edilecektir. Şu halde vekalet sözleşmesinde özen kavramı hem sözleşmenin ihlal edilip edilmediği hem de kusurlu olup olunmadığını tespit etmekte kullanılmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda kimi durumlarda özen yükümlülüğü/yükümü olarak işaret edilen kavramın kullanımında, doktrindeki kullanıma paralel olarak özen borcu ifadesi kullanılmakla beraber kusurun ölçütü olarak özen kavramı çoğunlukla sadece özen ya da olumsuz durumu işaret etmek amacı ile özensizlik ifadesi ile aktarılmaya çalışılmıştır<sup>12</sup>.

Yukarıda belirtilenler çerçevesinde vekilin özen borcunu açıklamak amacı ile özen kavramını ve bu kavramın vekalet sözleşmesindeki fonksiyonlarını izah etmek gerekmektedir.

Vekalet sözleşmesinde vekilin sonuca erişmek amacı ile yapmış olduğu faaliyetin özenle yürütülmesinden sorumlu olduğunu önemine binaen tekrar etmek gerekir. Vekil, eser sözleşmesinden farklı olarak iş görmenin yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değildir. Belirtmek gerekir ki taraflar vekalet sözleşmesi ile de eser sözleşmesinde olduğu gibi belirli bir sonucun elde edilmesini amaçlamış olabilir<sup>13</sup>. Bir işin idaresi gibi uzun sürece yayılan haller haricinde kalan vekalet ilişkilerinde durum böyledir. Konumuzun esas kapsamı olan hekimlik sözleşmesinde de durum böyledir. Hekim ve hasta, -estetik müdahaleler gibi bir tedaviye yönelik olmayan müdahaleler haricinde- çoğunlukla, hastaya konulan teşhis akabinde en uygun tedavinin başarıya ulaşmasını amaçlar. Ne var ki burada tarafların sonucu arzu etmesi ve sonucun başarıya ulaşacağına ilişkin inancı, sözleşmenin niteliğini değiştirmeyecektir. Hekim, sonucun (müdahalenin başarılı/olumlu sonucunun) elde edilmemesinden değil sonuca ulaşmak amacı ile yaptığı faaliyetlerinin özenle yürütülmemesinden sorumludur. Bu nedendir ki vekalet sözleşmelerinde, diğer sözleşmelerden farklı olarak sözleşme ihlali daha ziyade kötü ifa olarak

---

<sup>11</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 4.

<sup>12</sup> Bu yönde Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 4-5.

<sup>13</sup> von Büren, **Besonderer Teil**, s.123.

görülmektedir. Kötü ifa, vekilin iş görme şeklindeki asli ediminin özen borcuna aykırı ifasını ifade eder<sup>14</sup>. Bu da vekilin özen borcunun taşıdığı önemi göstermektedir.

Özen kavramının temelinde borçluya, yüklendiği işin görülmesinde belirli bir gayret sarf etmesi yatmaktadır. Hangi alanda ve kapsamda olursa olsun özen kavramına yer verilen her halde olağandan daha yüksek bir çaba gösterilmesi gerekliliği anlaşılmalıdır<sup>15</sup>.

Sadece vekalet ilişkisi ile sınırlı olmaksızın genellikle her borç ilişkisinde borçlu, taahhüt altına girdiği edimi belirli bir gayret ve itina ile ifa edecektir<sup>16</sup>. Örneğin TBK md. 471/f.I fıkrası uyarınca eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği edimi iş sahibinin haklı menfaatini gözeterek sadakat ve özenle ifa eder<sup>17</sup>. Ancak neticenin elde edilememesi iş sahibinin hakimiyet alanına dahil olan bir nedenden ileri gelmediği müddetçe yüklenici, benzer alanda işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstereceği özeni göstermiş olmakla sorumluluktan kurtulamayacaktır. Zira eser sözleşmesinde üstlenilen edimin, vekilin üstlendiği özenli iş görme edimi ile kıyaslandığında daha fazla garanti altında olduğu görülmektedir. Bu kapsamda yüklenicinin borcundan kurtulması ancak mücbir sebebin veya TBK md. 136 hükmü uyarınca sonraki imkansızlığın varlığı halinde söz konusu olabilir<sup>18</sup>. Buna ilaveten

---

<sup>14</sup>Eren, **Genel Hükümler**, s. 1174 vd.; Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 2. Kötü ifa hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin, 2011, s. 106 vd.

<sup>15</sup> Başpınar, **Vekilin Özen Borcu**, s. 124.

<sup>16</sup> Honsell, **OR Art 394-406**, s. 275. Borçlu, sözleşme ilişkisinin niteliğinden bağımsız olarak yüklendiği edimi gereği gibi ifa etmelidir. Bu genel nitelikli özen yükümü vekalet ilişkisi için de geçerli olup bu sözleşme tipinde özel olarak düzenlenmiştir. von Büren, **Besonderer Teil**, s. 128.

<sup>17</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yüklenicinin özen borcu doğrudan düzenlenmemiştir. Mülga Kanun döneminde de doktrinde yüklenicinin borçları arasında sadakat ve özenli ifa sayılmıştır. Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 88vd.; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 51.

<sup>18</sup> Kanun koyucunun, sonuç sorumluluğunun varlığına rağmen, ayrıca özen borcunu düzenlemesinin altında belirli bir düşünce yer almaktadır. Esasen sonuç sorumluluğunun, özen sorumluluğunu da ihtiva ettiği düşüncesi, eser teslim edilmiş ve sözleşme genel olarak ifa edilmiş olduğu takdirde anlam taşımaktadır. (Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 88.) Mevzuatın 818 sayılı Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu, yüklenicinin sonuç sorumluluğunun karşılamadığı ihtimalleri de göz önünde bulundurmıştır. (Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 51; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 88vd.). Örneğin sözleşme eserin teslim edilmesinden evvel sona erdirilebilecektir. Böyle bir halde eser teslim edilmediğinden ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamayacaktır. Böyle bir halde o zamana kadar yapılmış olan ve iş sahibinin bedelini ödemek zorunda kalacağı işin özenle görülmemiş olmasından dolayı yükleniciyi sorumlu tutmak uygun olacaktır. Kimi durumdaysa eser sözleşmeye uygun olarak tamamlanmış ve ayıptan arı olan eserin teslimi gerçekleşmiş olabilir. Ne var ki yüklenicinin işin ifası sırasında özen borcunu ihlal etmesi nedeni ile iş sahibinin zarara uğraması söz konusu olabilir. Hatta eser ayıplı olarak teslim edildiği takdirde bu



eser sözleşmesi ile amaçlanan sonuç elde edildiği vakit alacaklı tatmin edilmiş ve ifa gereği gibi yerine getirilmiş olacaktır. Bu kapsamda yüklenicinin, ifanın özenli olmaması nedeni ile ayıplı bir eser teslimi halinde onun iş sahibine karşı ayıptan dolayı sorumluluğu söz konusu olur. Bir başka örnek olarak satış sözleşmesinde de durum böyledir. Kanun'da satıcının özen borcu düzenlenmemiştir. Ancak açıkça belirtilmemiş olsa dahi, satıcının borcunu gereği gibi ifa etmesi için belirli bir gayret sarf etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte bu gayreti sarf etmemesine rağmen sözleşme ile üstlenilen malın teslimi yerine getirildiği vakit ifa gereği gibi yerine getirilmiş olur. Şu halde özen, yapısal veya davranışsal olarak her daim borcun ifasında yer alabilmektedir.

Ancak özen kavramı, vekalet sözleşmesi gibi taraflar arasındaki güven ilişkisinin ön planda olduğu sözleşmelerde ayrı bir önemi haizdir.

Nitekim vekalet sözleşmesinde asli edimin gereği gibi ifası, sonuca yönelik faaliyetlerin özenle görülmesi halinde söz konusu olur. Özen yükümlülüğü, asli edim yükümlülüğü olan iş görmenin gereği gibi ifası için her şeyi yapma ve gerçekleşmesini engelleyecek şeylerden kaçınmayı işaret etmektedir<sup>19</sup>. Gerçekten, vekilin asli edim borcu olan iş görmenin, taraflarca anlaşılan şekilde ve tarzda sözleşmeye uygun olarak görülmesi gerekir. Vekil, iş görmenin başarıya ulaşması için tüm gücü sarf etmeli, bu sonucu engelleyebilecek her şeyden kaçınmalıdır. Vekil, sonucun gerçekleşmesi imkan dahilinde olduğu müddetçe arzulan sonuca ulaşmak için gerekli tüm çabayı sarf etmelidir.

---

ayıptan ileri gelmeyen fakat özen borcunun ihlal edilmesi nedeni ile doğan başka bir zarar olabilir. Burada ayıba karşı tekeffülden doğan haklar yanında özen borcuna aykırılık nedeni ile de sorumluluk doğacaktır. Ancak ayıbın kendisi, yüklenicinin özen borcuna aykırılıktan ileri gelmişse iş sahibi ancak ayıptan doğan zararının tazminini talep edebilir. Zira ayıba karşı tekeffül hükümleri, yüklenicinin özen borcuna kıyasla özel bir düzenlemedir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 51-53; Seliçi, **Müteahhidin Sorumluluğu**, s. 89, s. 110; Oktay Özdemir, **Eser Sözleşmesi**, s. 281-282; Gökyayla, **Özen Borcu**, s. 788-789.

<sup>19</sup> Özen yükümü, doğrudan asli edimin ifasına yönelik her şeyi yapma ve asli edim ifasına zarar verebilecek şeylerden kaçınmayı işaret ederken sadakat yükümü asli edimin ifası dolayısıyla müvekkilin menfaatlerini korumayı ifade eder. Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 159. Özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ifaya yönelik menfaatin, sadakat yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ise güvenin boşa çıkması nedeni ile uğranılan zararın tazminini gerektirir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 409; Gautschi, **Der Einfache Auftrag** Art 398, Nr. 4,a ve 5,a.

Belirtmek gerekir ki, gereken özenden sapma bir vasıf eksikliği ve kötü ifa olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifade ile, vekalet sözleşmesinde özen, asli edimin gereği gibi ifasını kuran ve ihmali belirleyen fonksiyondadır<sup>20</sup>. Bu niteliklerini göz önünde bulunduran bir görüş, özen borcunun hukuki niteliğini, ifa ile olan bu sıkı ilişkisi gereği ayrı bir borç olarak kabul etmiştir<sup>21</sup>. Bu görüş doktrinde taraftar bulmamış olsa da vekalet sözleşmesinde özen kavramının taşıdığı önemi göstermesi açısından dikkat çekicidir.

## **B. ÖZEN KAVRAMININ VEKALET SÖZLEŞMESİNDEKİ FONKSİYONLARI**

Özen kavramının vekilin sözleşmesel sorumluluğunda birden fazla fonksiyonu bulunmaktadır.

Özen kavramının vekalet sözleşmesindeki ilk fonksiyonu borçlu temerrüdü ve hiç ifa etmeme haricinde kalan sözleşme ihlaline ilişkin değerlendirmeye esas teşkil etmesidir<sup>22</sup>. Zira asli edimin gereği gibi ifası, bu edimin özenle ifa edilmiş olmasına bağlıdır. Bu anlamda özenden her sapma sözleşmenin ihlaline neden olacaktır. Bu, hekimlik sözleşmesindeki aslim edim yükümlülüğünün yapma edimi olmasının doğal bir sonucudur. Nitekim konusu yapma edimli olan sözleşmelerde sözleşmeye aykırılık kendisini, istenilen edim programına özensiz davranış olarak gösterirken kusur, her sözleşmede olduğu gibi davranıştaki eksik özen olarak tanımlanır<sup>23</sup>.

Özen kavramının ikinci fonksiyonu ise kendini hekimin kusurunu tespit etmekte göstermektedir.

---

<sup>20</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s.142.

<sup>21</sup> Murat Yılmaz, **Vekilin Özen Borcu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1997, s. 19; Topuz, **Özen Borcu**, s. 44.

<sup>22</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 76. Sözleşmenin ihlali ile ifade edilen husus kanunda açıkça tanımlanmamıştır. Türk Borçlar Kanunu md. 112 hükmü uyanınca hiç ifa etmeme ve gereği gibi ifa etmeme temel iki tip sözleşme ihlali işaret etmektedir. Hiç ifa etmeme hali haricinde kalan ve Kanun'da ayrıca düzenlenen borçlu temerrüdü de gereği gibi ifa etmeme kavramı altında incelenmektedir. Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1541, s. 501. Karş. Eren, **Genel Hükümler**, s. 1162vd.; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 807.

<sup>23</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 102.

Sözleşmesel sorumluluğun mevcut olabilmesi için sözleşmenin ihlal edilmesi<sup>24</sup>, bu ihlal neticesinde zarar oluşması, sözleşme ihlali ve zarar arasında illiyet bağının mevcut olması ve vekilin sözleşme ihlaline kusuru ile neden olması gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, özenin, aynı zamanda kusurun bir alt türü olan ihmali de belirlemesidir<sup>25</sup>. Zira vekil, borca aykırı sonucu engellemek amacı ile gerekli özeni göstermediği takdirde kusurlu olacaktır<sup>26</sup>. Burada, gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, basiretli vekilin davranışı esas alınarak belirlenecektir<sup>27</sup>. İşte özenin, kusuru belirlemede ölçüt alınması, bu kavramın vekalet sözleşmesindeki ikinci fonksiyonunu işaret etmektedir. Şu halde sözleşmesel sorumlulukta özen kavramının; hem sözleşmenin ihlalinde hem de kusur değerlendirmesinde nazara alınacağından söz edilmelidir<sup>28</sup>. Bu kapsamda sözleşmenin ihlali ve kusurun tespitinde aranan özen ölçüsü ayırımının yapılabilmesi amacı ile doktrinde yapılan iç ve dış özen tanımlarından faydalanılmalıdır.

İhmalin türüne göre ihtimamlı diğer bir ifade ile kusur barındırmayan hareket iki hususu kapsamaktadır: Dış özen ve iç özen<sup>29</sup>. Dış özen, borçlunun hal ve şartlara uygun davranması ve bu amaçla gerekli bilgileri haiz olmasıdır<sup>30</sup>. Borçlunun dışa yansıyan davranışındaki uygunluktur. Örneğin tüm trafik kurallarına dikkat edilerek

---

<sup>24</sup> Sözleşmesel sorumlulukta sözleşmenin ihlali kavramı; haksız fiil sorumluluğundaki hukuka aykırılık ile paralel bir kavramdır. (Eren, **Genel Hükümler**, s. 1180). Hekimlik sözleşmesinde sözleşmesel sorumluluğun mevcut olduğu durumlarda aynı zamanda haksız fiil sorumluluğunun mevcut olup olmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Meslek hatası şeklinde tezahür eden sözleşmeye aykırılık halinde aynı zamanda haksız fiil sorumluluğu da mevcut olacaktır. Keza hekimin meslek hatası aynı zamanda hastanın mutlak hakkı olan vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı hukuka aykırı olarak ihlal eder. Dural, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 154; Mustafa Reşit Belgesay, “Doktorun Hukuki Borçları”, **İÜHF**, C.11, S. 3-4, 1945, s.108-128, s. 109. Bu iki sorumluluk yarışığında hasta dilediği hukuki temele dayanmakta serbesttir. Ne var ki sözleşmesel sorumluluk; zamanaşımı ve ispat gibi nedenlerle her zaman hasta lehinedir.

<sup>25</sup> Nil Karabağ Bulut, “Sorumluluk Anlaşmaları ve Sonuçları”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, C.1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 825-883, s. 868.

<sup>26</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1336, s. 429; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 409, s. 817.

<sup>27</sup> TBK md. 506/III.

<sup>28</sup> Özen kavramının, sözleşmenin ihlali ve kusurun tespitinde ayrı ayrı ele alınması gerektiği görüşünü reddeden yazarlar da vardır. Bir görüş özen kavramını sadece sözleşmenin ihlalini kavramı altında ele alırken (Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art 398 Nr. 22a). diğer bir görüş özen kavramını münhasıran kusur bakış açısı altında ele almaktadır. Görüşler ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 79 vd. Hekimin sorumluluğu açısından sözleşmenin ihlali ve kusurun tespitinde gerekli özen kavramının pratikte eşdeğer olduğu yönünde Wiegand, **Der Arztvertrag**, s. 102.

<sup>29</sup>Şeref Ertaş, “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1980, Y.1, s. 173-204, s. 177; Philip Schelling, “Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung”, **MedR Schriftenreihe Medizinrecht**, Springer, 2003, s. 11.

<sup>30</sup> Ertaş, **Hekimin Mesleki Kusuru**, s. 178.

araç kullanılması halinde dış özen mevcuttur<sup>31</sup>. Dış dünyada uygun bulunmayan bir sonucu engellemeyen kişi ise gerekli özeni göstermemiştir<sup>32</sup>. Dış özenin varlığını araştırırken, kişinin dışa yansımış hareketinin uygun davranışa tekabül edip etmediği araştırılacaktır. Yoksa kişinin psişik, iç dünyasındaki özeni nazara alınmayacaktır. En yüksek ölçüde dış özen ise bizatihi uygun davranıştan ibarettir<sup>33</sup>. Uygun davranışın tespiti ise üçüncü kişinin aynı koşullardaki davranışı ile tespit olunur. Kanuna, sözleşme hükümlerine ya da davranış normlarına uygun davranan kişinin dışa yansıyan bu tutumu dış özeni işaret etmektedir.

İç özen ise kişinin iç dünyasına ilişkin tutumunu, manevi durumunu işaret etmektedir<sup>34</sup>. İç özen, özel bir algılama gücünü ve çaba harcamayı gerektirir. Bu kapsamda kişide hem uygun davranışa dair bilgiyi içerir hem de uygun davranmaya manevi bağlamda hazırlıklı kılar<sup>35</sup>. En yüksek ölçüde iç özenin varlığı konusunda değerlendirme, bilgi bakımından donanımlı, ideal kişinin bilgisi ve yetenekleri nazara alınarak yapılır<sup>36</sup>.

Dış ve iç özen ayrımının sözleşmenin ihlali ve kusur açısından önemi ise şöyledir: Vekalet sözleşmesinin asli edimi olan *iş görme*, daha evvel ifade edildiği üzere bir yapma edimidir. Bu kapsamda sözleşme ihlali daha ziyade sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi ve özellikle asli edimin özen yükümüne aykırı ifası anlamında kötü ifa şeklinde görülür. Bu cümleden olmakla vekilin asli edimi olan iş görmenin özen yükümüne aykırı ifa edildiği hallerde kötü ifa söz konusu olacaktır.

---

<sup>31</sup> Nilgün Başalp Yıldırım, “Haksız Fiil Sorumluluğunun Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Yeni Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.14, Sa.177, 2019, s. 1017-1061, s. 1021.

<sup>32</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 48-49; Başpınar, **Vekilin Özen Borcu**, s. 173. Karş. Schelling, **Die ärztliche Aufklärung**, s. 11-12.

<sup>33</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 49. Özen yükümlülüğü teorisinin dış özeni temel aldığı ve somut olaydaki davranış ile olması gereken (özenli) davranışın kıyaslanıp objektif özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin tespit edileceği yönünde Başalp Yıldırım, **Hukuk Aykırılık Unsuru**, s. 1021.

<sup>34</sup> Başpınar, **Vekilin Özen Borcu**, s. 173; Schelling, **Die ärztliche Aufklärung**, s. 12-13; Kempter, **Medizinische Sorgfaltsstandards**, s. 43.

<sup>35</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 50. Hekimin içsel özeni tam olmasına rağmen dışa yansıyan davranışı tedbirsiz olabilir. Örneğin operatörlük için henüz yeteri kadar bilgi sahibi olmayan hekim, büyük bir cerrahi müdahaleyi üstlenirse beklenen tüm dikkat ve özeni göstermiş olsa dahi sorumluluktan kurtulamaz. Keza burada hekimin henüz baştan bilgi ve tecrübe eksikliğini ileri sürerek bu operasyonu üstlenmemesi gerekmektedir. Ertaş, **Hekimin Mesleki Kusuru**, s. 178. Ayrıca, Weber, **OR Art 398**, p. 28.

<sup>36</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s.50; Başpınar, **Vekilin Özen Borcu**, s. 175.

Burada sözleşmenin ihlali, en yüksek ölçüde dış özen (uygun davranış) ve en yüksek ölçüde iç özene ( donanımlı ideal kişinin en yüksek bilgi ve yeteneğinden) göre tespit edilecek özenden sapmadır<sup>37</sup>.

Kusurun tespiti açısından aranacak özenin ölçüsü ise standart ve objektiftir. Sözleşmenin ihlali ve kusurda belirli bir davranıştan sapma mevcuttur. Ancak kusurun tespiti, sözleşme hükmünde özel olarak emredilen davranış ile ölçülememektedir<sup>38</sup>. Aksine objektif değerlendirme yapılarak borçlunun mensup olduğu mesleki çevre içerisindeki makul, dürüst ve basiretli kişinin aynı durumda olsaydı nasıl davranacağına yönelik bir tespit söz konusudur. Diğer bir ifade ile, en ideal, makul kişinin göstereceği dikkat ve özenden sapan her davranış o durumda *sözleşmenin ihlaline* neden olmak için yeterlidir. Ancak borçlu, sözleşmenin ihlalinde *kusurlu* olmayabilir. Borçlunun kusurunun ispatında faydalanılacak özen ölçütü, objektifleştirilmiştir<sup>39</sup>. Sözleşmenin ihlali için aranacak özenin ölçütü, kusurun alt türü olan ihmal için aranan ölçütün her zaman üzerindedir<sup>40</sup>.

Burada önemli bir hususu ifade etmek gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu md. 506/III fıkrası uyarınca özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde esas alınacak ölçüt, vekil ile benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen *basiretli vekilin* göstermesi gereken davranış olarak belirlenmiştir. Hekimin kusurunun tayininde esas alınacak basiretli vekil ölçütünü açıklamak amacı ile mülga Kanun döneminde benimsenen görüş ve madde gerekçesine yer vermek gerekmektedir.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, şimdiki düzenlemeden farklı olarak, işçinin

---

<sup>37</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 102. Karş. Ertaş, **Hekimin Mesleki Kusuru**, s. 178. Hekimin dış özeni, kendini olası tıbbi müdahaleyi üstlenip üstlenmemekte gösterir. Hekimin mevcut bilgi, yetenek ve tecrübelerini tayin ederek bunları aşan müdahalelerde bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olması nedeni ile hastanın uğradığı zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Burada ifade edilen, hekimin dış özenidir. İç özeni ise tıbbi müdahale esnasında göstereceği ihtimamı ifade eder. Hekimin uygulamakta olduğu tedavi sırasında hukuka aykırı neticenin gerçekleştiğini fark edememesi iç özen yükümlülüğünün ihhalidir. Ertaş, **Hekimin Mesleki Kusuru**, s. 178. Karş. Kempter, **Medizinische Sorgfaltsstandards**, s. 44.

<sup>38</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s.103.

<sup>39</sup> Wiegand, **Der Arzvertrag**, s. 102. Kusurun biri objektif diğeri subjektif olmak üzere iki yönü vardır. Kusurun subjektif yönü borçlunun sorumluluk ehliyetine ilişkin olup zararlı davranışın borçluya yükletilebilip yükletilemeyeceğine ilişkindir. Objektif yönü ise borçlunun davranışının ortalama, örnek kişinin davranışı ile kıyaslanmasına yöneliktir. Eren, **Genel Hükümler**, s. 644vd.

<sup>40</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 211.

sorumluğuna yollama yapmaktaydı<sup>41</sup>. Yine mülga Kanun, işçinin sorumluluğunda subjektif ölçütler ortaya koymuştu. 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 321/f.II fıkrası uyarınca işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken eğitim düzeyi, yeteneği veya uzmanlık bilgileri kusurun tespitinde göz önünde bulundurulmaktaydı. İşçinin sorumluluğuna yollama yapılması nedeni ile vekilin sorumluluğunun subjektif olup olmadığı sorusuna doktrinde olumsuz cevap verilmekteydi. Doktrin, işçinin sorumluluğuna yapılan yollamaya rağmen vekilden işçiye nazaran daha fazla özen beklemekteydi<sup>42</sup>. Bu özenin ölçütü, mesleğe özgü ortalama, makul bir vekil olarak benimsenmiştir. Bu kapsamda vekilin kusurunun tespitinde objektifleştirilmiş özen ölçüsünün esas alınması mülga düzenlemenin lafzına rağmen kabul edilmiştir<sup>43</sup>. Ancak burada önemle belirtilmesi gereken husus; *ortalama vekilin ortalama davranışı* ölçütünün uzmanlık gerektirmeyen iş görmelerde esas alındığıdır. Uzmanlık gerektiren işlerle birlikte özel bir kabiliyet ya da incelikli iş görmeyi gerektiren vekalet sözleşmesi ilişkilerinde bu ölçütten daha yüksek özenin aranacağı mülga düzenleme yürürlükteyken kabul edilmiştir<sup>44</sup>.

1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nda ise kusurun tespitinde nazara alınacak ölçüt, benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli vekilin davranışı olarak düzenlenmiştir. Madde gerekçesi şöyledir:

*“818 sayılı Borçlar Kanununun 390 ıncı maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ve vekilin sorumluluğunun genel olarak işçinin sorumluluğuna tâbi olduğuna ilişkin düzenleme Tasarı metnine alınmamış; bunun yerine, Tasarının 506 ncı maddesinin*

<sup>41</sup> 818 sayılı BK md. 390/f.I : “*Vekilin mes’uliyeti, umumi surette işçinin mes’uliyetine ait hükümlere tabidir.*”

<sup>42</sup> Şenocak, *Avukatın Akdi Sorumluluğu*, s. 20-22; Aral, *Kötü İfa*, s. 180; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 412; Akıncı, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s. 17-18; Ayan, *Tıbbi Müdahaleler*, s.89. Yüklenici yönünden bu doğrultuda bkz. Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 93.

<sup>43</sup> Weber, *OR Art 398*, p. 26-27; Gautschi, *Der Einfache Auftrag*, Art. 398, Nr. 24a; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 412; Akıncı, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s. 17-18; Ayan, *Tıbbi Müdahaleler*, s.89.

<sup>44</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 411vd.; Şenocak, *Avukatın Akdi Sorumluluğu*, s. 20-22; Aral, *Kötü İfa*, s. 180; Akıncı, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s. 17-18; Ayan, *Tıbbi Müdahaleler*, s.89. Bu konuyu müteahhidin sorumluluğu çerçevesinde ele alan Seliçi, bu ayrımı şöyle ifade etmiştir: “*Müteahhitten beklenen özenin derecesi belirlenirken müteahhidin kural olarak eser sözleşmesinin uzman tarafı olduğu, kendisinden aynı uzmanlık beklenemeyecek iş sahibinin müteahhidin mesleki bilgi ve hakimiyetini, yeteneklerini ölçmek olanağından yoksun olduğu, müteahhidin işçiden farklı olarak bağımsız iş göreceğini dikkate almak gerekir. Bu düşüncelerle genel olarak müteahhidin, işin icrasında, bir işçiden daha fazla özen göstermesi aranacaktır. İnşaat işlerinde müteahhidin özen ölçüsü daha da ağır koşullara tabi tutulacaktır. İnşaat işi bir teknik iş olduğu kadar tehlike arzeden bir iştir. İnşaat kesiminde faaliyet gösteren müteahhidin teknik kişi olması veya işletmesinin yönetiminde teknik uzmanları kullanması gerekir.(...)*” Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 93-94.

*ikinci fıkrasında vekilin vekalet sözleşmesinden doğan sorumluluğuna özgü bir düzenleme yapılması daha doğru görülmüştür. Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 390 ıncı maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkroda, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, objektif bir ölçüte yer verilmiştir. Buna göre, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır.”*

Madde gerekçesinde mülga Kanun'un aksine vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde objektif ölçüte yer verildiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda mülga Kanun yürürlükteyken dahi doktrinde kabul gören objektif ölçütün yasal zemine kavuştuğu düşünülebilir. Ancak Türk Borçlar Kanunu ile getirilen “basiretli” vekil ölçütünün, belirtilen bu objektif ölçütten daha farklı bir değerlendirmeyi gerektirdiği de düşünülebilecektir. Bu tespitin yapılabilmesi amacı ile bu kısımda, “basiretli” tacir/ iş adamı ölçütü koyan temel düzenlemeye ve bu ölçütün nasıl değerlendirildiğine yer vermek gerekmektedir. Şöyle ki; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 18/f. II hükmü uyarınca her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekmektedir<sup>45</sup>. Basiretli iş adamı ölçütü, tacirin ticari faaliyetlerinde göstermesi gereken dikkat, özen, ileri görüşlülük, sağduyu ve ölçülü hareket etme şeklindeki davranışlarının toplamı olarak ifade edilmektedir<sup>46</sup>.

Tacire yüklenen basiretli iş adamı gibi davranma ölçütü de aslında objektif bir özen ölçütü getirmektedir. Bu kapsamda tacirin kendi bilgi düzeyi ve yeteneklerini dışlayan, aksine benzer faaliyette bulunan tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni işaret etmektedir<sup>47</sup>. Şunu belirtmek gerekir ki, tacirin göstermesi gereken özen ölçüsü tacir olmayan kişiye nazaran her zaman daha fazladır. Örneğin Türk Ticaret Kanunu, hakimin aşırı gördüğü ceza koşulunu

---

<sup>45</sup> Tacir için aranan basiretli iş adamı ölçütüne Türk Ticaret Kanunu'nda başka maddelerde de yer verilmiştir. Örneğin Türk Ticaret Kanunu md. 110 /f.II fıkrası, acentenin işin acele olması nedeni ile müvekkilden talimat alamaması halinde basiretli bir tacir gibi işlem yapacağını düzenlemiştir.

<sup>46</sup> Mahmut Kızır, “Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.19, Sa.2, 2011, s. 245-283, s. 278.

<sup>47</sup> Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 18. Baskı, İstanbul, Vedat, 2019, s. 177vd.; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş Yirmi beşinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2019, s. 153vd.

kendiliğinden indirebileceğini öngören Türk Borçlar Kanunu sisteminden ayrılmıştır<sup>48</sup>. Zira basiretli bir iş adamı gibi davranan tacir; sözleşmeyi yaparken her türlü tedbiri ve bu anlamda ceza koşulunun aşırılığını da öngörmelidir. Ancak özen ölçüsünün tacir olmayanlardan fazla olması; kanunun taciri uzman olarak kabul etmesine bağlanan bir sonuçtur. Yoksa *basiretli* olması nedeni ile özen ölçütü daha da yükseltilmemiştir. Durum böyleyken Yargıtay'ın yaklaşımı, basiretli tacir ölçütünü genellikle en yüksek derecede özen olarak kabul ederek tacirin kusur karinesine bağlı sözleşmesel sorumluluğunu, neredeyse kusur aranmayan sorumluluk şeklinde yorumlamaktan yanadır<sup>49</sup>. Örneğin ekonomik kriz, para değerindeki ani düşüşler gibi mücbir sebep ya da umulmayan hal sayılabilecek bu ve benzeri kimi durumların basiretli tacir tarafından öngörülmesi gerektiğine yönelik kararları mevcuttur<sup>50</sup>.

Bu hususta Türk Borçlar Kanunu md. 506/f.III düzenlemesinde yer alan basiretli vekil ölçütünün, Yargıtay uygulamalarına paralel olarak en yüksek derecede özen ölçütü getirdiği benimsenebileceği gibi madde gerekçesinden hareketle mülga düzenleme yürürlükteyken benimsenen ölçütün yasal zemine kavuştuğu da ileri sürülebilecektir. Bu iki görüş arasındaki temel fark, esasen, bir tarafında *mesleki uzmanlık gerektirmeyen* vekalet sözleşmelerinde sorumluluğun belirlenmesi

---

<sup>48</sup> TTK md. 22. Ancak Yargıtay, cezai şart miktarının ahlaka aykırı olacak kadar yüksek olması halinde TTK md. 22 hükmünü uygulamamaktadır. Oktay Özdemir, **Sözleşme Özgürlüğü**, s. 390. Bu yönde Yarg. 15. HD. T. 28.03.2012 E. 2002/1188 K. 2002/1472 "(...)Gerçekten mahkemenin de kabulünde olduğu gibi, TTK.24 ve BK. 161 /son maddeleri uyarınca tacir olan davalı şirketin cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini istemeye hakkı bulunmamakta ise de, kararlaştırılan ceza borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal olunabilir. Dairemizin ve Hukuk Genel Kurulunun kararlarıyla da benimsenmiştir. (...) Öte yandan Ticaret Kanununun 20/2 mad. her tacire ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmek mikellefiyetini yüklemektedir. Medeni Kanunun 2/2 mad. de, icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmeyen kimsenin hüsnüniyet iddiasında bulunamayacağı kuralını koymuştur. Mahkemenin bu hususlar üzerinde durmadan daha genel nitelikte bulunan TMK.nun 4. mad.ne göre takdir hakkını kullanarak indirim yapması usul ve yasaya aykırı olmuştur.(...)", (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 30 Mart 2016.

<sup>49</sup> Gümüş, **Basiretli İş Adamı Ölçütü**, s. 1230.

<sup>50</sup> Yargıtay'ın tacir-kiracının kira bedelinde uyarılama talep ettiği bir davaya ilişkin verdiği karar şöyledir. Yarg. 13. HD. T. 10.06.2003 E. 2003/3622 K. 2003/7636 "(...)Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinen bir gerçektir. Davacı da TTK. 18/ 1 maddesi hükmüne göre tacir olduğuna göre aynı yasanın 20/II maddesine göre de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. (...)", Çevrimiçi, (Kazancı İçtihat Bankası), 30 Mart 2016.



hususunda kendini göstermektedir<sup>51</sup>. Uzmanlığı gereği faaliyette bulunan hekim açısından ise basiretli vekil ölçütünün mülga düzenleme yürürlükteyken doktrinde kabul edilen görüşe paralel olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Keza yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, mesleki faaliyeti kapsamında bir uzman olarak faaliyet yürüten vekilin, kusur bakış açısı altında göstermesi gereken özenin tayininde, ortalama vekilin ortalama davranışından da yüksek bir özenin varlığı aranmıştır. Bu kapsamda TBK md. 506/f.III düzenlemesinde getirilen, benzer alanda faaliyette bulunan basiretli vekil ölçütü, az evvel belirtilen özen ölçütünü karşılar niteliktedir. Ne var ki burada, Yargıtay'ın, basiretli tacirden beklediği en yüksek derecede özen ölçütünü uzman vekil açısından dışlamak gerekmektedir. Aksi takdirde uzman vekil açısından sözleşme ihlali ve kusur için aranan özen ölçütü neredeyse birbiri ile eşit hale gelecektir. Başka bir ifade ile, uzmanlığına dayalı olarak mesleğini yürüten vekilin kusur karinesine dayalı sorumluluğu, objektif yükümlülük ihlaline dayanan bir sebep sorumluluğuna yaklaşacaktır<sup>52</sup>. Bu durum ise, konumuz açısından, hekimin hafif kusurundan sorumlu olmamasını öngören liberal düşüncelerin tam tersini işaret etmektedir.

Bu kısımda son olarak belirtmek gerekir ki, özen kavramı vekilin sadece asli edim borcu ifası safhasını işaret etmemektedir. Vekilin, sözleşmeye riayet etmesi; onun hem asli edim yükümlülüğü hem de sözleşmeden, kanundan ya da dürüstlük kuralından doğan yan yükümlerini özenle ifasına bağlıdır. Zira asli ya da yan yüküm niteliğinde olması önem arz etmeksizin, konusunu yapma borcu oluşturan yükümlerin sözleşmeye uygun ifası, özen yükümlüğüne uygun davranmaya

---

<sup>51</sup> Yukarıda ifade ettiğimiz üzere mülga Kanun yürürlükteyken, uzman olmayan vekilin kusurunun tayininde esas alınacak ölçüt, benzer faaliyette bulunan ortalama vekilin ortalama davranışı olarak kabul edilmiştir. TBK md. 506/f.III düzenlemesinde ise ölçütün, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli vekil olarak kabul edildiği görülmektedir. Burada uzman olmayan vekil açısından basiretli vekil ölçütünün esas alındığı değerlendirildiğinde, vekilin, somut olayda ortalama ve makul davranışı yerine getirmekle sorumluluktan kurtulamayacağı görülecektir. Bu kapsamda madde gerekçesinden hareketle Türk Borçlar Kanunu md. 506/f.III fıkrasının doktrinde uzman olmayan vekil için tanımlanan objektifleştirilmiş (benzer meslek ve iş alanındaki ortalama, makul vekil) özen ölçütünün kanuna yansıdığı şeklinde değerlendirme yapmak bu açıdan daha uygun olacaktır. Ne var ki bu değerlendirmenin kabulü, basiretli vekil ölçütünün ortalama ve makul vekilin ortalama davranışı ile eşdeğer olduğu yönündeki ön kabule bağlı olacaktır. Gümüş, **Basiretli İş Adamı Ölçütü**, s. 1236.

<sup>52</sup> Yargıtay'ın en yüksek derecede özen ölçütü üzerine yapılan bu tanımlama için bkz. Gümüş, **Basiretli İş Adamı Ölçütü**, s. 1230.

bağlıdır<sup>53</sup>. Bu kapsamda vekil, sadakat yükümü veya aydınlatma yükümü gibi sözleşmeden doğan ya da kanunda kendilerine yer verilen yan yükümlerinin ifasında da özenle hareket etmek zorundadır.

Özen kavramının vekalet sözleşmesindeki bir diğer fonksiyonu ise sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğu kurmasıdır. Özen kavramının tüm bu fonksiyonlarına, ilgili başlıklar altında ayrıntıları ile yer verilmiştir.

## C. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

### 1. Borç İlişkisinden Doğan Yükümlülüklerin Tasnifi

Özen borcunun hukuki niteliğini tespit etmeden evvel borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin tasnifinin yapılması uygun olacaktır. Ancak belirtmemiz gerekir ki borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin tasnifinde ve terminolojide birlik bulunmamakta, birçok açıdan farklı tasnif yapılmaktadır<sup>54</sup>.

Borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerle ilişkin ilk ayırım; birincil yükümlülükler- tali yükümlülükler ayırımıdır. Kiraya verenin, kiralanan şeyin kullanımını kiracıya terk etme borcu gibi, borç ilişkisinden doğan hukuki ilişkiye niteliğini veren yükümlülükler, birincil (asli) yükümlülüklerdir. Borç ilişkisinin sonraki safhalarında birincil edimlerin yerine ya da birincil edimlerin yanında ortaya çıkan yükümlülükler ise tali yükümlülüklerdir. Kira sözleşmesinin feshine bağlı olarak kiralanan şeyin geri verilmesi borcu, tali yükümlülüklerdir<sup>55</sup>.

Yükümlülüklerin tasnifine ilişkin bir diğer ayırım, edim yükümlülükleri- koruma yükümlülükleri şeklinde yapılmaktadır. Esasen sözleşme ile arzulanan amaca, edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi sureti ile alacaklının ifa menfaatini tatmin ederek ulaşılabilecektir. Ancak tarafların edimin ifasına yönelik bu menfaatten

---

<sup>53</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 75.

<sup>54</sup> Doktrinde borç ilişkisinden doğan yükümlülükler için yapılan sınıflandırmalara örnek olarak; asli edim yükümlülükleri - yan edim yükümlülükleri - diğer davranış yükümlülükleri, edim yükümlülükleri - koruma yükümlülükleri, asli ve yan edim yükümlülükleri - yan yükümlülükler, asli yükümlülükler - yan yükümlülükler, edim yükümlülükleri - yan yükümlülükler gösterilebilecektir. Bkz. Aral, **Kötü İfa**, s. 32vd.

<sup>55</sup> Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s. 7-8; Eren, **Genel Hükümler**, s.30-31; Aydın, **Sosyal Temas**, s. 43vd.

başka birçok kişi ve malvarlığı değerine sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>56</sup>. Tarafların ifa menfaati dışında kalan kişi ve mal değerlerine zarar vermemeye yönelik ve asli edimden bağımsız olan bu yükümlülükler koruma yükümlülükleri olarak tanımlanmaktadır. Koruma yükümlülüklerinin aynen ifası dava edilememekle birlikte; ancak ihlali halinde tazminat davası açılabilir<sup>57</sup>.

Doktrinde borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerle ilişkin yapılan temel ayırım, asli borç-yan borç ayırımıdır. Borç ilişkisinin nitelendirilmesine hizmet eden borçlar asli borç olarak tanımlanmaktadır<sup>58</sup>. Ancak borç ilişkisinden, asli borcun yanı sıra yan borçlar da doğabilmektedir<sup>59</sup>. Hekimin, hastayı sözleşme konusu tıbbi müdahale hususunda aydınlatma borcu bu tür bir yan borca örnektir<sup>60</sup>. Bu ayırım, edim yükümlülükleri-yan yükümlülükler ayırımını karşılamaktadır. Edim yükümlülükleri de kendi içerisinde asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>61</sup>.

Asli edim yükümlülüğü, asıl borcu ifade etmektedir<sup>62</sup>. Bu kapsamda sözleşmenin tipini belirleyen ve borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asıl borçtur. Bu edim yükümlülüğü, sözleşmenin doğrudan tipini belirlemektedir<sup>63</sup>. Vekalet sözleşmesinde vekilin, müvekkil menfaatine iş görmesi, hekimlik sözleşmesinde hekimin hasta menfaatine faaliyette bulunması asli edim yükümlülüğüdür. Asli edim yükümlülükleri, iki tarafa tam borç yükleyen

---

<sup>56</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.40.

<sup>57</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.30-31. Karş. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s. 12.

<sup>58</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.15, s. 4.

<sup>59</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s. 8; Hatemi/ Gökyayla, **Genel Bölüm**, s. 25; Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.16, s. 5; Eren, **Genel Hükümler**, s. 22. Yan borçlar; koruma, açıklamada bulunma ve bilgilendirme, belge sağlama ya da iş birliğinde bulunma ve benzeri amaç güdebilir. Yan borçlar kendi içerisinde bağımlı yan borç ve bağımsız yan borç olmak üzere iki başlıkta incelenmektedir. Bağımlı yan borçlar, asli borcun ifasına yardım eder; ancak bağımsız bir varlıkları yoktur. Bu nedenle asli borçtan bağımsız olarak dava edilemeyecektir. Bağımsız yan borçlar ise isminden anlaşılacağı üzere asli borcun ifasına değil amacına ulaşmasına yardım eder ve bağımsız olarak ifa konusu teşkil edebilir. Bu kapsamda bu tür yan borçların asli borcun ifasından ayrı olarak dava edilmesi mümkündür. Aral, **Kötü İfa**, s. 42-43; Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.1541, s. 502, dn. 469.

<sup>60</sup> Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.16, s. 5.

<sup>61</sup> Aral, **Kötü İfa**, s.34-35; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 41.

<sup>62</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 33; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 41-42.

<sup>63</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s. 7; Eren, **Genel Hükümler**, s. 32; Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, §1,N.14, s. 11; Aral, **Kötü İfa**, s.34; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 42.

sözleşmelerde karşılıklı yükümlülükleri oluştururlar. Bu kapsamda asli edim yükümlülüklerinin doğrudan doğruya ifası talep edilebilecektir<sup>64</sup>.

Yan edim yükümlülüğü ise bizatihi Kanun tarafından düzenlenmiş ya da dürüstlük kuralından doğabilmektedir<sup>65</sup>. Benzer şekilde taraflar, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü kapsamında akdedecekleri sözleşme ile yan edim yükümlülükleri kararlaştırabilir<sup>66</sup>. Yan edim yükümlülükleri ile taraflar, sözleşmeye tipini veren asli edim yükümlülüğünün yanında, asli edime bağlı ve ikincil nitelikte edim üzerinde anlaşmaktadır. Örneğin taraflar, hastalığın tespiti amacı ile girişimsel müdahaleyi konu alan bir hekimlik sözleşmesinde hekimin, müdahalede bulunmanın yanı sıra tetkik sonuçlarını laboratuvara teslim etmesini ve taşıma giderlerini üstleneceği hususunda anlaşabilirler<sup>67</sup>. Yan edimler, asli edime nazaran ikincil nitelik taşısa dahi asli edimden bağımsız olması nedeni ile yerine getirilmeleri doğrudan talep edilebilecektir<sup>68</sup>.

Borç ilişkisinin içerdiği yükümlülükler edim yükümlülüklerinden (asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülükleri) ibaret değildir<sup>69</sup>. Kanundan, dürüstlük kuralından doğan ya da taraflarca sözleşme ile kararlaştırılabilen, bağımsız bir ifa talebine konu olmayan yükümlülükler, yan yükümlülükler olarak tanımlanmıştır<sup>70</sup>. Edim yükümlülüklerinden farklı olarak, yan yükümlülüklerin ihlali halinde alacaklının ifayı talep hakkı bulunmamaktadır<sup>71</sup>. Yan yükümlülükler ifa edilmediği

---

<sup>64</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 32; Aral, **Kötü İfa**, s.35. Yapma edimli borçların aynen ifasının talep edilip edilemeyeceği hususundaki tartışmalar için bkz. İkinci Bölüm/I/C/1, s. 120-121.

<sup>65</sup> Türk Borçlar Kanunu md. 211 hükmünde düzenlenen devir giderleri, alıcı ve satıcıya Kanun tarafından yüklenmiş yan edim yükümlülükleridir. Eren, **Genel Hükümler**, s. 34; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 43.

<sup>66</sup> Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.11; Aral, **Kötü İfa**, s.36.

<sup>67</sup> Yan edim yükümü olarak belirtilen yükümlülüğün başka bir sözleşme tipinde asli edim yükümlülüğü olması ile karşılaştırılabilir. Bu gibi durumlarda bu sözleşme, karma sözleşme ile karıştırılmaya müsaittir. Ancak karma sözleşmelerde tarafların kararlaştırdıkları edimler çeşitli sözleşme tipine ait asli edimler olup bağımsızlıklarını korumaktadır. Burada ise (başka bir sözleşmede asli edim olsa dahi) bağımsızlığını kaybeden ve hekimlik sözleşmesinin asli edimi olan iş görmenin yanında tarafların iradesi uyarınca ikincil bir yan edim üzerinde anlaşmaya varılmaktadır. Bu konuda bkz. Eren, **Genel Hükümler**, s. 34.

<sup>68</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 33; Aral, **Kötü İfa**, s. 36; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 43.

<sup>69</sup> Aral, **Kötü İfa**, s.39.

<sup>70</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 37.

<sup>71</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 38; Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 118; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 44.

ya da gereği gibi ifa gerçekleşmediği takdirde alacaklı ancak tazminat davası açma imkanını haizdir<sup>72</sup>.

Yan yükümlülükler ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruyucu etkili yan yükümlülükler olmak üzere iki alt başlıkta incelenmektedir. İfaya yardımcı yan yükümlülükler, alacaklının sözleşme ile amaçladığı menfaatine kavuşmasına, bu kapsamda asli edimin ifasına yönelmiştir<sup>73</sup>. Alacaklının ifa menfaati ile ilişkileri doğrudandır. İfaya yardımcı yan yükümlülükler, asli edimin ifasına hizmet etmesi nedeni ile özellikle ifanın hazırlık süreci ve ifa esnasında rol oynamaktadır. Bu kapsamda aydınlatma ve bilgi sağlama yükümleri, ifaya yardımcı yan yükümlülükler örnek teşkil etmektedir<sup>74</sup>.

Koruyucu etkili yan yükümler (koruma yükümlülükleri) ise ifa nedeni ile alacaklının mal veya şahıs varlığı değerlerinde uğrayabileceği olası zararlardan korunmasına hizmet eder<sup>75</sup>. Koruma yükümlülüklerinin, ifa menfaati ile ilişkileri dolaylıdır. Asli edimin ifasına hizmet etmemekte, alacaklının, ifa menfaati dışında kalan değerlerinin korunmasına hizmet etmektedir<sup>76</sup>. İfaya yardımcı yan yükümlülükler gibi koruma yükümlülükleri de ifa edilmez ya da gereği gibi ifa gerçekleşmezse, doğrudan ifa davasına konu olamaz; alacaklı ancak tazminat davası açma imkanına sahiptir.

Genel kural uyarınca edim yükümlülüklerinin (asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri) ihlali halinde ifa davası açma imkanı mevcutken yan yükümlülüklerin (ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri) ihlali alacaklıya bağımsız bir ifa davası açma imkanı vermemekte, alacaklı yan yükümlülüklerin ihlali halinde borçluya karşı sadece tazminat davası açabilmektedir. Ancak asli ediminin konusu yapma edimi olan borç ilişkilerinde, borçlunun edimini ifa etmeyeceği açıkça anlaşılıyorsa, borçlunun ediminin kendiliğinden tazminat talebine dönüşeceğine ilişkin görüş kabul edildiğinde bu farkın vekalet

---

<sup>72</sup> Aral, **Kötü İfa**, s.40.

<sup>73</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 38.

<sup>74</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 39. Karş. Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 44. Hekimlik sözleşmesinde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuki niteliği için bkz. İkinci Bölüm/II/D/2/b.

<sup>75</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 38; Aral, **Kötü İfa**, s. 49.

<sup>76</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.38.

sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin niteliğinin tespitinde ayırıcı bir fonksiyonu olmayacaktır<sup>77</sup>.

## 2. Vekilin Özen Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği

Doktrinde bir görüş, vekilin özen yükümlülüğünü bir yan yükümlülük (asli borç-yan borç ayrımı uyarınca yan borç) olarak nitelemektedir<sup>78</sup>. Bu görüşte olan yazarlardan bazıları, özen yükümlülüğünün sadakat yükümlülüğünün muhtevasına dahil olduğunu belirtmektedir<sup>79</sup>. Nitekim, sadakat yükümlülüğü, sözleşmenin

<sup>77</sup> Yapma edimli borçların aynen ifasının talep edilip edilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Belirli bir edim borcunu havi borç ilişkilerinde edimin ifası mümkün oldukça alacaklı gecikmiş ifayı talep ve cebri icra yolu ile alacağını elde etme imkanını haizdir. Hatta bu yetki, alacaklının sahip olduğu en temel yetkidir. Alacaklının gecikmiş ifa yerine tazminat talebinde bulunması; bu yetkinin Kanun'da özel olarak düzenlenmesi halinde mümkündür. Genel kural, ifası mümkün olan her borç için aynen ifa davasının açılabilmesidir. Yapma borçlarında da borçluya yönelik ifa davası açılabilir. Borçlunun mahkeme ilamına uyararak edimini gereği gibi ifa etmesi halinde uyumsuzluk ortadan kalkacaktır. Ne var ki borçlunun Mahkeme ilamını yerine getirmemesi halinde cebri icra yolu ile iş görmeye zorlanması mümkün değildir. İcra ve İflas Kanun'un (RG 19.6.1932, 2128) 343. maddesi, yalnız kendisi tarafından yapılacak bir işin yapılması hakkındaki ilam hükümlerine muhalefet eden borçlu aleyhine üç aya kadar tazyik hapsine karar verileceğini düzenlemiştir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüş bu düzenlemenin; yapma borcunun cebren icra yolu ile alacaklının tatmin edilmesinden uzak olduğu kanaatinde. Zira bu düzenleme uyarınca borçlunun üç aya kadar hapisle tazyik edilmesi ihtimalinde dahi borçlu yapma edimini yerine getirmeyebilir. Yalnızca, mahkeme ilamına muhalefeti neticesinde borçlunun aynı suçtan bir kez ve üç ayı geçmeyecek şekilde özgürlüğü sınırlanmış olacaktır. Ne var ki borçlu özgürlüğü kısıtlanmasına rağmen mahkeme ilamını yerine getirmese edim cebri icra yolu ile elde edilmiş olmayacaktır. Bu düşünceden hareketle; borçlunun edimi ifa etmeyeceği açık olan haller ifa imkansızlığı olarak değerlendirilmekte ve ifa talebinin kendiliğinden tazminat talebine dönüşeceği kabul edilmektedir. (Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1413, s. 456; Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art. 398, Nr. 26a). TBK md. 113 hükmü ise, yapma borcunun borçlu tarafından ifa edilmediği hallerde masrafi borçluya ait olmak üzere alacaklının edimi kendisi yapabileceğini ya da başkasına yaptırılmasına izin verilmesini mahkemeden isteyebileceğini düzenlemektedir. Bu madde; şahsi nitelikte olmayan yapma borçları için uygulama bulacaktır. Bu maddenin yapma borcunu kanun gereği tazminat talebine dönüştürdüğü; şahsi yapma borçlarında ise ifa imkansızlığı oluşturduğu hk. Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-1** p. 1458 vd. s. 470 vd. Belirtmek gerekir ki doktrinde çoğunluk görüşü TBK md. 113 ve İİK md. 30, 343 hükümlerini yapma borcunun aynen ifasının cebri icra yolu ile elde edilebileceği şeklinde yorumlamaktadır. Bu yönde Eren, **Genel Hükümler**, s. 1159 vd. Karş. Serozan **Borçlar Hukuku**, §17, N.6, s. 222-224; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 812. Hasta ve hekim arasındaki çoğu durumda aynen ifa talebi fiilen de mümkün olmayabilir. Hekimin özen yükümlülüğüne aykırı faaliyeti neticesinde hastanın ölmesinde durum böyledir. Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art. 398, Nr. 26a.

<sup>78</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 58; Akipek, **Alt Vekalet**, s. 57. Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu inceleyen Çamoğlu; gerçekte asıl edim borcundan müstakil bir davranış yükümü niteliğinde olan özen borcunun yönetim kurulu üyeleri açısından Kanun'da özel olarak düzenlenmiş olması nedeni ile tali (yan) edim borcu seviyesine yükseldiği görüşündedir. Özen yükümü, kusurun ölçüsü olma yanında aynı zamanda bağımsız bir borçtur. Gerekli özenin gösterilmemesi yönetim kurulu üyeleri arasındaki akdin (müsbet) ihlali sonucunu doğurur. Ersin Çamoğlu, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 68.

<sup>79</sup> Ertaş, **Hekimin Mesleki Kusuru**, s.29.

kurulmasından önce, sözleşme sırasında ve hatta sonrasında da<sup>80</sup> varlığını koruyarak, sözleşmenin sona ermesi ile beraber sona eren özen yükümlülüğüne nazaran daha genel ve kapsamlıdır. Bu kapsamda sadakat yükümlülüğünün, özen yükümlülüğünü de kapsayan bir yükümlülük olduğu ifade edilmiştir<sup>81</sup>.

Aşağıda belirtilen bir görüş<sup>82</sup>, vekilin özen borcunun asli borç olduğunu belirtmektedir. Buna gerekçe olarak vekilin özen borcunun bizzat vekilin edim yükümlülüğü içerisinde yer alan bir vasıf olduğu ve vasfın her türlü edimde borç yükümüne dahil olduğu ileri sürülmüştür. Şöyle ki, yapma edimini konu alan sözleşmelerde nitelik, gösterilen özene göre belirlenecektir. Özen borcuna aykırı davranılarak yapılan ifa, borçlanılan edimin ifası niteliğini haiz değildir. Bu şekilde özenden sapma, kötü ifa şeklinde sözleşmenin ihlaline neden olacaktır.

Bu konuda benzer bir görüş<sup>83</sup>, özen yükümünün hukuki nitelendirmesinin, bu yükümün düzenlendiği her sözleşmeye göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu görüş tarafından şu örnekler verilmiştir: Kira sözleşmesi ele alındığında kiracının özen yükümlülüğünün yan edim yükümlülüğü niteliğinde olduğu görülecektir. Zira kira sözleşmesinde asli edim borcu, kiralayan açısından kiralananı kullandırma, kiracı açısından kira bedelinin ödenmesidir. Kiracının kiralananı özenle kullanmasına ilişkin yükümlülüğü, sözleşmeye tipini veren nitelikte değildir. Ne var ki asli edime göre tali ve bağımlı bir nitelik arz etmesi nedeni ile burada ifası talep olunabilen bir yan edim borcu bulunmaktadır<sup>84</sup>. Ancak vekalet sözleşmesinde özen yükümü asli edim borcu niteliğindedir. Zira vekil, edim

---

<sup>80</sup> Sözleşme sonrasında sadakat yükümlülüğünün özel bir görünümü olarak sır saklama yükümlülüğü verilebilir. Bu yönde Şenocak, **Avukatın Akdi Sorumluluğu**, s. 26; Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 98-99; Zevkililer/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s.619.

<sup>81</sup> Şenocak, **Avukatın Akdi Sorumluluğu**, s. 23. Sadakat yükümlülüğünün, özen yükümünü de kapsayan üst kavram olduğu yönünde Çamoğlu, **Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 70. Sadakat yükümlülüğünün özen yükümlülüğünü tamamladığı yönünde farklı bir görüş için bkz. Eren, **Özel Hükümler**, s. 744.

<sup>82</sup> Yılmaz, **Özen Borcu**, s. 19.

<sup>83</sup> Topuz, **Özen Borcu**, 42 vd.

<sup>84</sup> Başka bir örnek olarak hizmet sözleşmesinde işçinin özen yükümlülüğü verilmiştir. Hizmet sözleşmesinde işçinin özen borcu, yan yüküm niteliğindedir. Zira burada işçinin sözleşme ile üstlendiği işi özenle ifa etmesi gerekmektedir. İşçinin, özen borcuna aykırı iş görmesi kötü ifa oluşturur ve sorumluluğa yol açar. Şu halde işçinin özen yükümlülüğü, sözleşmeden doğan asli edimin tam, doğru ve gereği gibi ifasına yönelik bir yan yüküm niteliğindedir. Topuz, **Özen Borcu**, s. 43. İşçinin özen borcunu yan edim yükümlülüğü olarak tasnif eden görüş için bkz. Recep Makas, "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Sonuçları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, Sa. 4, 2012, s. 149-180, s. 151. Kiracının kiralananı özenle kullanma yükümlülüğünün yan edim yükümlülüğü olduğu yönünde Eren, **Genel Hükümler**, s. 35.

fiilini borçlanmış olmakla bu borcun yerine getirilmesi özenli ifa edilip edilmediğine bağlıdır. İşin görülmesi ve özen yükümü arasında aslilik-talilik durumu olmayıp aksine ayrılamaz ölçüde bağlılık ve eşitlik durumu bulunmaktadır. Sözleşmenin gereği gibi ifası bu iki kavramın eşit oranda varlığı ile meydana gelir<sup>85</sup>.

Tüm bunların yanı sıra, özen yükümlülüğünün, edim yükümlülükleri - yan yükümlülükler kavramlarına dahil olmadığı yönünde bir görüş de<sup>86</sup> mevcuttur. Bu görüş, sözleşmenin niteliğinden bağımsız olarak her borçlunun yükümlülükleri gereği gibi ifa etmesi gerektiğini, vekilin özen borcununsa bu genel özen yükümlülüğünün somut bir görünümü olduğunu belirtmektedir. Bu görüş uyarınca özen yükümlülüğü bağımsız bir edim yükümü oluşturmamakta, sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerin tümünün ifasına yönelik asgari bir kriteri işaret etmektedir. Bu kapsamda vekalet, vekilin özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesine rağmen gereği gibi ifa edilmişse artık özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olmanın bir anlamı kalmayacaktır. Bu yönde bir başka görüş<sup>87</sup> ise vekilin özen yükümlülüğünü, sözleşmenin asli edimine eklemlenerek onu tamamlayan, edim yükümü ya da yan yükümü gibi ayrı ve bağımsız bir niteliği olmayan bir yükümlülük olarak ifade etmektedir. Özen yükümünün ihlali, alacaklıya edim yükümünün ihlali olduğu gibi ifa talebi vermeyecektir. Bu görüş uyarınca farklılık arz eden husus, özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olmanın, yan yükümlülerin ihlaliinden farklı olarak alacaklıya tazminat hakkı vermediğinin ileri sürülmesidir. Zira özen yükümlülüğünün ihlali, sadece asli edim yükümlülüğünün ihlaliine dayalı olarak tazminat hakkı bahşedecektir, yoksa tazminat talebinin dayanağı başlı başına özen yükümlülüğünün

---

<sup>85</sup> Topuz, **Özen Borcu**, s.45.

<sup>86</sup> von Büren, **Besonderer Teil**, s. 128.

<sup>87</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 142. Yazar, edim yükümü- yan yükümler şeklindeki temel ayrım yerine borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri edim yükümler- davranış yükümler şeklinde ayırmaktadır. Davranış yükümlülüklerini ise yan yükümlülükler, koruma yükümlülükleri ve özen yükümlülükleri olmak üzere üç başlıkta incelemektedir. Yan yükümlülerin ihlali sözleşmenin ihlaliine neden olup alacaklıya tazminat hakkı verir. Bu nedenle yan yükümlülükler, asli edim yükümlülüğü ile birlikte; ancak tek başına bir varlığa sahiptir. Özen yükümlerini ise tek başına bir varlığa sahip olmayıp yapma edimi içeren yükümlülerin gereği gibi ifası için gerektiği ölçüde mevcuttur. Bu kapsamda özen yükümünün ihlali alacaklıya bağımsız bir tazminat hakkı dahi bahşetmeyecektir. Tazminat talep etme hakkı, özen yükümünün ihlali nedeni ile asli edimin kötü ifası halinde mevcuttur. Yazar vekilin özen borcunun, davranış yükümlülüklerinin içerisinde incelediği özen yükümlülüğünün özel bir görünümü olduğunu ifade etmektedir.



ihlali değildir. Bu kapsamda özen yükümlülüğünün hukuki niteliği edim yükümü ya da yan yüküm olarak değerlendirilemeyecektir<sup>88</sup>.

Görüşümüzü belirtmeden evvel doktrinde sadakat yükümlülüğü ve özen yükümlülüğü arasında yapılan ayrımı yinelemekte fayda bulunmaktadır. Yapma edimli sözleşmelerde özen yükümlülüğü, asli edimin ifasına hizmet eden her şeyi yapma ve ifasını engelleyecek şeylerden kaçınma olarak nitelendirilmektedir. Burada özen yükümü, ifa menfaatine doğrudan hizmet etmektedir. Sadakat yükümlülüğü ise asli edimin ifası dolayısıyla müvekkilin menfaatlerini korumayı ifade etmektedir<sup>89</sup>. Bunu bir örnek vasıtası ile açıklarsak, hekimin sözleşme ile üstlendiği tedavi etme borcu hekimin asli edim borcudur. Burada tedavinin özen yükümüne uygun ifası, asli edimin doğrudan ifası ile ilgilidir. Ancak sadakat yükümünün özel bir görünümü olan sır saklama yükümlülüğü asli edimin ifası ile doğrudan ilgili olmayıp, amacı, müvekkilin menfaatlerini koruyarak zarar görmesini engellemektir. Türk Borçlar Kanunu'nda da vekilin sorumluluğuna ilişkin madde başlığı, *vekilin şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme* şeklinde düzenlenmiştir. Bu husus da vekilin özen yükümlülüğünün sadakat yükümlülüğünden bağımsız ve ayrı bir yükümlülük olduğu görüşünü desteklemektedir.

Biz, vekilin özen yükümünün, edim ya da yan yükümler sınıflandırmasından bağımsız olarak incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Vekalet sözleşmesi nezdinde özen yükümlülüğünün, doktrinde tanımlanan asli borç- yan borç ya da edim yükümlülükleri- yan yükümlülükler gruplarına dahil olmadığını, dolayısıyla bağımsız bir varlığı haiz olmadığını düşünüyoruz. Bu hususta öncelikle özen yükümünün asli edim olduğu yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir. Zira vekilin sözleşme ile üstlenmiş olduğu asli edim nihayetinde bir iş görmedir. Başlı başına ve iş görmeden bağımsız olarak özenli olma yönünde bir edim taahhüdü bulunmamaktadır. Yine vekile, iş görmeden ari olarak sadece özen yükümlülüğünü yerine getirmesi yönünde dava ikame edilemeyecektir<sup>90</sup>. Vekile yöneltilecek dava, iş

---

<sup>88</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 142.

<sup>89</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 159.

<sup>90</sup> Vekilin, TBK md. 512 hükmünde düzenlenen ve vekaleti tek taraflı sona erdirmeye yönelik hakkını kullanımı da özen borcunun dava edilemeyeceğini göstermektedir. Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art 398, Nr. 21 b.

görmenin özenli şekilde yürütülmesidir. Bu kapsamda özen yükümlülüğünün asli edim olan iş görmeden ayrı ve bağımsız olarak ele alınması mümkün gözükmemektedir. Özen yükümlülüğü, vekilin asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmesinin koşuludur. Burada ifa dolayısıyla alacaklının menfaatlerini korumaya yönelik bir yan yüküm mevcut değildir. Bu kapsamda özen yükümlülüğünün, koruma yükümü niteliğinde olmadığı görülmektedir. Özen yükümlülüğünün, asli edimin ifasına hizmet etmesi hasebi ile ifaya yardımcı yan yüküm olarak değerlendirilmesi de isabetli değildir. Zira özen yükümlülüğü, aydınlatma yükümlülüğü gibi asli edimin ifasına hizmet etmekten ziyade asli edim olan iş görmenin gereği gibi ifasında vasıta<sup>91</sup>. Bu durumu bir örnek ile somutlaştıralım: Yan yükümlülük niteliğindeki aydınlatma yükümlülüğü, ifanın hazırlık sürecinde veya ifa sürecinde sözleşmenin amacına uygun olarak tam ve doğru ifasına hizmet etmektedir. Özellikle güven ilişkisinin ön planda olduğu vekalet sözleşmesi gibi iş görme sözleşmelerinde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, alacaklının sözleşme ile amaçladığı sonuca ulaşmasına yardımcı olmaktadır. Örneğin hekimlik sözleşmesinde hastanın uygulanan tedaviden sonra altı saat sıvı tüketmemesi gerektiği yönündeki aydınlatma, hastanın sözleşme ile amaçladığı başarılı tedaviye yönelmektedir. Özen yükümlülüğü ise asli edimin ifasına hizmet etmemektedir. Bizatihi, asli edimin gereği gibi ifasının koşuludur. Bu kapsamda özen yükümlülüğünün, asli edim yükümlülüğü dışında bir anlam taşımadığını söylemek hatalı olmayacaktır. Özen yükümlülüğünün fonksiyonu, hastayı, asıl edim yükümlülüğünden sözleşmenin amacına uygun tarzda yararlanabilecek duruma sokmaktır<sup>92</sup>.

Şu halde vekalet sözleşmesinde vekilin asli edim borcu ile özen yükümlülüğünü birbirinden bağımsız düşünmenin isabetli olmadığını söylemek uygun olacaktır. Bize göre, bu iki yükümlülük arasında ayrılmaz bir bütünlük bulunmaktadır. Asli edimi iş görme olarak niteleyip; gereği gibi, özenli iş görmeyi

---

<sup>91</sup> Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art 404, Nr. 10 b.

<sup>92</sup> Bu tanım için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s. 12.

ayrı bir yan yükümlülük olarak nitelendirmek güçtür<sup>93</sup>. Keza özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde alacaklının, asli edimden bağımsız bir tazminat talebi bulunmamaktadır. Aksine özen borcuna aykırılık; ancak sözleşme ile üstlenilen asli edim yükümlülüğünün ihlali niteliği taşıdığına tazminata konu olacaktır. Halbuki aydınlatma yükümlülüğü gibi asli edimden bağımsız bir yan yükümlülüğün ihlali, sözleşmenin ihlaline neden olmaktadır.

Biz özen yükümünün, asli borç-yan borç ya da edim yükümlülükleri yan yükümlülükler şeklinde bağımsız bir varlığa sahip olmadığı kanaatindeyiz. Bize göre özen yükümlülüğü, yan yükümlülük olarak değerlendirilecek bağımsızlığa ulaşmamış olmakla birlikte asli edimin gereği gibi ifasının ön koşulu olması nedeni ile konumuz hekimlik sözleşmeleri açısından oldukça önemlidir. Burada hekimin asli edim yükümlülüğünü hasta menfaatine iş görme ve bunun yanında yerine getirilmesi gereken özenli davranış olarak ayrı ayrı incelemek yerine asli edim yükümlülüğünün özenli iş görme olarak kabulü daha uygundur. Ancak bu husustaki teorik tartışmalar bir yana bırakılırsa, özen yükümlülüğünün asli edim yükümlülüğünden ayrı olarak ifasının talep edilemeyeceği ve alacaklının tazminat talebinin dayanağının asli edimin özensiz ifası olduğu anlaşılmaktadır<sup>94</sup>.

## II. HEKİMİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### A. GENEL BİLGİLER

Hekimlik sözleşmesine vekalet sözleşmesi hükümleri ile birlikte 1219 sayılı TŞSTİDK, Türk Tabipler Birliği Kanunu ve bu Kanun uyarınca çıkarılmış Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği, Hasta Hakları Yönetmeliği ve sağlık hukukuna ilişkin düzenleme içerir diğer mevzuat hükümleri uygulanacaktır.

---

<sup>93</sup> Benzer bir tartışmayı ayıp kapsamında inceleyen bir görüş, ifanın ayıpsız olarak yapılması gerekliliğine işaret eden ayıba karşı tekeffül borcunu yan borç olarak nitelemiştir. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 303. Bu görüşe karşılık, mali kararlaştırılmış vasıfları ile birlikte (ayıpsız) teslim etmenin, MK md. 2'de yer alan ve sözleşmelerin yorumlanmasında esas alınan dürüstlük kuralı uyarınca, sözleşmenin muhtevasına dahil olduğu belirtilmiştir. Örneğin satıcının -ayıplı ya da ayıpsız olduğundan bağımsız olarak- sadece mali teslim etmekle yükümlü olduğunu kabul etmek şekli bir değerlendirme olacaktır. Malın ayıpsız teslimi sözleşmenin muhtevasına dahildir. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, 1968, s. 68, dn.84. Bu tartışmalar hususunda bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 17, s. 5. dn. 15.

<sup>94</sup> Bu yönde Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 129.

1219 sayılı TŞSTİDK'da hekimlerin özen borcuna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *Tıbbi Özen Gösterilmesi* başlıklı 14. maddesinde, sağlık personelinin durumun gerektirdiği tıbbi özeni göstermekle yükümlü olduğu, hastanın sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde ızdırabının azaltılması veya dindirilmesine yönelik girişimlerde bulunması gerekliliği belirtilmiştir. Aynı husus Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği'nin 14. maddesinde tekrar edilmiştir. Yine Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği'nin 2. maddesi uyarınca hekimin öncül görevi, insan sağlığına ve haysiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.

Sağlığa ilişkin mevzuatta hekimin tıbbi özen yükümlülüğü zikredilmişse de özenin kapsamı, türü ve derecesi bu düzenlemelerden anlaşılammaktadır. Yargıtay kararlarında da hekimin özen yükümlülüğünün tanımı, hukuki niteliği ya da derecesi hakkında açıklama yapılmaksızın genel bir ifade ile mesleki tüm şartların yerine getirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>95</sup>. Şu halde hekimin özen yükümlülüğünün kapsamını tayin etmek amacı ile vekalet sözleşmesinde vekilin özen yükümlülüğüne ilişkin yaptığımız incelemeden faydalanmak gerekecektir. Bu kapsamda biz, vekilin özen borcuna yönelik açıklamalarımızda ifade ettiğimiz üzere özen borcunun yan yüküm şeklinde ayrı bir hukuki niteliği olmadığı görüşümüzü yineliyoruz. Burada aydınlatma yükümlülüğü gibi, asli edimin ifasını destekleyen, ifaya hizmet eden bağımsız bir yükümlülük mevcut değildir. Aksine hastanın tatmin edilmesi bizatihi asli edimin özenli ifası ile mümkün olacaktır. Taraflar, sıradan bir iş görme hususunda anlaşmış olsa dahi hekim; tıbbi standartlara uygun gerekli girişimlerde bulunmadıkça asli edimini ifa etmiş sayılmayacaktır<sup>96</sup>. Örneğin taraflar; telefonla görüşerek hastanın şikayetlerini belirtmesi akabinde ilaç reçete edilerek hastanın yakınına teslim edilmesi yönünde mutabık kalmış olsa da hekimin hastayı bizzat

---

<sup>95</sup> Yarg. 13. HD. T. 9.4.2014 E. 2013/30822 K. 2014/10772: “(...)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 konuyu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/1.( TBK 510/1) maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.(...)” (Çevrimiçi), Lexpera, 30 Temmuz 2018.

<sup>96</sup> Mainardi- Speziali, *Ärztliche Aufklärungspflichten*, s. 68; Gümüş, *Vekilin Özen Borcu*, s. 128.

muayene etmeden teşhis koyması, asli edimin özen yükümlülüğüne aykırı ifası niteliğindedir<sup>97</sup>.

## B. ÖZEN KAVRAMININ HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDEKİ GÖRÜNÜMLERİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcuna ilişkin yaptığımız açıklamalarda özen kavramının, sözleşmenin ihlali ve kusur açısından farklı ele alınması gerektiğini ifade etmiştik. Aynı husus, vekalet sözleşmesinin özel bir görünümü olan hekimlik sözleşmesinde de geçerlidir.

Bu kapsamda hekimin özen yükümlülüğü, TBK md. 506/f.II hükmü uyarınca, öncelikle sözleşme ile üstlendiği asli edimini kötü ifa ederek sözleşme ihlaline neden olmama yükümlülüğünü işaret etmektedir<sup>98</sup>. Bu özenin ölçütünde, mesleğe özgü ideal (ortalamanın üstünde) hekimin uygun davranışı ölçüt alınmalıdır. Bu davranıştan her sapma, hekimin sözleşmeden doğan özen yükümlülüğünü ihlal etmesine ve dolayısıyla asli ediminin kötü ifası şeklinde sözleşmenin ihlaline neden olacaktır.

Özen kavramının hekimlik sözleşmesindeki diğer fonksiyonu ise hekimin kusurun bir türü olan ihmali belirlemesidir<sup>99</sup>. TBK md. 506/f.III fıkrası, bir önceki

---

<sup>97</sup> TTBK md. 59/g bendi uyarınca yürürlüğe konan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 23 uyarınca hekim; acil vakalar haricinde hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlamamalıdır.

<sup>98</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 128

<sup>99</sup> Burada meslek hatası kavramına değinmek uygun olacaktır. Doktrinde meslek hatası ya da meslek kusuru olarak ifade edilen kavramın tanımı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş meslek hatasını, tıp bilimi ve uygulamasının genel kabul gören kurallarına aykırılık olarak tanımlarken (bu yönde Murat Doğan, “Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu: Erzincan 15-16 Mayıs 2006**, Ankara, 2007, s.39-56, s. 178-179) bir diğer görüş tıp biliminin genel kurallarının kusurlu bir ihlali şeklinde tanımlama yapmaktadır. (Bu yönde Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 108; İpekyüz, **Hekimlik Sözleşmesi**, s. 136). Meslek hatasının kusur ya da sözleşme ihlali kavramlarından hangisi ile birlikte ele alınacağı tartışılmaktadır. Konu ispat yükü açısından önemli olmakla beraber kavramın hangi boyutta ele alınacağı yapılan tanıma göre değişeceği kanaatindeyiz. Şöyle ki, meslek hatası, tıp biliminin genel kabul gören standart ve kurallarına aykırılık olarak tanımlanırsa burada tipik bir sözleşme ihlali karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda meslek hatası, hekimin objektif özen yükümlülüğünün ihlali. Ne var ki hekimin bu ihlalde kusurlu olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. Bununla birlikte meslek hatası kavramı, tıp bilimi kurallarının kusurlu ihlali olarak kabul edilirse hekimin meslek hatası yaptığının iddia edildiği durumlarda hem sözleşmenin ihlali edildiği hem de hekimin ihlale kusuru ile neden olduğu anlaşılacaktır. Bu son tanımda sözleşmenin ihlali ve kusur bir arada bulunmaktadır. Artık ayrı bir kusur değerlendirmesi yapılmaksızın zarar ve uygun illiyet bağının varlığı halinde hekimin sözleşmesel sorumluluğu doğacaktır. Ancak meslek hatasını münhasıran kusur kavramı ile birlikte ele alan görüşler de mevcuttur. Bu doğrultuda meslek kusurunun tıp biliminin genel kabul gören kurallarına aykırılık olduğu ve kusur alt başlığında

fıkra da işaret edilen sözleşmenin ihlal edilmemesi için gerekli özen kavramından ayrı olarak kusuru işaret etmektedir. Burada esas alınacak ölçü, hekim ile benzer hizmeti üstlenen basiretli hekimin somut olaydaki davranışdır. Bu da objektifleştirilmiş kusuru<sup>100</sup> işaret eden ve hekim ile benzer iş ya da hizmeti gören makul, sağduyulu, tedbirli ve makul oranda ileriye görebilen hekimin davranışı olarak değerlendirilmelidir.

Hekimin özen yükümlülüğü, aynı zamanda genel nitelikli bir kavramdır. Bu yükümlülük, sözleşme kurulmadan önce de mevcuttur. Hekimin sözleşme görüşmeleri esnasında özen yükümüne aykırı hareket etmesi onun culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açacaktır. Burada özenin fonksiyonu, sorumluluğu kurmasıdır.

Hekimin özen borcu sözleşme esnasında ve hekimin sözleşmeden doğan tüm yükümlülüklerin ifasında da mevcuttur. Bu kapsamda özen borcu, hekimin diğer tüm borçları açısından genel bir nitelik taşımaktadır<sup>101</sup>. Diğer bir ifade ile sadece asli edim borcu olan hasta menfaatine tıbbi faaliyette bulunması esnasında değil, aynı zamanda hekimlik sözleşmesinden doğan yapma niteliğindeki aydınlatma, sadakat,

---

ihmal kavramı içinde altlanabileceği yönünde Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 108-109; Demir, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s. 245; Filiz Yavuz İpekyüz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.20, Sa.33, 2015, s. 19-62, s.33-34. Meslek kusurunun mutlaka ağır kusura karşılık gelmediği yönünde Canyürek, **Maddi Fiillere İlişkin Vekalet**, s. 183. Yazar, bu yaklaşımın özellikle kafa bölgesinde cerrahi faaliyetler yürüten hekimlerin faaliyetlerini engelleyecek düzeyde anlaşılmasında gerektiğini, cerrahların belirli bir cüreti, risk ve tehlikeleri göze alabiliyor olması gerektiğini ifade etmektedir.

<sup>100</sup> Hasta, her hekimin kendi alanına ilişkin gerekli ve güncel bilgiye sahip olduğunu düşünmekte haklıdır. Hekimin, ortalamanın altında kalan kişisel becerilerinin hasta tarafından bilinmesi durumu değiştirmeyecektir. Keza aranan ölçüt, ilgili meslek dalında özenle faaliyette bulunan hekime göre belirlenecektir. Ancak hastanın, hekim tarafından önerilen tedaviye onay vermemesi ya da alternatif tedavi yöntemlerini talep etmesi gibi tıbbi standartlardan ayrılmayı haklı gösterebilecek durumlarda bu ölçüt uygulama bulmaz. Wiegand, **Der Arztvertrag**, s. 104-105. Mülga Kanun zamanında verilmiş bir karar şöyledir: “(...)Ameliyat sırasında kırılan iğne ucunu, tüm aramalara rağmen bulamadığını ve zorunlu olarak ameliyata son verdiğini davalının davacıya ameliyat sonrası bildirmesi gerekirdi. Davacıda uzun süre vücudundaki kırık iğne ucu ile gezmek durumunda kalmazdı. Şu durum karşısında orta seviyede tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimam ve özenin, davalıya gösterilmediği açık olup, ihmal ve kusurunun kabulü zorunludur.(...)” Yarg. 13. HD. T. 6.11.2010 E. 2000/8590 K.2000/9569 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 23 Eylül 2018.

<sup>101</sup> Hofstetter, **Der Auftrag**, s. 95; Gökyayla, **Özen Borcu**, s. 787; Sarp, **Tıbbi Özen Yükümlülüğü**, s. 46; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, s. 135; Tekben, **Hekim ile Hasta İlişkisi**, s. 886. Hekimin özen borcu, niteliği itibarı ile hekimin her türlü borcunun ifasında söz konusu olan ve diğer borçlarını belirleyici role sahip bir borçtur. Nitekim özen borcunu ihlal eden hekimin, diğer borçlarını tam ve gereği gibi ifa ettiğinden söz edilemeyecektir. Bu kapsamda özen borcunun sadece tıp biliminin kuralları ile sınırlı olmadığını, hastanın rızasının alınmasında ve hastayı aydınlatma esnasında da uyulması gereken genel bir borç olduğunu kabul etmek gerekir. Başpınar, **Hekimin Özen Borcu**, s. 27. Aynı yönde Sarp, **Tıbbi Özen Yükümlülüğü**, s. 51.

kayda geçirme gibi yan yükümlülüklerinin de özenle görülmesi zorunludur. Aksi halde hekimlik sözleşmesinin ihlali söz konusu olacaktır.

Hekimin özen borcu, -sadakat borcundan farklı olarak- sözleşmenin sona ermesi ile son bulmaktadır. Ancak sözleşmenin sona ermesinden sonra da sadakat yükümünün özel bir görünümü olan sır saklama yükümlülüğünün hekim tarafından özen yükümüne uygun yerine getirilmesi gerekmektedir. Şu halde özen kavramının hekimlik sözleşmesindeki fonksiyonları; edim ve yan yükümlerinin gereği gibi ifasını tayin etmesi bakımından sözleşmenin ihlalini belirlemesi, hekimin kusurlu olup olmadığını tayin etmesi, hekimin sözleşme öncesi ve sonrası sorumluluğunu ve hekimin ifa yardımcılarında doğan sorumluluğunu kurmasıdır.

### C. HEKİMİN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, sözleşme görüşmeleri içerisinde, taraflardan birinin sözleşme görüşmelerine başlamış olmakla kurulan güven ilişkisine aykırı kusurlu davranışı ile diğer tarafa zarar vermesi halinde vücut bulmaktadır<sup>102</sup>. Burada sözleşme akdetme saikiyle sözleşme görüşmelerine giren ve hukuki değerlerini karşı tarafın etkisine açan tarafın güveninin boşa çıkması nedeni

---

<sup>102</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 1264. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kanunlarda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak bazı sorumluluk tiplerinde örneğin, bir tarafın karşı tarafı sözleşmeye razı etmek için onu aldatması ihtimalinde ya da kendi kusuru ile hataya düşmesi halinde veya yetkisiz temsilcinin karşı tarafta meydana getirdiği zararın tazmininde *culpa in contrahendo* sorumluluğu esas alınmaktadır. (Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, s. 506; Eren, **Genel Hükümler**, s. 445, s. 508, s. 1270; Rona Serozan, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiil Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “Culpa in Contrahendo”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No.18, İstanbul, 1990, s. 27-42, s. 39). Bu hükümler, sözleşme öncesi görüşmelerde kusurdan doğan sorumluluğa bağımsız ve genel bir nitelik kazandırmamakta ancak kanunda açıkça düzenlenmeyen hallerde uygulanmasının da önünü açmaktadır. (Huriye Reyhan Demircioğlu, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)**, Ankara, Yetkin, 2009, s. 73; Özgür Güvenç, ““Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Sa.3-4, 2014, s. 363-405, s. 370). Bu sorumluluğu temellendiren modern görüş, sorumluluğu edimden bağımsız borç ilişkileri çerçevesinde açıklamaktadır. (Serozan, **Culpa in Contrahendo**, s. 38; Süleyman Yalman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 82. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ümit Gezder, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul, Beta, 2009). Hakim görüşü uyarınca, dürüstlük kuralı temelinde kanundan doğan bir borç olması itibarı ile culpa in contrahendo sorumluluğunda borca aykırılık hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Görüşler ve culpa in contrahendo sorumluluğunda zarar kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Serkan Ergüne, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C.I, İstanbul, 2010, s. 909-927, s. 911 vd.; Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, s. 508vd.; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1267vd.

ile uğramış olduğu zarar giderilmektedir<sup>103</sup>. Sosyal temas, hukuki işlem teması ya da dürüstlük kuralı uyarınca kurulan güven ilişkisini kusurlu davranışı ile ihlal eden ve karşı tarafta bu ihlal nedeni ile zarar doğmasına sebebiyet veren kişinin bu davranışı, sorumluluğa yol açmaktadır<sup>104</sup>.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun mevcut olabilmesi için bazı temel unsurlar gerekmektedir: Bu sorumluluğa hasredilen özel şartlar; bir güven konusunun varlığı ve güvenin ihlal edilmiş olmasıdır<sup>105</sup>. Bunun yanı sıra temel iki sorumluluk tipi olan haksız fiil ve sözleşmesel sorumlulukta olduğu gibi zarar, kusur ve illiyet bağının varlığı gerekmektedir.

Karşı tarafın güveninin boşa çıkması nedeni ile uğradığı zararın tazminini gerektirir her sorumluluk temelinde olduğu gibi sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta da ilk koşul bir güven konusunun varlığıdır. Burada güvenin kaynağı – henüz kurulmamış olması nedeni ile- bir sözleşme ya da Kanun değil, bir insan davranışından özellikle sözlü ya da yazılı açıklamalarından ileri gelmektedir<sup>106</sup>. Bu hali ile sözlü ya da yazılı açıklama vasıtası ile kurulan güvenin varlığını tespit etmek kolaydır. Ne var ki kimi durumlarda güven uyandırıcı davranışın somut olarak karşı tarafa yansıtılmadığı, bunun yerine olumsuz bir durumda sessiz kalınması hali ile de karşılaşılabılır. Bu defa esasında açıklanması gereken hususta sessiz kalarak bir olumsuzluk bulunmadığına ilişkin karşı tarafta güven uyandırılmaktadır. Sözleşme görüşmelerinden doğan kusurun, açıklama yükümlülüğünün ihlaline dayandığı hallerde genellikle bu gibi bir durum söz konusu olmaktadır<sup>107</sup>.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunun ikinci şartı, karşı tarafta uyandırılan haklı güvenin ihlal edilmesidir. Bu ise, sözleşme görüşmelerinden doğan bir yükümlülüğün ihlalini işaret etmektedir. Bu ihlal, doğrudan sözleşme görüşmeleri

---

<sup>103</sup> Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmeleri**, s. 44.

<sup>104</sup> Sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar arasında güven temeline dayanan özel bir ilişki, bağ kurulmaktadır. Güven ilişkisinin ön planda olduğu vekalet sözleşmesi gibi sözleşmelerde bu bağ daha kuvvetlidir. Bu özel bağ ile taraflar birbirlerinin hem mutlak hakkını hem de güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeme mükellefiyeti altındadır. Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 113; Başpınar, **Vekilin Özen Borcu**, s. 226.

<sup>105</sup> Güvenç, **Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi**, s. 382-390; Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmeleri**, s. 178vd.

<sup>106</sup> Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmeleri**, s. 179.

<sup>107</sup> Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmeleri**, s. 179.



ilişkisiyle bağlantılı yükümlülüklerin ihlali olabileceği gibi, görüşmeleri yapılan sözleşmeyle bağlantılı yükümlülüklerin ihlali de olabilir<sup>108</sup>.

Belirtmemiz gerekir ki, doğrudan sözleşme görüşmeleri ilişkisiyle bağlantılı yükümlülüklerle dayanak olan husus bizatihi ilişkidir. Bu kapsamda ilk olarak ciddi görüşme yükümlülüğü açıklanmalıdır. Sözleşme niyeti olmaksızın sözleşme görüşmeleri yapmak ya da görüşmeyi dürüstlük kuralına aykırı olarak yarıda kesmek bu yükümlülüğün ihlaline neden olacaktır<sup>109</sup>. Esasen, sözleşme özgürlüğü prensibi gereği kişinin başladığı sözleşme görüşmelerini nihayete erdirmek (sözleşmeyi akdetme) konusunda genel bir yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>110</sup>. Dahası tarafların sözleşme görüşmelerinde bulunmalarının amacı da sözleşme kurup kurmayacakları hususunda karar vermektir. Ne var ki bir tarafın sözleşme kurmayacağı baştan beri belli olmasına rağmen sözleşme görüşmelerinde bulunması veya bu niyetinin ortadan kalkmasına rağmen görüşmelere devam etmesi halinde dürüstlük kuralına aykırı bir durum söz konusu olabilecektir<sup>111</sup>. Keza hiçbir şekilde sözleşme kurma niyeti taşımayan kişi, bundan habersiz olan diğer tarafta sözleşme görüşmelerinin olumlu geçmesi halinde akdedilecek sözleşmeye ilişkin güven uyandırmaktadır. İşte bu haklı güvenin boşa çıkması nedeni ile uğranılan zararın, zaman ve fırsat kayıplarının sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk çerçevesinde tazmini gerekebilir.

Her ne kadar görüşmelerine başlanan sözleşmenin nihayete erdirilmesine ilişkin bir yükümlülük olmasa dahi, görüşmelerin dürüstlük kuralına aykırı olarak yarıda kesilmesi halinde de sorumluluk doğabilir<sup>112</sup>. Ciddi görüşme yükümlülüğü, beraberinde sözleşme kurulmayacağıının anlaşılması halinde görüşmelerin zaman kaybetmeksizin durdurulması mükellefiyetini de barındırmaktadır<sup>113</sup>. Burada sorumluluğa esas alınan husus, sadece sözleşme görüşmesinin kesilmesi değil,

---

<sup>108</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 1273; Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmeleri**, s. 191 vd.

<sup>109</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s. 10; Serozan, **Culpa in Contrahendo**, s. 40; Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmeleri**, s. 192.

<sup>110</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 1266; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s. 10.

<sup>111</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 1273; Ümit Gezder, "Hekimin Yükümlülükleri", **Tıp Hukuku Dergisi**, Sa.6, 2014, s. 123-147, s. 126; Güvenç, **Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi**, s. 386.

<sup>112</sup> Serozan, **Culpa in Contrahendo**, s. 40. Bu gibi durumlarda Borçlar Kanunu'na hakim olan irade özerkliği ilkesi ile karşı tarafta yaratılan güvenin korunması esası üstünlük mücadelesi içerisindedir. Güvenç, **Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi**, s. 372.

<sup>113</sup> Gezder, **Hekimin Yükümlülükleri**, s. 126.

görüşmenin diğer tarafında sözleşmenin kurulacağına ilişkin güven uyandırılmasına rağmen haklı bir sebep olmaksızın sonlandıran kişinin çelişkili tutumudur<sup>114</sup>.

Hekim de kural olarak sözleşmenin diğer tarafı olan hasta ile sözleşme görüşmelerine başlamak ya da sözleşme kurmak hususunda serbesttir. Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği md. 18 hükmü uyarınca hekim, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri haricinde kalmak üzere mesleki veya şahsi nedenlerle hastaya bakmayı reddedebilir. Yine bu Yönetmeliğin 19. maddesi uyarınca hekim, mesleki veya şahsi sebeplerle hastayı vaktinde haberdar etmesi şartı ile tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilecektir. Bu iki madde birlikte değerlendirildiğinde 18. madde hükmünün sözleşme görüşmelerini, 19. madde hükmününse ifa aşamasını işaret ettiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda hekim hem sözleşme görüşmelerinde hem de sözleşme esnasında mesleki veya şahsi sebeplerle hasta ile sözleşmesel ilişkiye girmeyebilir ya da halihazırda girmiş olduğu ilişkiyi kesebilir. Ne var ki görüşmelere başlayan hekimin, bunu dürüstlük kuralına uygun ve görüşmelerin seyrine göre sözleşmeye varma iradesi ile devam ettirmesi gerekmektedir<sup>115</sup>. Örneğin bir hafta içerisinde şehir dışına taşınacak hekimin bu durumu, muhtemel tedavisi uzun sürecek bir hastaya belirtmesi ve görüşmeleri yarıda kesmesi beklenmektedir. Meğer ki aynı örnekte hastanın sözleşme kurma amacı bu süre içerisinde ifası mümkün teşhise yönelmiş olsun.

Görüşmeleri yapılan sözleşmeyle bağlantılı yükümlülükler ise; sözleşmenin daha ziyade geçerli olacağına veya elverişliliğine yönelik yükümlülüklerin ihlalidir<sup>116</sup>. Bu halde taraflar arasında sözleşme kurulmuştur ne var ki, sözleşme görüşmelerinde taraflardan birinin kusurlu davranışı neticesinde sözleşme ya geçersiz hale gelmiş ya da karşı tarafın sözleşmeye yönelik beklentisini karşılamamıştır<sup>117</sup>. İlk ihtimalde şekle aykırılık, yetkisizlik, hukuka, ahlaka aykırı veya imkansız edimin vaad edilmesi, irade sakatlığı örneklerinde olduğu gibi sözleşmenin geçersizliğine neden olacak bir yükümlülük henüz sözleşme

---

<sup>114</sup> Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmeleri**, s. 195-196.

<sup>115</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s. 10; Gezder, **Hekimin Yükümlülükleri**, s. 126.

<sup>116</sup> Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmeleri**, s. 198.

<sup>117</sup> Güvenç, **Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi**, s. 386 vd.

görüşmeleri aşamasındayken ihlal edilmiştir<sup>118</sup>. Sözleşmeden beklenen güvenin boşa çıkarılmasına ilişkin yükümlülük ise daha ziyade açıklama ve özenli bilgi vermeye ilişkin yükümlülüklerin ihlali şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>119</sup>.

Belirtmemiz gerekir ki, açıklama yükümlülüğü; genel tanımı ile, tarafların görüşmelerine başladığı sözleşmenin konusu, içerik veya kapsamı hakkında diğer tarafın sözleşme yapma iradesine etki edebilecek durumları bildirme yükümlülüğünü ifade etmektedir. Burada belirtilen açıklama yükümlülüğü, zaman olarak sözleşme öncesini işaret etmektedir<sup>120</sup>. Ancak ciddi görüşme yükümlülüğünde de ifade ettiğimiz hususa paralel olarak belirtmeliyiz ki, sözleşme görüşmelerine giren tarafların da birbirlerini sözleşme konusu ya da kapsamı hakkında aydınlatmaya yönelik genel nitelikte bir yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>121</sup>. Zira aslolan sözleşmenin iki tarafının da kurulması muhtemel sözleşme hakkında düşünmesi ve kendi değerlendirmelerini oluşturmasıdır. Bu kapsamda sadece Kanun, sözleşme ya da doğrudan dürüstlük kuralı gereğince açıklama yükümlülüğünün mevcut olacağı belirtilmektedir<sup>122</sup>. Sözleşme görüşmeleri safhasında halihazırda akdedilmiş bir sözleşme olmadığından konumuz açısından bu yükümlülüğün kanun veya dürüstlük kuralından doğduğu değerlendirilmelidir.

---

<sup>118</sup> Burada tartışmaya açılacak konu, hekimin sözleşme görüşmeleri esnasında hastaya sonucu (tedavinin başarılı olacağı ya da hasta ile kararlaştırılan estetik sonucun gerçekleştirileceği) taahhüt etmesi halinde bu taahhüdün ya da sözleşmenin geçerli olup olmayacağıdır. Aslında, henüz sözleşme görüşmelerine başlamadan dahi hekim tarafından bilinen mesleki bir olgu bulunmaktadır. Bu da sonucu taahhüt etmiş olsa dahi kendisinden ileri gelmeyen nedenlerle müdahalenin başarısız olabileceğidir. Nitekim üstlenilen tedavinin ya da müdahalenin başarılı ya da başarısız olması hekimin inisiyatifinde değildir. Tıp biliminin doğası, başarısızlık ihtimalini de her zaman içerisinde barındırmaktadır. Buna rağmen hekimin hekimlik sözleşmesinde başarılı sonucu vaat etmesi hali neye işaret etmektedir? Kanaatimizce gerekli tüm özeni gösterse dahi başarısızlık riski bulunduğunu bilen hekimin, sözleşme görüşmeleri esnasında verdiği bu taahhüdünün geçerli olduğu kabul edilmelidir. ( Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm/ III/C/1/b) Ne var ki bu tür taahhüde rağmen taraflar arasında sözleşme akdedilmemişse ve hasta nezdinde zarar doğmamışsa hekimin sorumluluğunun şartları oluşmayacaktır. Ancak çoğunlukla bu taahhüt akabinde sözleşmenin akdedildiği görülmektedir. Burada sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin kurulan sözleşme içerisinde bağımsızlığını kaybettiği değerlendirilmelidir. Artık müdahalenin başarılı sonucu sözleşmenin muhtevasına dahil olmuş ve hekimin kusur bakış açısı altında göstermesi gereken özen artmıştır.

<sup>119</sup> Açıklama ve özenli bilgi verme yükümlülüğü çoğu kez aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak açıklama yükümlülüğü ile hekimin, esasen kendisinden açıkça veya zimnen talep edilmeksizin yerine getirmesi gereken açıklamalar bütünü anlaşılmalıdır. Aral, **Kötü İfa**, s.45. Özenli bilgi verme yükümlülüğü ise hekimin kendisine sorulmaksızın yerine getirmekle yükümlü olduğu bir yükümden ziyade vermiş olduğu bilgilerin gerçeği yansıtması için gerekli özenin gösterilmesidir. Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmeleri**, s. 222.

<sup>120</sup> Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", **AÜHFD**, C.52, Sa.3, 2003, s. 55-77, s. 64.

<sup>121</sup> Karş. Eren, **Genel Hükümler**, s. 39.

<sup>122</sup> Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmeleri**, s. 223-224.

Açıklama yükümlülüğünün hekimlik sözleşmesine yansımaları, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü işaret etmektedir. Hekimin hastayı sözleşme görüşmelerinde aydınlatmasına ilişkin yükümlülük temelini dürüstlük kuralında bulmaktadır. Ancak hekimin *culpa in contrahendo* sorumluluğunun mevcudiyeti, hekimin henüz sözleşme kurulmadan evvel aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesine bağlıdır. Bu kapsamda sözleşmenin kurulmasına ilişkin bahiste verdiğimiz örnekleri geliştirebiliriz: Hasta ile hekim arasında estetik amaçlı tıbbi müdahaleyi konu edinen bir sözleşme görüşmesinde görüşme aşaması olağan hekimlik sözleşmelerinden farklı olarak genellikle uzun süre almaktadır. Zira bu ilk safhada hekim, hastanın talebine bağlı olarak estetik müdahalenin gerçekleştirileceği bölgeye ilişkin alternatif uygulamaları ve her bir uygulamanın ücretini açıklamaktadır<sup>123</sup>. Bu safhada hekimin alternatif uygulamaları açıklamaması ya da her bir uygulamanın olası riskleri hususunda hastasını aydınlatmaması, hekimin sözleşme görüşmelerinden doğan açıklama yükümlülüğünün ihlalidir. Zira görüşmelerine başlanan sözleşmenin amacı hastanın tatmin olacağı estetik bir sonuç üzerinde karar kılmaktır. Bu sözleşme ile amaçlanan sonucun gerçekleşmesini engelleyebilecek durumların (örneğin estetik dolgu malzemesinin planlandığı gibi dudak içerisinde yayılmama ihtimali ya da burun estetiğinde burun ucunda hissizlik oluşması ihtimali gibi olası komplikasyonları) hasta sormadan açıklaması dürüstlük kuralının gereğidir. Ancak burada da *culpa in contrahendo* sorumluluğunun, yerini ekseriyetle sözleşme sorumluluğuna bırakacağı değerlendirilmesini yapmak mümkündür<sup>124</sup>. Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğun somut olayda mevcut olmasına rağmen taraflar arasında hekimlik sözleşmesi kurulmuşsa artık sorumluluğun tespitinde bu sözleşme esas alınacaktır. O halde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinden doğan sorumluluğun tespitinde şu ayırım yapılmalıdır: Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, hasta bakımından sözleşmenin ifasını mı yoksa sözleşmenin kurulmasını mı etkilemektedir. Sözleşme görüşmelerinden

---

<sup>123</sup> Temel, **90. Yıl Armağanı**, s. 299.

<sup>124</sup> Sözleşme görüşmelerinde güven ilişkisinden doğan yükümlülüklerin sözleşmenin kurulması ile birlikte bağımsızlıklarını yitirdiği ve yeni sözleşme içerisinde eridiğine yönelik dönüşüm teorisine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aral, **Kötü İfa**, s. 56vd.; Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmeleri**, s. 143vd. Bu konuya ilişkin birlik teorisi ise sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin bağımsızlıklarını koruduğunu hem sözleşme görüşmeleri hem ifa aşamasındaki koruma yükümlülüklerinin tümünün bütünsel bir koruma oluşturduğunu izah etmektedir. Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmeleri**, s. 143vd.

doğan sorumluluk halini teşkil etmesi, bu yükümlülük ihlalinin sözleşmenin kuruluşunu etkilemesine bağlıdır. Bu yükümlülüğün; sözleşmenin gereği gibi ifası hali oluşturduğu müddetçe yükümlülüğün sözleşme öncesine ilişkin bir yükümlülük olup olmaması önemli değildir. Bu durumda sözleşmeye dayalı sorumluluk uygulanacaktır<sup>125</sup>.

Hekimin sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunda özenin kurucu bir rol aldığını ifade etmiştik. Ciddi görüşme gibi doğrudan sözleşme görüşmesi ile ilişkili bağlantılı yükümlülüklerde gereken özenin gösterilmemesi, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafta uyandırılan güvenin boşa çıkması ile neticelenmektedir. Açıklama-aydınlatma, bilgi verme gibi yapma edimli yükümlülüklerde ise yükümlülüğün ihlali, özen borcuna aykırı davranılmış olmasına bağlıdır. Bu kapsamda sözleşmenin ihlali konusunda belirtildiği gibi, yükümlülüklerin uygun davranıştan (en yüksek dış özen) sapma oluşturan en yüksek ölçüdeki iç özenle yerine getirilmemiş olması yükümlülüğün ihlaline neden olacaktır<sup>126</sup>. Hekimin sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunda yüküm ihlaline ilave olarak hekimin kusuru açısından da ayrı bir özen incelemesi yapılmaması gerekmektedir. Burada esas alınacak ölçü ise, hekim ile benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli hekimin sözleşme görüşmelerindeki davranışdır.

## **D. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

### **1. Hekimin Sözleşme ile Üstlendiği Asli Edimi Özenle Görme Yükümlülüğü**

Hekimlik sözleşmesinde hekimin asli edim yükümlülüğü, hasta menfaatine iş görmektir. Bu borç kendini hastanın şikayeti hususunda sadece teşhiste bulunma ile somutlaştırabileceği gibi teşhise uygun tedavi etme borcu da sözleşme ile üstlenilmiş olabilir. Hasta, nüfus planlamasına yönelik koruyucu tıbbi müdahale talebinde bulunmuşsa ya da estetik kaygılar ile hekime başvurmuşsa bu hallerde de hekim,

---

<sup>125</sup> Demircioğlu, *Sözleşme Görüşmeleri*, s. 227.

<sup>126</sup> Gümüş, *Vekilin Özen Borcu*, s. 114.

hastanın menfaatine ve müdahaleden beklediği menfaate uygun tıbbi müdahalede bulunmakla yükümlüdür. Bu son halde hekimin müdahalesi, olağan hekimlik sözleşmesinin konusuna nazaran farklılık gösterebilir. Örneğin estetik amaçlı bir müdahalede teşhis, şikayetin tespitine yönelik değil, uygulanması planlanan müdahalede başarılı sonucu engelleyecek durumun varlığını araştırmaya yöneliktir. Ne var ki hekimlik sözleşmelerinin ekseriyetle teşhis ve tedaviye yönelmiş olması nedeni ile hekimin asli edimi doktrinde *teşhis koyma ve en uygun tedaviyi seçip uygulama borcu* olarak belirtilmektedir. Biz de açıklamalarımızı temel olarak bu iki edim üzerinden yaparak diğer müdahalelere farklılık teşkil ettikleri ölçüde yer vereceğiz.

Belirtmemiz gerekir ki, hekimin özen yükümlülüğünün birincil fonksiyonu kendini hekimin asli edim borcunda göstermektedir. Hekimin edim sonucunu değil edim fiilini üstlenmiş olması ve borcunun konusunu yapma edimi oluşturması nedeni ile asli ediminin ifasında özen yükümüne uygun hareket etmesi bu yapma ediminin sözleşmeye uygun ifası anlamına gelmektedir<sup>127</sup>. Aynı şekilde özen yükümlülüğünün ihlali, bu yükümün bağlı olduğu asli borcun ihlalini ifade etmektedir<sup>128</sup>. Hekime baş ağrısı şikayeti ile başvuran hastanın öyküsü alınmayıp gerekli tetkikler yapılmadan ağrı kesici ilaç verilmesi halinde hekimin bir iş görmede bulunduğu; ancak özen yükümlülüğüne riayet etmediği görülmektedir. Bu kapsamda hastada meydana gelecek zarardan hekim sorumlu olacaktır. Zira özen yükümlülüğüne aykırılık, yapma edimini konu alan asli borcun sözleşmeye aykırı ifasına neden olmuştur. Şu halde hekimin sözleşme ile üstlendiği hizmeti yerine getirmesi, bu hizmeti özenle görmesine bağlıdır. Hastaya tıbbi müdahalede bulunulması söz konusu ise hekim, hastanın müdahaleden beklediği menfaate kavuşması amacı ile özenle faaliyette bulunmakla yükümlüdür.

Hekimin sözleşme ihlaline neden olacak özen yükümlülüğü nasıl belirlenir? Burada temel alınacak kriter, hekimin faaliyet alanında mesleğe özgü ortalama

---

<sup>127</sup> Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s.9.

<sup>128</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 128.

davranışın da üzerindeki en yüksek derecede özenli davranıştır<sup>129</sup>. Bu kriterin somut olayda yerine getirilip getirilmediği hususunda tıp biliminin o anki mevcut bilinen ve kabul edilen genel kural ve standartlarından istifade edilebilir<sup>130</sup>. Bu hususta Alman Medeni Kanunu'na 2013 yılında eklenen düzenlemeden de faydalanılmalıdır. BGB § 630a(2); taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça hekimin, müdahale zamanında genel olarak kabul görmüş tıbbi standartlara uymakla yükümlü olduğunu düzenlemiştir<sup>131</sup>. Bu fıkra, hekimin uyması gereken özen yükümlülüğünü işaret etmektedir. Madde uyarınca tıbbi özen; hekimin tıp biliminin ulaştığı düzeyde ve genellikle kabul edilen kurallara uymasındır<sup>132</sup>.

1997 tarihinde imzalanan ve iç hukukumuzun parçası olan Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesinde de sağlık alanında yapılan herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

Tıbbi özenin ve tıbbi standartların somutlaştırılması açısından hekimin sözleşme ile üstlenebileceği bazı temel borçlara yer vermek gereklidir.

Hekimin sözleşme ile üstlendiği temel borçlarından ilki hastanın şikayetine uygun teşhisi koymaktır. Teşhis koyma, hekimin diğer borçlarına nazaran zamansal olarak ifası en önde gelen borçtur. Hekimin aynı zamanda tedaviyi de üstlendiği sözleşmelerde doğru tedavinin uygulanabilmesi, ekseriyetle doğru teşhisin konulmasına bağlıdır.

---

<sup>129</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm/I/B.

<sup>130</sup> Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Nr. 24b; Constanze Janda, **Medizinrecht**, 3. Auflage, 2016, s. 311.

<sup>131</sup> Tıbbi standartların, temel standartlar ve bilimsel standartlar olmak üzere iki bileşeni mevcuttur. Temel standartlar, enjeksiyon esnasında gerekli hijyen kurallarına uyma gibi tüm hekimlerce uyulması gereken temel kuralları işaret etmektedir. Bilimsel standartlar ise, hekimin kendi uzmanlığına ilişkin kabul gören ve temel standartların ötesinde olan kurallardır. Schelling, **Die ärztliche Aufklärung**, s. 9-10.

<sup>132</sup> Olzen/Kaya, **Der Behandlungsvertrag, §§ 630a–h BGB**, s. 663. Bazı uzmanlık dalları, belirli vakalara ilişkin tıbbi standartları yazılı hale getirmiştir. Örneğin menenjit teşhisi konulan hasta için öncelikle hastada, kemik yapısında doğuştan bozukluk olup olmadığı, kan sulandırıcı ilaç kullanımı, hemofilisinin mevcut olup olmadığı, trombosit sayısının uygun olup olmadığı ve kafa içerisinde tümör veya başka bir kitle bulunup bulunmadığı araştırılır. Bunun için hastanın beyin sıvısı alınarak belirtilen bulgular varsa bu bulgulara göre davranılmalıdır. Başpınar, **Özen Borcunun Tıbbi Standartlar ile İlişkisi**, s. 368. Alman uygulamasında, hekimin somut uyumsuzlukta tedavi hatası yapıp yapmadığının değerlendirilmesinde bilirkişiler tarafından genellikle her bir uzmanlık alanı tarafından çıkarılan kılavuzlar göz önünde bulundurulmaktadır. Bu kılavuzlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hans-Peter Ries/ Karl-Heinz Schnieder ve ark. **Arztrecht: Praxishandbuch für Mediziner**, 3 Auflage, Springer, 2012 s. 212; Gehrlein, **Grundwissen Arzthaftungsrecht**, s. 34-35; Kempfer, **Medizinische Sorgfaltsstandards**, s. 58-60.

Hekimlik sözleşmesi ile taraflar hekimin sadece teşhis koymasına hususunda anlaşmış olabilir. Bu ihtimalde özen kavramı hekimin teşhis koyma borcunu şekillendirecektir. Hekim, doğru teşhisi koyabilmek için hastanın fiziki ya da ruhi durumunu da nazara alarak mesleki deneyimlerine göre gerekli girişimde bulunmak ve doğru teşhisi koymasını engelleyecek davranışlardan kaçınmakla mükelleftir. Bu kapsamda hekim öncelikle hastanın hastalık öyküsünü (anamnez) almalıdır<sup>133</sup>. Gerçekten birçok şikayetin aynı anda birden fazla hastalığın emaresi olabilmesi karşısında hastalığın öyküsünün alınması gerekliliğinin önemi görülmektedir. Bu kapsamda hekim, gerek görürse hasta yakınlarından da şikayete ilişkin bilgi toplamalıdır.

Hekim, doğru teşhisi koyabilmek amacı ile fiziki muayene ile gerekli gördüğü tetkikleri yapmalı ve gerekli olması halinde teşhise yönelik ek testler uygulamalıdır<sup>134</sup>. Hekim gerekli görmesi ya da hastanın bu yönde talebi olması halinde konsültan hekime danışmalıdır<sup>135</sup>.

Gerekli incelemeleri yapmaksızın hatalı teşhis koymasına ya da teşhis koyamamasına hekimin sözleşmesel sorumluluğuna neden olacaktır<sup>136</sup>. Ancak hekim, özenli tetkik ve muayenesine rağmen hastalığa doğru teşhisi koymamış olmasından

---

<sup>133</sup> Anamnez, hastaya ya da yakınlarına yöneltilen sorular akabinde tespit edilen hastalık öyküsüdür. Anamnezde, hastanın kimlik bilgisi, önceden geçirdiği rahatsızlıklar, kronik bir rahatsızlığının mevcut olup olmadığı, kullandığı ilaçlar, sosyoekonomik durumu ve alışkanlıkları gibi bilgiler yer alacaktır. Oral, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, s. 601-602; Kern, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztes**, § 46, Nr. 1-3.

<sup>134</sup> Janda, **Medizinrecht**, s. 311.

<sup>135</sup> Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği md. 24 uyarınca, hekim, hastanın konsültasyon talebini kabul etmekle yükümlüdür. Hekim de konsültasyon yapılmasına lüzum gördüğü takdirde bu hususta hastaya bilgi verecektir. Hekimin konsültasyon talebinin hasta tarafından kabul edilmemesi halinde hekim hastasını bırakabilir. Bu hal, hekimin sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmesine imkan tanıyan haklı nedenlerden biri olarak düzenlenmiştir.

<sup>136</sup> Belirli bir hastalık için karakteristik olan bulguların göz ardı edilmesinde durum böyledir. Gehrlein, **Grundwissen Arzthaftungsrecht**, s. 44. "(...)Somut olayda her iki kurul raporunda da açıkça belirtildiği üzere davacının akciğer kanseri rahatsızlığı ilk grafinin çekildiği anda bellidir. 1-1,5 cm lik kütle, 7,5 ay içerisinde yaklaşık 5 katına çıktıktan sonra konulan doğru teşhisle kendisine özgü tedaviye ulaşabilmiştir. Bu süreç zarfında hastalıktan haberdar olmayan kişinin ilk anda teşhisin konulabilir olduğunu öğrenmesi, bilhassa konu zaman kaybına tahammülü olmayan sağlık ise, ciddi travma yaratacak mahiyettedir. Yukarıdaki açıklamalarda belirtildiği üzere vekil neticeyi garanti edemese de bu yolda sarf ettiği çabalarındaki en hafif kusurlardan dahi sorumludur. Mahkemece bu ilkeler ışığında oluşturma uygun ve makul miktarda takdir olunacak manevi tazminat isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken (...) Yarg. 13. HD. T. 25.09.2014 E. 2014/10135 K. 2014/29243 (Çevrimiçi), Lexpera, 12. Ağustos 2018



sorumlu değildir<sup>137</sup>. Zira hekim, sözleşme ile sonucu (doğru teşhis sonucunu) değil, teşhis için gerekli faaliyeti özenle yürütmeyi üstlenmiştir.

Hekim, sözleşme ile tedavi borcunu üstlenmişse, teşhisine uygun şekilde özenle tedavi borcunu yerine getirmekle yükümlüdür. Esasen teşhisi konulan hastalığın birden fazla tedavi yöntemi olabilir. Hatta tedavi seçeneklerinin çokluğu tıpta çok fazla karşılaşılan bir durumdur. Bu durumu nazara alan Yönetmelik, hekimin uygulayacağı tedavi yöntemini seçme hususunda serbest olduğunu açıkça düzenlemiştir<sup>138</sup>. Ancak hekimin tedavi yöntemini seçme serbestisi sınırsız değildir. Hekim, tedavi seçenekleri arasından hasta açısından en az riskli olan ve en emniyetli tedavi yöntemini<sup>139</sup> seçmelidir<sup>140</sup>. Ne var ki bu durumun genel bir kural haline getirilmesi hekimin yeni tıbbi müdahalelerden kaçınmasına ve tıp biliminin yerinde saymasına neden olacaktır. Bu kapsamda hekimin, başarı ihtimalini yüksek olarak gördüğü ve daha önceden denenmiş yeni müdahaleleri uygulama yetkisinden şüphe duyulmamalıdır. Hekim, daha önce denenmemiş olan; ancak zarar verme ihtimali bulunmayan ve hastayı sağlığına kavuşturacağına kesin gözüyle bakılan yeni tedavi yöntemlerini de deneyebilir<sup>141</sup>. Belirtmek gerekir ki, yeni ve deneysel müdahaleler; hekimden, kusur bakış açısı altında beklenen özenin arttığı hallerin başında

<sup>137</sup> Janda, **Medizinrecht**, s. 321.

<sup>138</sup> TDY md. 6/f. II. Tedavi yöntemini seçme özgürlüğü; tedavi çeşitlerinden birinin diğerlerine nazaran daha az riskli olmaması ya da seçilmesini meşru kılan neden bulunmaması halinde söz konusu olacaktır. Gehrlein, **Grundwissen Arzthaftungsrecht**, s.43-44.

<sup>139</sup> Janda, **Medizinrecht**, s. 313. “(...)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.mun 510/1. maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.(...)” Yarg. 13. HD. T. 25.09.2014 E. 2014/10135, K. 2014/29243 (Çevrimiçi), Lexpera, 12 Ağustos 2018

<sup>140</sup> Hekim, tedavi seçenekleri arasından seçmemiş olduğu tedaviye yönelik hastayı aydınlatma mükellefidir. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm/II/D/2/a/(1).

<sup>141</sup> Olzen/Kaya, **Der Behandlungsvertrag, §§ 630a–h BGB**, s.664; Johann Neu, “Haftungsfragen, Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen der norddeutschen Ärztekammern”, **Saarländisches Ärzteblatt**, Ausgabe 8, 2013, s. 11-14, s. 13. Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği md.11 şöyledir: “Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez.

*Klasik metodların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, müdat tecrübe hayvanları üzerinde کافی derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmiş olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağıının ve muvafakkaiyet elde edilmemesi halinde ise müdat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağıının muhtemel bulunması şarttır.*

*Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir.”*

gelmektedir. Bu kapsamda bu müdahaleleri konu alan sözleşmede hekimin özen borcu ayrıca incelenmiştir.

Hekim, hastalığa teşhis koyarken ve koyulan teşhise uygun tedavi uygularken tıbbi standartlara uymakla yükümlüdür. Hekimin sözleşmeye uygun ifasını sağlayan tıbbi özeni; tıp biliminin kabul edilen kurallara uymasına bağlıdır<sup>142</sup>.

Hekimin tıbbi standartlara uygun davranmamış olması, hekimin tıbbi müdahale hatasına neden olabilir. Bu kapsamda özen yükümlülüğüne aykırılığın hekimlik sözleşmesinde asli edimin ihlali boyutunda olması halinde tıbbi müdahale hatası mevcuttur<sup>143</sup>. Tıbbi müdahale hatası, hekimin tıp biliminin kabul edilen genel kurallardan (tıbbi standartlardan) sapması olarak ifade edilmektedir<sup>144</sup>.

Hekimin seçtiği tedavi yöntemi ve bu tedavide kullandığı araç ve cihazların, tedavi zamanındaki tıbbi kurallara uygun olması gerekmektedir. Gerçekten tıp bilimindeki gelişmeler ile birlikte tedavi yöntemlerinin değişmesi, yeni metot ve araçların kullanılması bu bilimin doğası gereğidir. Tıbbi standartlar da tıp bilimindeki değişimlere paralel olarak değişmektedir. Bu kapsamda hekimin tıbbi standartlara uygun hareket edebilmesi için kendini geliştirmesi ve değişen kuralları takip etmesi gerekmektedir. Hekimin, henüz öğrenim aşamasında edindiği bilgiler çoğunlukla değişen tıbbi bilgi düzeyinin gerisinde kalmaktadır. Örneğin, prematüre doğan bebeklerin tedavisi, elli yıl önce yüksek oksijen konsantrasyonunda yapılırken bugün bu tekniğin retinopatiye neden olacağı anlaşılmıştır<sup>145</sup>. Hekimin bu tıbbi gelişmeyi bilerek bu tip vakalarda hastayı ameliyat ve anestezi riskine sokacak

---

<sup>142</sup> Nilgün Sarp, **Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü**, s. 48. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi md. 4 hükmü; araştırma dahil herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

<sup>143</sup> Tıbbi müdahale hataları kavramının çıkış noktasında hekimlik faaliyetlerinin tehlikeye yakınlığı ve hekime tanınan takdir hakkı bulunmaktadır. Temelde tıbbi müdahale hatalarının iki ana belirgin nedeni olduğu görülmektedir: Hekimin özen ödevini kabaca çığneyerek temel nitelikli kurallara uymamasından ileri gelen ilkel hataları ve hekimin takdir hakkının savunulamayacak şekilde aşılması bu niteliktedir. Deutsch, **Deneysel Tıp**, s. 174.

<sup>144</sup> Yener Ünver, "Tıbbi Standart", **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Adalet Yayınevi, 2012, s. 37-61, s.37.

<sup>145</sup> Hamide Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s. 68 ve dn. 137. Retinopati, prematüre bebeklerde retinada hasara yol açarak körlüğe neden olabilen hastalıktır.

[http://www.neonatology.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/premature\\_retinopatisi\\_rehberi.pdf](http://www.neonatology.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/premature_retinopatisi_rehberi.pdf) (Çevrimiçi), 18 Aralık 2019.

cerrahi müdahaleden kaçınması gerekmektedir. Aksi davranış, hekimin özen yükümlülüğünün ihlaline sebebiyet verecektir.

Tıbbi standartlar, her uzmanlık alanına ilişkin ulusal ve uluslararası dergilerde yayımlanmakta ve uzmanlık alanı tarafından düzenlenen yıllık kongrelerde ekseriyetle tartışılmaktadır. Hekimden beklenen de kendi alanına ait kuralları bilmesi ve kurallardaki değişiklikleri, yeni yöntemleri takip etmesidir<sup>146</sup>. Bu kapsamda hekimin değişen standartları takip etmesi onun hem mesleki hem de sözleşmesel yükümlülüğüdür.

Hekimin tıbbi standartlara uygun davranma yükümlülüğü, TDY md.6/II'de belirtilmiş olan tedavi yöntemini seçme serbestisine sınır getirmemektedir<sup>147</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki tıbbi standart ifadesi ile kastedilen bir hastalığa ilişkin tek bir tedavi yönteminin yazılı olduğu kurallar bütünü değildir. Bu soyut kavram, hekim tarafından hasta menfaatine görülen hizmetin ilgili uzmanlık alanında iyi bir tıbbi uygulama olarak karşılık bulup bulmadığını tespiti yarayacaktır. Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, hekimin yaklaşık on yıl evvel terk edilmiş bir tedavi yöntemini –tıp biliminin geldiği düzeyi takip etmemesi ve bu nedenle bu yöntemden haberdar olmaması nedeni ile- uygulaması, tıbbi standarttan sapmadır. Bu standartlar esasen tıp biliminin konusudur. Bu kapsamda hekimin tıbbi standartlara uygun davranıp davranmadığı yargılama esnasında hekimlerden oluşan bilirkişiler tarafından tespit edilmektedir<sup>148</sup>.

Hastaya nüfus planlaması, koruyucu önlem alınması ya da estetik amaçlı müdahale talebi ile başvuran hastaya karşı uygulanacak tıbbi müdahaleler de teşhis ve tedavinin bağlı olduğu kurallar tatbiki sureti ile yürütülmelidir. Hekimin özen yükümlülüğü, hekim tarafından hastaya yönelik gerçekleştirilen bedeni veya ruhi tüm tıbbi müdahale ve girişimlerinde söz konusudur.

---

<sup>146</sup> Ott, **Haftung**, s. 47; Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Nr. 24b; Belgesay, **Doktorun Hukuki Borçları**, s. 109. Hekimin uluslararası yayınları takip etmesi gerektiği yönünde Neu, **Ärztspflichtfragen**, s. 13. Karş. OLG München, Urt v 1. 4. 1999- 1 U 2676/95, MedR 1999, 466-468. Kern, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztes**, § 156, s. 3.

<sup>147</sup> Ünver, **Tıbbi Standart**, s.39.

<sup>148</sup> Tıbbi müdahalelerden kaynaklı suçlara ilişkin açılan ceza davalarında Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması zorunlu tutan düzenleme, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir ( RG. 22.10.2010, 27737).

Belirtmemiz gerekir ki, hekimin tıbbi müdahale teşkil eden faaliyetlerinin önemli bir kısmını teşhis ve tedavide ilaç<sup>149</sup> kullanması oluşturmaktadır. Hekime yönelik tıbbi uygulama hatası iddiası ile açılan davaların da önemli bir kısmını yanlış ilaç kullanımından doğan zararların giderimi oluşturmaktadır<sup>150</sup>. Bu kapsamda ilaç kullanımından kaynaklanan zararların hekimin özen yükümlülüğü ile ilişkisi üzerinde durulmalıdır.

Doğru teşhis ve akabinde doğru ilaç tedavisine rağmen sözleşme amacına kavuşulamayabilir. Dahası ilacın yan etkileri nedeni ile hastanın sağlığı olumsuz yönde etkilenebilir. Hekim, teşhis ve tedavi sürecini özen yükümlülüğüne uygun yürütmesine rağmen zararlı sonuç meydana gelmişse bu zararlı sonuçtan sorumlu

---

<sup>149</sup> İlaç bir tıbbi üründür. Tıbbi ürün ile ifade edilen bitki ve hayvan da dahil olmak üzere tüm canlılara ait hastalıkların teşhisi, tedavisi, hastalığı önleme ya da hastalıktan korumasına yarar maddeler bütünüdür. Sadece insana yönelmiş olan ve insanın sahip olduğu hastalığın giderilmesi, hastalığın önlenmesi ya da bundan korunmasına, fizyolojik özelliklerin geri kazandırılmasına yarar madde veya maddeler bütünü ise beşeri tıbbi ürün (ilaç) olarak ifade edilmektedir. Bu kapsamda kozmetik ürünleri, gıda maddeleri ve gıda destekleri teknik anlamda ilaç olarak kabul edilmemektedir. (Mehmet Demir, “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, S. 89, 2010, s.96-128, s. 103, s. 109; Çağlar Özel/ Burcu G. Özcan Büyüktanır, “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, **İUHFM**, C. LXVI, S.2, 2008, s. 327-344, s. 328). Burada ilaçla ilgili iki kavrama yer vermek gerekmektedir. *İlaç endikasyonu* olarak adlandırılan ilk hal, hekim tarafından ilaç tedavisinde tıbbi gereklilik bulunması halidir. Çalışmamızın tıbbi müdahale başlıklı genel bilgiler kısmında ifade ettiğimiz üzere endikasyon kavramının, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından biri olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Zira estetik amaçlı müdahaleler ya da sünnet gibi müdahalelerde esasen tıbbi bir gereklilik bulunmamaktadır. Bu tür müdahaleleri sosyal veya dini endikasyon başlığı altında inceleme eğilimi bulunmaktadır. Tüm bu tartışmalar bir yana, endikasyonun ilaç tedavisinde gerekliliğinden şüphe duyulmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira ilaç tedavisi estetik amaçlı müdahale ya da tedavi amacına yönelmeyen sünnet gibi başka müdahalelere ilişkin verilse de artık bu halde tıbbi müdahale tamamlanmış ve bu tıbbi müdahalenin hastada yarattığı rahatsızlığın giderilmesine yönelinmiştir. Başka bir karşılaştırma ile durumu izah edersek; estetik amaçlı tıbbi müdahalede, endikasyonun varlığı tartışmalıdır. Ne var ki bu müdahale sonrasında örneğin hastanın burun düzeltme ameliyatı tamamlandıktan sonra açılan yaraların tedavisinde ilaç kullanılmakta, ilaç bir endikasyona binaen tatbik edilmektedir. Diğer şartların varlığı halinde hekimin tıbbi gereklilik olmaksızın ilaç yazması sözleşmesel sorumluluğuna yol açabilir. (Bu konuda bkz. Demir, **İlaç Kullanımı**, s. 112 vd.; Ahmed Kürşat Ersöz/ Halid Özkan, “Hekim ve Eczacının İlacın Kullanılmasından Kaynaklanan Yasal Sorumluluğu”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Sa.5, 2014, s. 63-103, s. 65). Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği md. 20 hükmü uyarınca hekim,  *faydasızlığını bildiği bir ilacı hastaya veremez. Ancak esaslı bir tedavi yapılması mümkün olmayan hallerde teselli bakımından bazı ilaçlar tavsiye edebilir* demek sureti ile de tıbbi gerekliliğe işaret etmektedir. İlaç kontrendikasyonu olarak ifade edilen ikinci kavram ise; hastanın öznel durumu ile hastada yarardan ziyade zarar doğurabilecek ilacın hastada kullanılmaması ya da kullanılmasının önerilmemesidir. Bu kavramlar ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Demir, **İlaç Kullanımı**, s. 112 vd.

<sup>150</sup> Hekimin doğru ilaç teşhisinde veya ilacın kullanımından kaynaklanan hataların görülme oranı 1000 ilaç için %62,5 olarak tespit edilmiştir. Bu hataların çoğunun esasen önlenemez olduğu belirtilmektedir. Hataların dağılımına bakıldığında, özellikle çocuk hastalar açısından uygun olmayan ilaç dozu, uygun olmayan aralıklarda ilaç kullanımı, yanlış ilaç seçimi, alerji öyküsünün alınmaması gibi durumların hataya neden olduğu belirtilmektedir. Mehmet Karataş, “Tıbbi Hata Nedenleri ve Çözüm Yolları”, **İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Sa.17, 2010, s. 233-236, s. 234.

değildir<sup>151</sup>. Hekimin, teşhis amacıyla ya da tedavi yöntemi olarak ilaç kullanmasından doğan sorumluluğunun belirlenmesinde hekimin bu yöntemi seçmede ve uygulamada özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı tespit edilmelidir. Bu kapsamda hekimin, kullanılacak ilacın tespitinde hastanın öznel durumundan faydalanması gerekmektedir. Kullanılacak ilacın yan etkilerini, ilacın diğer ilaçlarla etkileşimini bilmesi ve her bir hasta için kullanılacak ilaç tipi ve miktarını ayrıca belirlemesi gerekmektedir<sup>152</sup>. Bu kapsamda tıp literatüründe *akılcı ilaç kullanımı* olarak ifade edilen kavramın, hekimin özen yükümlülüğünü işaret ettiğini belirtmek gerekmektedir. Akılcı ilaç kullanımı kavramının amacı, hastaya konulan teşhis ve hastanın öznel durumu, biyolojik yapısı gibi koşulları nazara alınarak hastaya en uygun ilacın sağlanmasıdır<sup>153</sup>. Bu da hekimin, hastalık öyküsünü dikkatlice almasını, hasta üzerindeki muayenesini etraflıca yapmasını ve farmakoloji bilimine vakıf olmasını gerektirmektedir. Şu halde hekimin hastaya ilaca yönelik tıbbi müdahalesinde özen yükümlülüğünü yerine getirmesi, onun akılcı ilaç seçimi hususunda gerekli özeni göstermesine bağlıdır.

#### **a. Hekimin Asli Edimini Şahsen Yerine Getirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi**

Türk Borçlar Hukuku sistemi, borçlunun, borcunu ifa etmesinde alacaklının menfaati olmadıkça borçlunun şahsen ifaya mecbur olmadığına ilişkin genel bir yedek kural benimsemiştir. TBK md.83 hükmü mefhumu muhalifinden alacaklının menfaati bulunduğu durumlarda borçlunun ifayı bizzat yerine getirmesi gerekliliği anlaşılmaktadır.

---

<sup>151</sup> Sağlık Bakanlığı tarafından toplatma kararı verilen ilacın reçete edilmesi halinde hekimin bu karardan haberdar olmadığı yönündeki savunması dinlenilmemelidir. Ersöz/Özkan, **Hekim ve Eczacının Sorumluluğu**, s. 65.

<sup>152</sup> DİDDK, T.07.03.2003 E.2002/716 K. 2003/91. “(...)kulaklarına hastanede hazırlanan Castellani solüsyonun damlatıldığı, bu işlem öncesinde davacıya ilacın yan tesirleri hakkında herhangi bir bilgi verilmediği, ilacın damlatılmasıyla şiddetli yanma, bulantı ve baş dönmesinin meydana geldiği, 12.07.1995 günü aynı yerde yapılan ölçümlerde işitme kaybının 43/92'ye ulaştığı, böylece bir kulağının tamamen, diğerinin de işitme cihazı kullanılmasını gerektirir ölçüde duyu kaybına uğradığı anlaşılmaktadır.(...) davacının kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bilindiği halde, ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceği hususunun davacıya bildirilmemesi, böylece hizmetten yararlanmama hakkının tanınmaması, riskin azaltılabilmesi için ilaç dozunu ayarlama gerekliliğinin gösterilmemesinin ağır hizmet kusurunu oluşturduğu gerekçesiyle davanın kabulü yönündeki ilk kararda ısrar edilerek bir milyar lira manevi tazminatın davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, faiz isteminin ise reddine karar vermiştir.(...) Çevrimiçi, (Lexpera), 12 Mayıs 2017.

<sup>153</sup>Özel/Büyüktanır, **Akılcı İlaç Kullanımı**, s. 332; Demir, **İlaç Kullanımı**, s. 113.

Borçlunun yeteneği, tecrübesi, bilgisi gibi kişisel özelliklerinin önemli olduğu yapma borçlarında genellikle alacaklı menfaatinin borçlunun şahsen ifasını gerekli kıldığı düşünülmektedir<sup>154</sup>. Taraflar arasında güven ilişkisinin ön planda olduğu ve borçlunun kişisel yetenek ve bilgilerinin son derece önem arz ettiği vekalet sözleşmesi de alacaklının şahsen ifada menfaati olan tipik sözleşmelerdendir<sup>155</sup>. Bu kapsamda vekalet sözleşmelerinde Borçlar Hukuku sisteminden ayrılmış ve kural olarak borçlunun borcunu şahsen ifa etmesi gerekliliği düzenlenmiştir<sup>156</sup>. Gerçekten Kanun'un *Şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme* başlıklı md. 506, f.I/c.I'de vekilin borcu şahsen ifa etmekle yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Borçlu, şahsen ifası gereken hallerde işi başkasına yaptırılamayacaktır. Ancak kimi durumlarda kendi denetimi altında yardımcı kişi kullanması söz konusu olabilir. Başka bir ifade ile, borçlunun borcu şahsen ifa ile mükellef olması, onun borcun ifasında yardımcı kişi kullanamayacağı anlamını taşımamaktadır<sup>157</sup>. Ancak bu hususta da taraflar arasındaki borç ilişkisi nazara alınmalı, borçlunun yardımcı kişi kullanmasının mümkün olup olmadığı somut olaya göre belirlenmelidir<sup>158</sup>.

Hekimin, borcun ifasını ya da borç ilişkisinden doğan hakların kullanılmasını yardımcı kişiye bırakması halinde sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu md. 116. hükmü uyarınca belirlenecektir. Bu madde uyarınca hekim; borcun ifasında kanuna uygun suretle yardımcı kişi kullanmış olsa dahi, yardımcı kişilerin işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Şu belirtilmelidir ki, hekimin; kendisi dışında başka birinin verdiği zarardan sorumlu tutulması kimi durumlarda adil gözükmebilir. Hatta bu durumun hekimi daha savunmacı (çekinik/defansif) tıbbı<sup>159</sup> sürüklediği de ileri sürülebilir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nda yerini bulan kanuni bu düzenleme temel bazı ihtiyaçların ve iş ilişkilerinin sonucu olarak düzenlenmiştir. Gerçekten iş ilişkilerinin, özellikle ticari

---

<sup>154</sup> Gautschi, Der **Einfache Auftrag**, Nr. 39a; Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt 1**, p. 790, s. 264; Hatemi/ Gökyayla, **Genel Bölüm**, s. 245.

<sup>155</sup> Akipek, **Alt Vekalet**, s.109.

<sup>156</sup> Weber, **OR Art 398**, p. 2.

<sup>157</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 791, s. 264-265; Zevkiler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 622; Deutsch/Spickhoff, **Medizinrecht**, Nr. 141.

<sup>158</sup> Hatemi/ Gökyayla, **Genel Bölüm**, s. 245.

<sup>159</sup> Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm/II/D/1/b.

hayatın gelişmesi ve karmaşıklaşmasının sonucunda bir işin tüm kısımlarının tek bir borçlu tarafından yürütülmesi neredeyse olanaksızlaşmıştır. Bunun yerine iş sahasında iş bölümüne yer verilerek karmaşık yapılı işlerin sorunsuz olarak yürütülmesi amaçlanmaktadır. Örneğin hekimin, hem tıbbi faaliyetlerini yürüttüğü muayenehanesinin temizliğini organize etmesi hem de tıbbi müdahaleyi yürütmesi ya da müdahale sonrası hasta bakımını tek başına üstlenmesi beklenemez. Hekim, hasta ile arasındaki sözleşme uyarınca üstlendiği iş görmenin arzu edilen olumlu sonuca kavuşması için gerekli tüm özeni göstermekle yükümlüdür. Bu kapsamda bu amaca kavuşmaya olanak verecek temizlik, hastanın tıbbi standartlara uygun bakımı gibi bir kısım işleri ifa yardımcılarını aracılığı ile yürütmesi alışıl gelen bir durumdur. Yardımcı kişi kullanarak işi üstlenen ve iş bölümünün faydalarından yararlanan hekim, yardımcı kişinin vermiş olduğu zararlardan sorumlu tutulacaktır. Zira hastanın ilkin sosyal temas içerisine girdiği ve daha sonra sözleşmesel ilişki bağı içerisinde yer aldığı kişi hekimdir. Hekim, iş bölümünü ve ekip çalışmasını genişlettikçe işini ve işin karşılığında alacağı ücreti artıracaktır<sup>160</sup>. Ayrıca, taraflar arasındaki güven ilişkisinin bir sonucu olarak hasta, hekimin borcun ifasında kullanacağı kişilerin gerekli bilgi ve yeteneği haiz olduğunu düşünmekte haklıdır<sup>161</sup>. Dahası meydana gelen zararı, yardımcı kişi ile doğrudan bir bağlantı içerisinde bulunmayan hastaya yüklemek doğru olmayacaktır<sup>162</sup>. Bunun sonucu olarak hekim, borcun ifasında kullandığı yardımcı kişilerin vermiş olduğu zararları TBK md. 116 hükmü uyarınca tazmin etme yükümlülüğü altındadır.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen TBK md. 116 hükmünün özel bir görünümü, Kanun'un 506/f.I ve 507 maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca, şahsen ifa ile yükümlü olan vekilin üç durumda işi başkasına yaptırması caizdir: Vekilin başkasını ikamede yetkili olması hali, durumun zorunlu olması ya da bu yönde teamüllerin şahsen ifadan ayrılmayı mümkün kılması halinde vekil, işi başkasına yaptırabilir. Kanuna uygun şekilde işi

---

<sup>160</sup> Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, § 22, N. 5, s. 285.

<sup>161</sup> Hofstetter, **Der Auftrag**, s.33. Hekimlik sözleşmesinde hasta, hekimin yürüttüğü faaliyetleri denetleyememektedir. Bu durum güven ilişkisinin önemini göstermektedir. Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s.599.

<sup>162</sup> Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, § 22, N. 3, s. 285; Zarife Şenocak, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, Dayınlarlı, 1995, s. 5.

başkasına yaptıran hekim, sadece işi yaptırdığı kişiyi seçmede ve ona talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür<sup>163</sup>. Görüleceği üzere TBK md. 116 hükmünden farklı olarak işi başkasına caiz olarak ikame eden borçlunun sorumluluğu hafifletilmiştir. Hekim, ikame ettiği kişiyi seçmede ve ona talimat vermede gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Halbuki borcun ifasında TBK md. 116 hükmü kapsamında yardımcı kişi kullanan hekim, yardımcı kişiyi seçmede ve ona talimat vermede kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Keza TBK md. 116 hükmü kapsamına giren hallerde asıl yükümlülük borçluya ait olup bu yükümlülük yardımcı kişiye devredilmemiştir. Dahası yardımcı kişinin gerçek kusurunun olup olmadığı da önemli değildir. Hekim, yardımcı kişi yerine geçerek somut olayda onun davranışında bulunmuş olsaydı bu davranış hekim için kusur teşkil edecektiye sorumluluğu tutulacaktır<sup>164</sup>.

Şu belirtilmelidir ki, yardımcı kişi kavramı geniş olarak değerlendirildiğinde hekimin işi ikame ettiği kişinin de hekimin yardımcı kişisi olduğu kabul edilebilir<sup>165</sup>. Ancak TBK md. 116 hükmünden farklı olarak TBK md. 506. maddesi uyarınca işin ikame edildiği kişinin nitelikli yardımcı kişi olarak kabulü söz konudur<sup>166</sup>.

Şu halde hekimlik sözleşmesinde hekimin iki şekilde yardımcı kişi kullanması haline rastlanılabilir:

Bunlardan ilki hekimin borcun ifasında ya da borç ilişkisinden doğan hakların kullanılmasında TBK md. 116 hükmü kapsamında yardımcı kişiden faydalanmasıdır<sup>167</sup>. Burada yardımcı kişi ile hekim arasında bir talimat ilişkisi bulunması zorunlu değildir. Aksine yardımcı kişi, hekime bağlı ya da ekonomik ve sosyal açıdan hekimden bağımsız bir kişi olabilir. Esasen çoğu defa borçlunun yardımcı kişiye başvurma amacı da kendi sahip olmadığı bilgi ve yetenek nedeni ile

<sup>163</sup> TBK md. 507/f.II.

<sup>164</sup> Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 139.

<sup>165</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 460; Akipek, **Alt Vekalet**, s. 142; Şafak Parlak/ Levent Börü, "Alt Vekalet", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 96, 2011, s. 17-49, s.25.

<sup>166</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 460 dn. 217; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1207.

<sup>167</sup> Taraflar arasında vekalet ilişkisinin bulunması, TBK md 116 hükmündeki genel kuraldan ayrılmayı haklı gösterecek bir neden değildir. von Büren, **Besonderer Teil**, s. 131; Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art. 398, Nr. 40b.



borcun ifasında yardımcı kişiye duyduğu ihtiyaçtır<sup>168</sup>. Bu nedenle borçlunun yardımcı kişiye talimat verecek veya onu denetleyebilecek bilgiye sahip olmaması mümkündür<sup>169</sup>.

İkinci ihtimalde ise hekim, TBK md. 506 hükmü uyarınca, kendisine yetki verildiğinde, durumun zorunlu olması halinde ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde işi başkasına yaptırabilecektir. Burada TBK md. 506 düzenlemesinin TBK md. 116 hükmünün uygulamasını daralttığını belirtmek uygun olacaktır. Hekimin, işi ikame etmesi halinde TBK md. 116 hükmü karşısında özel hüküm olan 506 ve 507. maddeleri uygulanacaktır. Ne var ki hangi hallerde yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun düzenlendiği 116. maddenin hangi hallerde ise işin ikame edilmesi halinde borçlunun tabi olacağı sorumluluğu düzenleyen özel hükümlerin uygulanacağını tespit etmek kolay değildir. Özellikle az evvel ifade edilen ve borçludan bağımsız ifa yardımcısı ile işin ikame edildiği nitelikli yardımcı kişiyi ayırmak güçlük arz edecektir. Ancak bu iki kurumun ayrımı özellikle sorumluluğun kapsamının birbirinden farklı olması nedeniyle önem arz etmektedir. Gerçekten olası bir uyuşmazlıkta –sorumluluğun hafifletilmiş olması nedeni ile- hekim, üçüncü kişinin işi ikame ettiği kişi olduğu savunmasında bulunabilecekken davacı tarafın iddiaları bu kişinin TBK md. 116 kapsamına giren yardımcı kişi olduğu yönünde olacaktır. Bu nedenle öncelikle bu iki kavramı ayırt etmeye yardım edecek ölçütlerin belirlenmesi ve akabinde uygulama için önem arz eden somut bazı uygulamaların bu ölçütler yardımı ile tartışılması gerekmektedir.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüş, vekilin, yardımcı kişiyi kendi organizasyon sahasına katarak kendi iradesi ile kendi hesabına ve çıkarına başvurduğu durumlarda TBK md. 116 hükmü anlamında yardımcı kişiden söz edileceği kanaatindedir<sup>170</sup>. Buna karşılık yardımcı kişiye müvekkilin hesabına

---

<sup>168</sup> Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 114; Akipek, **Alt Vekalet**, s. 143.

<sup>169</sup> Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 114; Akipek, **Alt Vekalet**, s. 143.

<sup>170</sup> Bu görüşler için bkz. Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 144; Weber, **OR Art 398**, p. 3; Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, §2, N. 2, s. 23. Vekilin ikame ettiği işte işi yapanın şahsının önemli olması halinde alt vekalet aksi halde yardımcı kişi kullanıldığı yönünde Akıncı, **Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, s. 41.

başvurduğu, edimi kendi ifa programından çıkararak yardımcı kişiye devrettiği hallerde ikame vekalet söz konusu olacaktır<sup>171</sup>.

Belirtmek gerekir ki, yardımcı kişiye kendi hesabına mı yoksa müvekkil hesabına mı başvurulduğu açıklık taşımayabilir<sup>172</sup>. Bu gibi açık olmayan hallerdeyse menfaat kriterinin esas alınması yol gösterici olabilecektir<sup>173</sup>. Bu cümleden olmakla vekilin üçüncü kişiyi kendi menfaatine görevlendirmesi halinde TBK md. 116 hükmü kapsamına giren yardımcı kişiden faydalanılmaktadır. Vekil, kimi durumlarda gerekli bilgi ve yeteneği haiz olmamasına rağmen büyük ve geniş çapta bir iş sahası oluşturmakta ve kendi menfaatine yardımcı kişiden faydalanmaktaysa TBK md. 116 hükmünün uygulama alanı bulacağı ifade edilmelidir. Burada faaliyet sahasının genişlemesinin vekilin menfaatine olduğu düşünülmelidir. Buna karşılık vekilin kendi menfaatine değil de müvekkil menfaatine ve sırf vekaleti gereği gibi ifa etmek için yardımcı kişiden örneğin bir uzmandan faydalanması halinde ikame vekaletten söz edilmelidir<sup>174</sup>. Örneğin hastayı muayeneye hazırlayan kişi TBK md. 116 hükmü kapsamında bir yardımcı kişi olduğu halde seyahat nedeni ile hastanın başka bir hekime emanet edilmesi halinde ikinci hekim alt vekildir<sup>175</sup>.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer ölçüt ise yüklenilen işin kendi denetim ve gözetiminde olmaksızın, bağımsız biçimde başkasına bırakılıp bırakılmadığıdır. Hekimin, sözleşme ile üstlendiği iş görme ediminin tamamı veya bir kısmını,

---

<sup>171</sup> Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Nr.40b. Karş. Bucher, **OR 394-406**, s. 232. Kaim kişi, borçlu yerine, alacaklıya karşı alacaklının çıkarını koruyan ve sorumluluğu üstlenen kişidir. Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, §2, N. 2, s. 23.

<sup>172</sup> Tereddüt halinde üçüncü kişinin TBK md. 116 hükmü kapsamında yardımcı kişi olarak kabul edilmesinin yerinde olduğu yönünde bkz. Parlak/Börü, **Alt Vekalet**, s.28.

<sup>173</sup> Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 145-146; Parlak/Börü, **Alt Vekalet**, s. 26.

<sup>174</sup> Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 146.

<sup>175</sup> Weber, **OR Art 398**, p. 4; Akipek, **Alt Vekalet**, s. 144. Bu konuda avukatlara yönelik verilen bir başka örnek olarak vekalet verilen avukatın vekaleti tevdi etmesi hali gösterilebilir. Bir avukata vekalet verilmesi; ancak bu avukatın mesleki mazereti nedeni ile duruşmaya katılmasının mümkün olmaması ve bürosunda çalışan başka bir avukata yetki vermesi halinde burada TBK md. 116 hükmü uygulanmalıdır. Zira müvekkil esasen vekalet verdiği avukat haricinde başka bir avukatın duruşmasını takip etmesini istemeyecektir. Dahası burada avukattan yardımcı kişi olarak faydalanan asıl iş gören-avukatın faaliyet sahası kendi menfaatine genişlemektedir. Buna karşılık bağımsız bir avukata vekalet verilmesi ve bu avukatın iş görmesinin belirli bir nedenle mümkün olmaması halinde işi tevdi etmesi durumunda ikame vekalet söz konusu olabilir. Zira bu durumda avukat, işi uzman üçüncü kişi vasıtası ile yürüterek kendi faaliyet sahasını genişletmemektedir, buradaki menfaat müvekkilin amaçlanan sonucu alması yönündeki menfaatidir. Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 146-147.

kendisine düşen edim yükümlülüğünden kurtularak bağımsız olarak başkasına bırakması halinde ikame söz konusu olacaktır<sup>176</sup>.

Burada, uygulamada sıklıkla kendilerinden faydalanılması hasebi ile özellikle hemşirelerin ve konsültan hekimin sorumluluğunu belirlemek önemlidir. Hemşirelerin; borca aykırılık halinde hekimlerin sorumluluğuna gidilmesinin önüne geçen bağımsız görevlerinin mevcut olup olmadığını belirlemek önemlidir. Benzer bir tartışma konsültan hekimlerin fiilleri açısından gündeme gelmelidir. Keza konsültan hekimin ve asli hekimin sorumluluğu, konsültan hekimin ifa yardımcısı ya da ikame hekim olarak nitelendirilmesine bağlı olarak değişecektir. Aynı zamanda, tıbbi müdahalelerin kimi durumlarda çok karmaşık olması ve vücudun birden fazla kısmına sirayet eden vakaları birden fazla hekimin yönetmesi karşısında bu hekimlerin hukuki sorumluluklarının belirlenmesi gerekmektedir. Burada birden fazla hekimi TBK md. 511/f.II fıkrası uyarınca birlikte vekil<sup>177</sup> olarak nitelendirdiğimizde hastaya karşı her bir hekim müteselsil olarak sorumlu olacaktır. Ancak bu hekimlerin somut olayda ikame vekil olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Uygulamada sorumluluğun belirlenmesine hizmet etmesi ve özellikle özen kavramının her bir sorumlulukta üstlendiği farklı fonksiyon gereği bu uygulamalara ilişkin kanaatimiz aşağıda yer almaktadır.

## **(1) Hekimin Borcun ifasında Yardımcı Kişi Kullanması**

### **i. Hekimlik Sözleşmesinde Yardımcı Kişiler**

TBK md. 116 hükmü uyarınca hekim; borcun ifasını ya da borç ilişkisinden doğan hakkını yardımcı kişiye kanuna uygun suretle bırakmış dahi olsa, bu kişilerin işi yürütürken karşı tarafa vermiş olduğu zarardan sorumludur.

---

<sup>176</sup> Weber, **OR Art 398**, p. 3; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 460 ve 218'de belirtili yazarlar.

<sup>177</sup> Birden fazla hekimin aynı hastanın şikayetlerinin giderilmesi için teşhis ve tedaviyi birlikte üstlenmeleri halinde birlikte vekalet söz konusudur. Öte yandan bir kardiyoloğun muayene üzerine ameliyata lüzum görmesi ve ameliyatın kalp damar cerrahisi tarafından gerçekleştirilmesinde de iş birliği vardır. Ne var ki burada birlikte vekalet için gerekli birlikte hareket iradesi yer almamaktadır. Canyürek, **Maddi Fiillere İlişkin Vekalet**, s. 184. Karş. Yakup Korkmaz, "Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaşılması Sorunu", **TBB Dergisi**, Ocak 2019, s. 239-302, s. 295.

Hekimlik sözleşmelerinde hekimin yardımcı kişi olarak başta hemşire olmak üzere ebe, hasta bakıcı, anestezi teknisyeni, odyolog, dil ve konuşma terapistleri, görüntüleme teknikerleri, acil tıp teknikerleri gibi kişilerden faydalanmaları mümkündür. Burada yardımcı kişi ile hekim arasında hizmet sözleşmesi bulunması zorunluluğu olmamakla birlikte yardımcı kişinin borcun ifasına ya da hakkın kullanımına borçlu-hekimin rızasına binaen katılması gerekli ve yeterlidir<sup>178</sup>. Bu şekilde yardımcı kişi kullanan hekim, yardımcı kişinin işi yürüttüğü sırada hastaya verdiği zarardan sorumludur<sup>179</sup>. Adam çalıştırmanın sorumluluğundan farklı olarak hekim, yardımcı kişiyi seçmede, gözetimde veya ona talimat vermede gereken özeni gösterdiğini ispat etmek sureti ile sorumluluktan kurtulamayacaktır<sup>180</sup>. Hekim, yardımcı kişinin kusuru bulunmasa dahi, örneğin hemşirenin ani olarak ayırt etme gücünü kaybettiği esnada hastaya vermiş olduğu zarardan sorumlu olacaktır<sup>181</sup>. Ne var ki hekim borç bizatihi kendisi tarafından ifa edilmiş olsaydı hastada doğan zarardan sorumlu tutulmayacaktıysa, yardımcı kişinin bu fiilinden hekimin sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir<sup>182</sup>.

Hekimin yardımcı kişi kullanması durumuna daha ziyade hekimlik sözleşmesinde borcun ifası aşamasında rastlanılmaktadır. Gerçekten hekim, sözleşme ile üstlenmiş olduğu teşhisi koyarken, hastayı tedavi ederken ya da diğer tıbbi

---

<sup>178</sup> Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 151.

<sup>179</sup> TBK md.116/f.I. Hasta ile yardımcı kişiler arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından hasta yardımcı kişilere yönelteceği davada haksız fiil hükümlerine dayanacaktır. Yardımcı kişilerin zarara sebebiyet veren fiili aynı zamanda haksız fiil oluşturmaktaysa bu halde hekime TBK md. 66 hükmüne binaen adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında dava yöneltilebilir. Ancak bunun için hekim ile yardımcı kişi arasında istihdam ilişkisi bulunması gereklidir. Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 68. Hekimin muayenehanesinde bulunan yardımcı kişiler ile hekim arasında istihdam ilişkisi bulunmaktadır. Ancak bizatihi hekimin hizmet sözleşmesi ile bağlı olduğu özel hastanede çalışan yardımcı kişiler ile hekim arasında istihdam ilişkisi bulunduğu kolaylıkla söylenemeyebilir. Bu hususun somut olayda ayrıca tespiti gerekmektedir. Bu halde hekimin adam çalıştırarak sorumluluğu ile hekimin borcun ifasında yardımcı kişi kullanması nedeni ile sorumluluğu yarışacaktır. Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art. 398, Nr. 32a; Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt 2**, p. 442, s. 145. Hekimin, TBK md. 66 hükmünden doğan sorumluluğunda, yardımcı kişileri seçmede, denetlemede ve onlara talimat vermede gerekli özeni gösterdiğini ispat eden hekim sorumluluktan kurtulacaktır. Bu nedenle hastanın, hekimin sözleşmesel sorumluluğunu esas alması hasta lehine olacaktır. Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s 827-828.

<sup>180</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1395, s. 449; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s 827-828.

<sup>181</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1395, s. 449; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1213.

<sup>182</sup> Bu değerlendirilmede hekimin kişisel yeteneği değil yardımcı kişiye bıraktığı iş için gereken yetenek esas alınacaktır. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1398, s. 450. Üstlenilen borcun mahiyeti ve niteliğine uygun teknik bilgi ve kabiliyetin nazara alınacağı yönünde Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 216. Yerine tıp öğrencisini ikame eden uzman hekimin; öğrencinin, uzman hekimin göstereceği özeni göstermemesi nedeni ile sorumlu olacağı yönünde Parlak/Börtü, **Alt Vekalet**, s. 35.

müdahaleleri gerçekleştirirken birçok aşamada yardımcı kişi kullanmaktadır. Hekimin yardımcı kişi kullandığı hallerde bunun caiz olup olmadığı yardımcı kişiye bırakılan işe göre değerlendirilir<sup>183</sup>. Örneğin hastanın ameliyata hazırlanması, hastaya iğne yapılması gibi faaliyetlerin yardımcı kişiye bırakılmasının caiz olduğu değerlendirilmektedir<sup>184</sup>. Buna karşılık hastaya teşhis koyabilmek adına hastanın muayene edilmesi işinin hemşireye bırakılması halinde hekimin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varılır.

Hekimin yardımcı kişi olarak bir başka hekimin bilgi ve becerisinden faydalanması da söz konusu olabilir. Bir muayenehanede birlikte çalışan hekimlerden birinin, diğer hekimin yanında işin kendisine ikamesi boyutuna varmayan faaliyette bulunması hali buna örnektir. Ancak hastaya yönelen tıbbi faaliyet tüm hekimler tarafından birlikte üstlenilmişse burada müteselsil borçluluk söz konusudur. Buna karşılık hastaya yönelik iş görmenin birlikte üstlenilmediği ve asıl hekimin şahsen ifa ile mükellef olduğu işler haricinde kalan faaliyetlere katılan hekimler yardımcı kişidir<sup>185</sup>. Şu da belirtilmelidir ki hekimlik sözleşmesinde yardımcı kişilerin sağlık mensubu olma zorunlulukları bulunmamaktadır<sup>186</sup>. Aksine temizlik görevlisi, sekreter gibi sağlık mensubu olmayan kişiler de diğer şartları mevcutsa hekimin TBK md. 116 hükmü anlamında yardımcı kişisi olarak kabul edilecektir. Ancak önemine binaen hekimin uygulamada sıklıkla faydalandığı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna ayrıca yer verilmiştir.

## ii. İntörn ve Asistan Hekimlerin Fiillerinden Sorumluluk

Uygulamada intörn hekim ya da intörn olarak ifade edilen kişiler, Tıp Fakültesi eğitimini almaya devam eden ve poliklinik aşamasına gelmiş son sınıf öğrencileridir. Bu kişiler henüz herhangi bir Tıp Fakültesinden mezun olmadığından

---

<sup>183</sup> Ott, **Haftung**, s. 67. Bu değerlendirmede bırakılan işin zorluğu, tehlikeliliği, hastanın müdahaleye vereceği tepkinin belirli olup olmaması gibi etkenler göz önünde bulundurulmalıdır. Kern, (Lauf, Kern), **Handbuch des Arztes**, § 45, Nr. 5.

<sup>184</sup> Ott, **Haftung**, s. 67; Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 68.

<sup>185</sup> İlkay Ekici, “Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısının Fiillerinden Doğan Sorumluluk”, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2016, s.66-67.

<sup>186</sup> Sözleşmenin hasta ile hekim arasında olması ve bazı hizmetler bakımından sağlık kurumundan faydalanılması halinde bu kurumun, hekimin yardımcı kişisi olacağı yönünde Ekici, **Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısı**, s. 84.

hekim statüsünde değildir<sup>187</sup>. Ne var ki altıncı sınıf öğrencisi olan intörnlerin bu son eğitim yılında daha evvel eğitimini aldığı teorik bilgilerin klinik uygulamalarını yapmaları amaçlanmaktadır. Yine bu eğitim yılında hekimlik uygulamasında deneyim oluşturmak ve kişiyi yalnız başına klinik uygulama yapma becerisine getirmek amaçlanmaktadır<sup>188</sup>. Diğer bir ifade ile intörlük, Tıp Fakültesi öğrencisinin altıncı sınıf eğitim dönemine kadar edinmiş olduğu tüm bilgilerin uygulamaya döküldüğü eğitim yılını ifade etmektedir<sup>189</sup>. Bu amaç doğrultusunda intörnler sorumlu öğretim üyesinin danışmanlığında klinik birimlerde poliklinik uygulamasına katılmakta ve öğretim üyesi sorumluluğunda tıbbi girişimlerde bulunmaktadır<sup>190</sup>. İntörn, sorumlu uzman hekim, asistan hekim ve öğretim üyesi eşliğinde hastaya yönelik tüm tıbbi faaliyet sürecine (hastaya teşhiste bulunmak amacı ile öyküsünün alınması, teşhis konması, tedavi, hasta bakımı ve benzeri tüm tıbbi faaliyetler) katılmaktadır<sup>191</sup>.

İntörn programı amacından anlaşılacağı üzere intörnler, sorumlu hekim eşliğinde teorik bilgilerini klinik uygulamaya dönüştürmektedir. Bu amaçla esasen hekim tarafından yapılması mümkün tüm işlemler tecrübe kazanması maksadı ile intörnler tarafından eğitimlerinin son yılında gerçekleştirilmektedir. Ancak intörnler, tıbbi faaliyetleri tek başına yürütemeyecektir. Aksine sorumlu uzman, öğretim üyesi ve asistan gözetim ve denetiminde tıbbi faaliyetlere katılırlar. Bu cümleden olmakla esasen sorumlu hekimin yardımcı kişisi hukuki statüsündedirler. Bu kapsamda intörnlerin borca aykırı davranış nedeni ile hastaya vermiş olduğu zararlardan hekimi TBK md. 116 hükmü kapsamında sorumlu olacağı düşünülebilir<sup>192</sup>. Burada bir görüş, intörnlerin tıbbi müdahalede bulunabilmeleri bakımından mevzuatta hüküm bulunmaması nedeni ile intörn tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin hukuka

---

<sup>187</sup> TŞSTİDK md. 2.

<sup>188</sup> 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu md. 14 hükmüne dayanılarak hazırlanan Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin *İntörlük* başlıklı 26. maddesi, intörlük programının amacını ortaya koyan örnek bir düzenlemedir.

<sup>189</sup> Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği md. 26/IV/a.

<sup>190</sup> Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi İntörn Doktorluk Yönergesi md.4/a,b.

<sup>191</sup> İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi İnternlik Dönemi Yönergesi md.6/a, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi İntörn Doktorluk Yönergesi md.22/a.

<sup>192</sup> Bu yönde Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 6.

aykırı olduğu ve borcun ifasında intörden faydalanmanın caiz olmaması nedeni ile yardımcı kişi kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir<sup>193</sup>.

Kanaatimizce hekimlerin, intörnlerin fiillerinden sorumluluğu kamu hukukuna tabidir. Keza Tıp Fakültesi eğitiminin son yılını ifade eden intörn uygulaması sadece tıp eğitimi verilen kurumlarda söz konusu olacaktır. Üniversite hastanelerinin kamu hastanesi statüsünde olması nedeni ile buradaki sorumluluğun kamu hukuku kurallarına göre çözülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Benzer durum asistan hekimler için de geçerlidir. Intörden farklı olarak asistan hekim, Tıp Fakültesi eğitimini bitirmiş ve diplomasını almış olması nedeni ile TŞSTİDK md.2 hükmü doğrultusunda hekim statüsündedir<sup>194</sup>. Asistan hekimler, Tıp Fakültesi uzmanlığına ilaveten tıpta uzmanlık sınavını kazanarak belirli bir uzmanlık dalında (örneğin göz anabilim dalında görevli asistan hekim) eğitimlerine devam etmektedir. Asistan hekimler de görev yaptığı uzmanlık dalında görevli uzman hekimlerin gözetim ve denetimi altında faaliyette bulunabilir<sup>195</sup>. Burada asli sorumluluk asistan hekimin eğitiminden sorumlu olan uzman hekimdedir. Asistan hekim kendisine bırakılan işlerde uzman hekimin yardımcı kişisidir. Bu kapsamda asistan hekimlerin borca aykırı davranışlarından sorumluluğunun TBK md. 116 hükmüne tabi olduğu görüşü mevcuttur<sup>196</sup>. Asistan hekimlerin ancak kamu hastanesi niteliğinde olan üniversite ile eğitim ve araştırma hastanelerinde görev yapabiliyor olmasının yanı sıra bu kurumlarda çalışan hekimlerin de kamu hukukuna tabi olması nedenleri ile asistan veya intörnlerin vermiş olduğu zararlardan doğan sorumluluğun kamu hukukuna tabi olduğu kanaatindeyiz.

---

<sup>193</sup> Ekici, **Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısı**, s. 66. Yardımcı kişi kullanılmasının borca aykırı olduğu hallerde sorumluluğun TBK md. 112 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1381, s. 446; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1210. TBK md. 116 hükmünün uygulama alanının, yardımcı kişinin caiz olduğu haller ile sınırlı tutulmaması gerektiği yönünde Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 113.

<sup>194</sup> Asistan hekim ve cerrahi müdahalede bulunan asli hekim arasında altlık-üstlük ilişkisi (hiyerarşi) bulunmakta ve bu durum dikey iş birliğine örnek teşkil etmektedir.

<sup>195</sup> Detaylı bilgi için bkz. Michelle Abanador, **Die Zulässigkeit der Substitution ärztlicher Leistungen durch Leistungen nichtärztlichen Pflegepersonals**, Düsseldorf Rechtswissenschaftliche Schriften 94, 2011, s. 25vd.

<sup>196</sup> Topuz, **Özen Borcu**, s.109,

### iii. Hemşirelerin Fiillerinden Sorumluluk

Hekimlerin hasta ile arasındaki borç ilişkisinin ifasında faydalandığı kişilerin başında hemşireler gelmektedir.

Hemşirelerin görevleri Hemşirelik Kanununda<sup>197</sup> tanımlanmıştır. Buna göre hemşireler, acil haller dışında hekim tarafından yazılı olarak verilen tedaviyi uygulamak, bireylerin hemşirelik girişimleri ile karşılanabilecek ihtiyaçları çerçevesinde hemşirelik bakımını planlamak ve uygulamakla görevli sağlık personeli<sup>198</sup>. Kanun'un 4. maddesine dayanılarak düzenlenen Hemşirelik Yönetmeliği'nde<sup>199</sup> hemşirelik hizmetleri arasında bireylerin iyileştirilmesi ve yaşam kalitesinin artırılması amacıyla bakım sunma, hekim tarafından hazırlanan tıbbi tanı ve tedavi planının oluşturulması ve uygulanması sayılmıştır<sup>200</sup>. Yine Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde<sup>201</sup> hemşirelerin; hastaların ilaçlarını tatbik edeceği, enjeksiyon yapacağı ve bunları hemşire notuna kaydedeceği belirtilmiştir<sup>202</sup>. Bu hizmetler arasında sayılan tıbbi tanı ve tedavinin uygulanması noktasında acil durumlar dışında hekimin yazılı talimatı gerekmektedir. Beklenmeyen, ani gelişen veya acil durumlarda uygulanması gereken tanı ve tedavi planlarında ise istisnai olarak istem sözlü olabilecektir<sup>203</sup>.

Hemşirelik Kanunu ve bu Kanun'a dayanılarak hazırlanan Hemşirelik Yönetmeliği'nde yer alan mezkur düzenlemelerden görüleceği üzere hemşirelerin asli görevi, onlara hekim tarafından yazılı ya da belirli durumlarda sözlü olarak verilen istem uyarınca gerekli tedaviyi uygulamaktır. Burada hemşire, hekimlerin TBK md. 116 hükmü anlamında yardımcı kişisidir<sup>204</sup>. Ancak hemşirelerin tek görevi

---

<sup>197</sup> RG 2.3.1954, 8647.

<sup>198</sup> Hemşirelik Kanunu md.4/f.I.

<sup>199</sup> RG 8.3.2010, 27515.

<sup>200</sup> Hemşirelik Yönetmeliği md. 5/1/a.

<sup>201</sup> RG 13.1.1983, 17927.

<sup>202</sup> Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği md. 132/III/b.

<sup>203</sup> Hemşirelik Yönetmeliği md. 6/1/c.

<sup>204</sup> Kamu hastanesinde çalışan hemşire ile hasta arasındaki ilişki kamu hukuku kurallarına tabi olacaktır. Özel hastanede çalışan hemşirenin hastaya verdiği zarardan sorumluluğunun haksız fiile dayandığı yönünde Deryal, "Hemşirenin Hukuki Sorumluluğu", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010**, Ankara Barosu Yayınları, 2011, s.416-440, s. 427.



bu değildir. Hemşirelik girişimi ve hemşirelik tanılama süreci olarak tanımlanan bazı işlemlerde hemşirelere, hekimden bağımsız görevler verilmiştir<sup>205</sup>.

Hemşirelik Yönetmeliği'nin *Hemşirelik Girişimi* başlıklı 3 numaralı ekinde hemşirelik girişimleri ve hangi girişimlerin hemşire tarafından bağımsız olarak yapılacağı düzenlenmiştir. Gerçekten *Hemşirelik Girişimi* başlıklı Ek-3, üç ayrı bölüme ayrılmıştır. Her bir girişimin yanında bu girişimin nasıl uygulanacağı (hemşirelik kararı ile uygulanacağı, hekim kararı ile uygulanacağı veya hemşirenin, girişimi hekim ile birlikte yapacağı) belirtilmiştir.

Örneğin hastanın vücut sıcaklığı, nabız ve kan basıncı ile solunumuna ilişkin fiziksel değerlendirmeler, hemşirelik kararı ile uygulanacaktır<sup>206</sup>. Burada hemşirenin, hekimden bağımsız bir görevinin mevcudiyeti söz konusudur. Allerjenlerle epidermal deri testine yönelik hemşirelik girişimi ise ancak hekim kararı akabinde uygulanabilir<sup>207</sup>. Şu halde hemşirenin bu şekilde deri testine yönelen tanı işlemi için hekimin bu yönde karar almış olması gerekmektedir. Trakeotomi işlemi gibi fizyolojik kompleks gereksinimlere yönelik girişim ise hemşire ve hekimin iş birliğinde yapılacaktır<sup>208</sup>. Burada hekimin bu yönde kararı olsa dahi hemşirenin tek başına girişimde bulunması hukuka aykırıdır.

İşte bu noktada hemşirelerin, Hemşirelik Yönetmeliği ekinde yer alan ve “hemşirelik kararı” ile girişimde bulunabileceği durumlarda sorumluluğunun hekimlerden bağımsız olup olmadığı hususu tartışılmalıdır. Benzer tartışma Hemşirelik Yönetmeliği'nin *Çalışılan Birim/Servis/Ünite/Alanlara Göre Hemşirelerin Görev, Yetki ve Sorumlulukları* başlıklı iki numaralı Eki'nde belirtilen bazı bakım işleri için de geçerlidir. Mezkur ek incelendiğinde hemşirelik bakımının, hemşirenin görev yaptığı alana göre değiştiği görülmektedir. Örneğin yoğun bakım hemşireliğinde hemşirelik bakımı; nörolojik hastalıkları olan bilinci kapalı hastaların

---

<sup>205</sup> Zekeriya Kurşat, “Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu”, *İÜHFİM*, C.66, Sa.1, 2008, s. 293-322, s. 293.

<sup>206</sup> Hemşirelik Yönetmeliği Ek-3 Hemşirelik Girişimi I. Veri Toplama/Fiziksel Değerlendirme başlığı altında yer almaktadır.

<sup>207</sup> Hemşirelik Yönetmeliği Ek-3 Hemşirelik Girişimi I. Veri Toplama/Tanı işlemleri, Örnek Alma başlığı altında yer almaktadır.

<sup>208</sup> Hemşirelik Yönetmeliği Ek-3 Hemşirelik Girişimi V. Tedavi ve Sağlık Bakımı Ekibi ile Ortak Bakım Girişimlerinin Uygulanması başlığı altında yer almaktadır.

izlemine ve uygun pozisyon verilmesini işaret ederken<sup>209</sup> acil servis hemşirelerinde bu görev hastaların monitorizasyonunu (EKG sağlamayı da içeren bakım işlerinin tümünü) kapsamaktadır<sup>210</sup>. İşte hemşirenin hekimlerden ayrı ve bağımsız olarak yürüttükleri işler nedeni ile hekimin yardımcı kişisi olarak değil de bağımsız olarak sorumlu olup olmadığının tespiti önemlidir.

Kanaatimizce hekimlerin, hemşirelerin fiillerinden sorumluluğunu tespit ederken farklı ihtimalleri nazara almak uygun olacaktır.

İlk ihtimalde hasta, sağlık hizmetinden faydalanmak amacı ile serbest muayenehanesinde faaliyette bulunan hekim ile sözleşme ilişkisine girmektedir. Hekimin, muayenehanesinde faaliyet yürüten hemşirenin hastaya vermiş olduğu zararlardan TBK md 116 hükmü uyarınca sorumlu olacağını kabul etmek gerekmektedir.

Muayenehanede yürütülen sağlık hizmetleri akabinde hastanın tedavisinin cerrahi bir müdahale ile yapılmasına karar verildiğinde bu cerrahi müdahale ve bunu izleyen tıbbi bakım, yataklı tedavi hizmeti veren özel hastanede gerçekleştirilecektir. Bu ihtimalde hasta, hastane ile bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesine tarafken hekim ile arasında kurulmuş ayrı bir hekimlik sözleşmesi mevcuttur. Hastanın cerrahi müdahale sonrasında pansumanlarının doğru yapılmadığı ve bunun hastada zarara neden olduğu varsayımında, hemşireyi hekimin ifa yardımcısı kabul etmek her zaman hakkaniyetli olmayabilecektir. Burada hekimin sorumluluğunu, tıbbi müdahaleyi yürütmek ve bu müdahalenin başarılı sonuca ulaşması için gerekli kontroller ve tetkikleri yapmakla sınırlamak; tıbbi bakımın neden olduğu zarardan ise TBK md. 116 hükmü uyarınca hastaneyi sorumlu tutmak uygun olacaktır. Esasen hekim, hemşirelere Kanun ve Yönetmelik ile tanınan bağımsız bakım görevlerini yerine getirmek için uygun bilgiyi haiz değildir. Hasta da hekimin sadece cerrahi müdahaleyi özen yükümlülüğüne uygun olarak yürütmekle yükümlü olduğunu bilmektedir. Bu nedenle hekimin, bu ihtimalde, borcunun ifasının sınırlarını aşan

---

<sup>209</sup> Hemşirelik Yönetmeliği Ek-2 Çalışılan Birim/Servis/Ünite/Alanlara Göre Hemşirelerin Görev, Yetki ve Sorumlulukları A/1/h.

<sup>210</sup> Hemşirelik Yönetmeliği Ek-2 Çalışılan Birim/Servis/Ünite/Alanlara Göre Hemşirelerin Görev, Yetki ve Sorumlulukları B/1/b.

tıbbi bakımın yürütülmesi esnasında tanımadığı diğer sağlık görevlilerinin sorumluluğunu tekeffülü adil sonuçlar doğurmayabilecektir. Durum böyleyken hekimin kendi tıbbi ekibine sahip olması halinde tıbbi ekibine dahil hemşirenin fiillerinden sorumluluğunun TBK md 116 hükmüne tabi olacağına tereddüt etmemek gerekmektedir.

İkinci ihtimalde ise hasta, hastane ile hastaneye tam kabul sözleşmesi akdetmektedir. Buna ilaveten tıbbi faaliyetlerin yürütülmesi hususunda hastanede çalışan bir hekim ile kurduğu ayrı bir hekimlik sözleşmesinin tarafıdır. Yukarıda söylediklerimize paralel olarak bu ihtimalde de tıbbi bakıma yönelik bağımsız görevlerinin ifası esnasında verilen zararlardan TBK md. 116 hükmü uyarınca hastanenin sorumlu tutulması doğru olacaktır.

Ancak her iki ihtimalde de tıbbi müdahalenin yürütülmesi esnasında hemşirenin verdiği zarardan, hekimin, TBK md. 116 hükmü uyarınca sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Zira hekimin borcunun konusu tıbbi faaliyeti yürütmek olup hemşirenin, borcun ifasına hekimin rızasına binaen katılması yeterlidir. Burada hemşirenin, kendisine yasalar ile tanınan ve hekimden bağımsız bir faaliyet alanında hizmet vermiş olmasının önemi olmamalıdır. Bu durumu bir örnek ile izah etmek belirtilen bu tartışmayı açıklamak için uygun olacaktır. Yargıtay kararına konu bir olayda hasta vücudunda sargı bezi, tampon gibi yabancı cisim unutulması hallerinde hekimin ağır tedavi hatasının mevcut olduğu belirtilmektedir<sup>211</sup>. Esasen ameliyat esnasında kullanılan sargı bezi, iğne, bisturi ve diğer aletlerin ameliyat öncesinde ve sonrasında sayımının yapılarak vücutta yabancı bir cisim bırakılmasının önüne geçilmesi hemşirelerin görevleri arasında yer almaktadır<sup>212</sup>. Bu görev hemşirelik kararı ile uygulanabilen girişimler arasında sayılmıştır. Başka bir deyişle hemşirenin bu görevi hemşireye yasa ile tanımlanan ayrı ve bağımsız bir görevdir. Ne var ki hasta karşısında sözleşmenin tarafı olmayan hemşire, hastanın sözleşme ilişkisi içerisinde yer aldığı diğer tarafın yardımcı kişisi olarak bu faaliyette bulunmaktadır.

<sup>211</sup> Yarg. 13 HD. T. 14.3.1983 E. 1982/7237 K.1983/1783, (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 14 Mart 2019.

<sup>212</sup> Hemşirelik Yönetmeliği Ek-3 Hemşirelik Girişimi V. Tedavi ve Sağlık Bakımı Ekibi ile Ortak Bakım Girişimlerinin Uygulanması başlığı altında yer almaktadır. Ameliyat öncesi gaz bezi, iğne, bisturi ve diğer aletlerin sayımının yapılması, gerektiğinde sayım tahtasına yazılması ile ameliyat sonunda spanç, alet, iğne sayımlarını güvenli bir şekilde yapma ve kaydetme gibi girişimler hemşirelik kararı ile uygulanan girişimlerdir.

Bu kapsamda bağımsız görevine rağmen hemşirenin bu faaliyeti yürütürken hastaya vermiş olduğu zarardan, hekim, TBK md. 116 hükmü kapsamında sorumludur. Hemşirenin hastaya vermiş olduğu zarardan doğrudan sorumluluğu ise ya onun haksız fiilinden söz edilebildiği hallerde ya da hasta ile bakıma yönelik sözleşmenin tarafını teşkil ettiği hallerde söz konusu olacaktır<sup>213</sup>. Ancak hekimi, tıbbi faaliyet borcunun sınırlarını aşan bir durumda hemşirenin hastaya verdiği zarardan sorumlu tutmak uygun olmayacaktır. Örneğin hekim, hasta ile arasındaki akdedilen sözleşme uyarınca cerrahi müdahaleyi tıbbi standartlara uygun yerine getirmiş ve hastanın düzenli kontrollerini yapmış olsun. Hastanın, hastanede yattığı sürece tıbbi bakımı esnasında uygun konumlandırılmamış olması nedeni ile yatak yarasına sahip olması halinde hemşirenin verdiği bu zarardan hekimi değil TBK md. 116 hükmü uyarınca hastaneyi sorumlu tutmak gerekecektir.

#### **iv. Hekimin, Anestezi Uzmanının Hastaya Verdiği Zarardan Sorumluluğu**

Cerrahi branşlar açısından tedavi çoğunlukla cerrahi operasyonu da içerisine alan geniş bir kavramdır. Burada cerrahi operasyonların çoğunda hastanın bölgesel ya da tamamen uyutulması söz konusu olduğundan hekim, anestezi uzmanı ile iş birliği yapma mecburiyetindedir. Zira hekim, ayrı bir anabilim dalı olan Anestezi ve Reanimasyonun görev alanına giren konularda bilgi sahibi değildir. Anestezi uzmanı ve teknikerlerin görevleri müdavi hekimin faaliyet alanından tamamen bağımsız ve farklıdır. Bu kapsamda anestezi uzmanlarının faaliyet alanına giren bir safhada (örneğin müdahale öncesi anestezi tekniğinin uygulanması ya da müdahale sonrası hastanın hayati fonksiyonlarının tekrar kazandırılması esnasında) hastaya verilen zarardan hekimin sorumlu tutulup tutulmayacağı incelenmelidir. Kanaatimizce burada, hemşirelerin fiilinden sorumluluk başlığı altında yaptığımız ayrımlardan faydalanmak uygun olacaktır.

Hastanın, *hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinin* veya *bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin* tarafı olması halinde; anestezi uzmanının

---

<sup>213</sup> Kurşat, **Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu**, s. 304; Deryal, **Hemşirenin Hukuki Sorumluluğu**, s. 427.

verdiği zararlardan hastanenin (hekimin değil), TBK md. 116 hükmü uyarınca sorumluluğunu kabul etmek uygun olacaktır. Keza bu ihtimalde anestezi uzmanı hekim, asıl hekimden bağımsız olarak, hastayla görüşerek ameliyatın özelliği, hastanın hastalık öyküsü ve vücut özelliklerini dikkate alarak uygun anestezi tekniğini tespit etmektedir. Bu esnada tespit edilecek anestezi tekniğinin komplikasyonları hususunda hasta sözlü ve yazılı olarak anestezi uzmanı tarafından aydınlatılmaktadır<sup>214</sup>. Hasta da cerrahi müdahalenin bir ekip işi olduğunu ve anestezi uzmanı ile hekimin birbirinden tamamen bağımsız faaliyetler yürüttüğünü bilmektedir. Bu niteliğinden dolayı hekimi, anestezi uzmanının verdiği zarardan TBK md. 116 hükmü uyarınca sorumlu tutmanın hakkaniyetli olmayacağı düşünülmektedir. Bu durumu bir örnek ile açıklamak uygun olacaktır. Hastanın vücut yapısını, hastalık öyküsünü ve ameliyatın özelliğini dikkate alarak uygun anestezi tekniğini tespit etmekle yükümlü olan anestezi uzmanının bunlardan bir veya birkaçını göz ardı etmesi neticesinde hastanın bünyesine uygun olmayan anestetik tatbik ettiğini düşünelim. Hastanın henüz cerrahi müdahaleye hazır hale getirilirken (asıl hekim cerrahi operasyona başlamadan evvel) ölmesi ihtimalinde, burada hekimi sorumlu tutmak doğru olmayacaktır<sup>215</sup>. Burada hastanenin ifa yardımcısı olan anestezi uzmanı, hekimin cerrahi müdahalesine, durumun zorunlu olması nedeni ile katılmaktadır. Ancak hekimin, kendi tıbbi ekibine sahip olması ve cerrahi müdahaleleri kendi tıbbi ekibi ile yönetmesi halinde, anestezi uzmanının vermiş olduğu zararlardan TBK md. 116 hükmü kapsamında sorumlu olacağına tereddüt etmemek gerekmektedir.

#### **v. Hekimin, Borcun İfasında Kullandığı Araçların Hastaya Verdiği Zarardan Sorumluluğu**

Teknolojinin gelişmesi ve buna paralel olarak bilgisayar kullanımındaki artış beraberinde elektronik araçların günlük hayatımızın her alanında etkili olmasına neden olmuştur. Bu durumun tıp alanındaki yansımalarına bakıldığında hekimlerin

---

<sup>214</sup> Anestezi uzmanının, asli hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeni ile doğan zarardan sorumlu olmadığı yönünde bir karar için bkz. OLG Hamm, Urt v 1.12.2003- 3 U 128/03, VersR 2002, 1151-1153, Kern, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztes**, § 157, s.18.

<sup>215</sup> Benzer yönde bir karar için bkz. OLG Naumburg, Urt v 14.9.2004 – 1 U 97/03, MedR 2005, 232-234.

de günümüzde birçok faaliyet sahasında bilgisayar programlarından faydalandığı görülecektir. Bu şekilde özellikle borcun ifası aşamasında kendisinden faydalanılan elektronik araçların başında cerrahi navigasyonlar (bilgisayar destekli cerrahi) ve robotik cerrahi araçları gelmektedir<sup>216</sup>. Günümüzde özellikle beyin ve sinir cerrahisi ile kulak burun boğaz cerrahisi alanında yaygın olarak kullanılan cerrahi navigasyonlar sayesinde ameliyatlarda komplikasyon riskinin azaltıldığı belirtilmektedir<sup>217</sup>. Bu cihazların doğru kullanım amacı ile ameliyat öncesinde hastaya yapılan bilgisayarlı tomografi ve magnetik rezonans gibi tetkik sonuçları navigasyon cihazının bilgisayar sistemine yüklenmektedir<sup>218</sup>. Yön bulma veya yönlendirme sistemi olarak da ifade edilebilen cerrahi navigasyon ve nöronavigasyon cihazları ile operasyonun gerçekleştirileceği hedefe gerçeğe en yakın milimetrik sapmalarla ulaşılmakta ve bu sayede operasyon alanına yakın dokuların zarar görmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır<sup>219</sup>.

Bir görüntüleme sistemi olan navigasyon sistemi sayesinde hekim, müdahalede bulunduğu alanı monitör vasıtası ile daha yakından görebilmektedir. Örneğin burundan endoskop yardımı ile girilerek yapılan sinüs ameliyatında hekimin faaliyet alanının sınırı, kafa tabanıdır<sup>220</sup>. Hekim, kafa tabanına zarar vermeden sinüs ameliyatını gerçekleştirmek sureti ile müdahaleyi gereği gibi ifa edecektir. Ancak birden fazla operasyona maruz kalmış bölgede ya da tümörlü alanda hekimin yönünü bulması her zaman kolay olmayacaktır. İşte burada navigasyon ve nöronavigasyon sistemleri sayesinde hekimin müdahale ettiği cerrahi alanda ilerleyişini daha iyi görüntülemesi mümkündür.

---

<sup>216</sup> Günümüzde akıllı randevu sistemleri ile hasta tarafından girilen şikayetlere uygun olan uzmanlık birimine yönlendirme yapan sistemler geliştirilmiştir. Bu alanda başka bir uygulama da hastaların şikayetleri çerçevesinde gerekli test ve tahlilleri belirlemeye yönelmiştir. (Akıllı randevu sistemlerinin yapay zekanın tıp bilimindeki uygulama alanlarından biri olduğu yönünde Yüce, **Yapay Zeka Kullanımı**, s. 490). Yapay zekanın dar ve geniş olmak üzere iki şekilde tanımı yapılabilir. Dar anlamda yapay zeka, halihazırda kendisine girilen verileri okuyarak ihtimalleri tespit eden veya tanımlanmış belirli görevleri yerine getirebilen teknolojidir. Geniş anlamda yapay zeka ise kendisine girilen verileri değerlendiren ve bu verilerden yeni bir şey öğrenen, yeni bir tahmin yapabilen teknolojiyi işaret etmektedir. Günümüzde kullanılan yapay zeka türü dar anlamda yapay zeka olup henüz eldeki verileri kullanarak yeni tahminlerde bulunabilen bir yapay zeka uygulaması olmadığı belirtilmektedir. Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Yüce, **Yapay Zeka Kullanımı**, s. 488 vd.

<sup>217</sup> <https://npistanbul.com/beyin-sinir-ve-omurilik-cerrahisi> (Çevrimiçi), 1 Temmuz 2019.

<sup>218</sup> <http://www.tuncersuzer.com.tr/horonavigasyon-2/> (Çevrimiçi), 1 Temmuz 2019.

<sup>219</sup> <https://npistanbul.com/beyin-sinir-ve-omurilik-cerrahisi> (Çevrimiçi), 1 Temmuz 2019.

<sup>220</sup> <http://www.drahmetislam.com/tr/ameliyat/endoskopik-sinus-cerrahisi-esc> (Çevrimiçi), 16 Aralık 2019.

Navigasyon sistemini kullanan hekim cerrahi müdahaleyi bizzat gerçekleştirebilecek ya da ameliyatın niteliğinin elverdiği ölçüde robotik cerrahi imkanlarından faydalanabilecektir.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, günümüzde oldukça yaygın kullanım alanına yayılan robotik cerrahide müdahale hekim tarafından (robot değil) gerçekleştirilmektedir. Genel bir ifade ile bu sistemde hekim, bir konsolun başında oturur pozisyonda ellerinin ve ayaklarının yardımı ile komut vererek; (uzakta) ameliyat masasında bulunan hastayı ameliyat etmektedir<sup>221</sup>. Bu sistemde, cerrahi müdahaleyi gerçekleştirecek bisturi, neşter gibi aletler hekim tarafından tutulup hareket ettirilmemektedir. Gerçekten, elle yapılan cerrahi müdahalelerden farklı olarak hekim, üç boyutlu olarak görüntülediği ameliyat sahasına, bir konsolda oturarak komut vermektedir. Bu komutlar, robotun kollarına adapte edilmiş aletleri eşzamanlı olarak hareket ettirmektedir<sup>222</sup>. Robotik cerrahide hekim ve hastanın bir arada bulunmasının gerekmemesi neticesinde, hekimin farklı bir ülkedeki hastayı ameliyat etmesi gibi uygulamaların yaygınlaşması beklenmektedir<sup>223</sup>.

Burada müdahaleyi gerçekleştiren kişi hekimdir. Hekimin robotik cerrahi ile gerçekleştirdiği müdahalede, aletin sağa doğru hareket ettirilmesine yönelik verdiği komutun robot tarafından algılanmaması ya da sol yöne hareket şeklinde uygulanması halinde hekim sorumlu tutulabilir mi? İşte bu gibi elektronik araçlardan faydalanan hekimin, bu elektronik araçların verdiği zarardan TBK md. 116 hükmü

---

<sup>221</sup> <https://www.acibadem.com.tr/acibadem-de/robotik-cerrahi/#genel-tanitim> (Çevrimiçi), 24 Aralık 2019. Robotik cerrahi ve hekimin robotik cerrahi kullanımının biyo-tıp ilkeleri açısından değerlendirilmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sevtap Metin, “Tıp Etiği İlkeleri ve Hukuk Açısından Tıbbi Robotlar”, **III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı**, C.1, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 369-422, s.382 vd.

<sup>222</sup> <http://www.drmetegungor.com/robotik-cerrahi-nedir.DP-634.html>, Robotik cerrahinin belirli avantajları bulunmaktadır. Modern laparoskopik sistemlerin sağladığı iki boyutlu görüntü yerine derinlik hissi veren üç boyutlu görüntü, hekimin müdahalesini kolaylaştırmaktadır. Yine standart laparoskopik aletler dört dereceli hareket kolaylığı sağlarken robotik sistemde insan el bileğinin hareketlerine benzeyen altı hatta yedi derecede hareket özgürlüğü olduğu ifade edilmektedir. Çok uzun süren cerrahi müdahalelerde hekimin yorulacağı, kimi durumlarda el bileklerinin esnekliğini kaybedeceği düşünülebilecekken robotik sistemlerin yorulmasının mümkün olmadığı bilinmektedir. Bu yönde, Ali Rıza Kural/ Fatih Atug, Ürolojide Robotik Cerrahi Uygulamaları”, **Türk Üroloji Dergisi**, Sa. 36, 2010, s. 248-257, s. 248.

<sup>223</sup> <http://www.milliyet.com.tr/pembekar/kitalararasi-ameliyat-5275665> (Çevrimiçi), 25 Aralık 2019. Bu habere konu olayda New York'ta faaliyette bulunan hekim, robotik cerrahi yardımı ile Strasbourg kentindeki kanserli hastayı ameliyat etmiştir.

kapsamında sorumlu olup olmayacağı tartışılmalıdır<sup>224</sup>. Burada hekimin, komut verme yolu ile cerrahi robotun kollarında bulunan aletleri yönetmesi ile neşter kullanması arasında fark olmadığı düşünülebilir. Bu nedenle hekimin ifa yardımcısı kullanarak değil bizatihi borçlu olarak faaliyette bulunduğu düşünülebilecektir. Ne var ki -neşter kullanımından farklı olarak- hekim tarafından verilen komutların makinenin ayıplı olması nedeni ile hatalı uygulanması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, hekim tarafından kullanılan aletlerden farklı olarak, hekime bağlı bulunmayan risklerin ortaya çıkması mümkündür. Bu kapsamda gerçek ya da tüzel kişiliği bulunmamakla beraber insan yerine ikame edilen elektronik araçların yardımcı kişi olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmaya açıktır.

Doktrinde bir görüş bilgisayar hatalarından doğan zararın insan davranışına izafe edilip edilmeyeceği şeklinde ikili bir ayırım yapmaktadır<sup>225</sup>. Gerçekten bilim ve teknikteki gelişmeye paralel olarak kullanımı gittikçe yaygınlaşan bilgisayar gibi elektronik araçların verdiği zararların çoğunda insana izafe edilebilir kusur söz konusudur. Yukarıda belirtilen navigasyon cihazlarında olduğu gibi ameliyat öncesinde hastaya yapılan tetkik ve tahlil sonuçlarının bilgisayar programına yanlış girilmesi nedeni ile programın hatalı sonuç vermesi hali buna örnektir. Yine robotik cerrahide hatalı komut neticesinde hastada zarar meydana gelmesinde durum böyledir. Yanlış programlama, elektronik aracın bakımının aksatılması, aracın kullanımının bırakıldığı teknikerin hatalı kullanımı, tecrübesiz personel seçimi gibi durumlarda hekim; kendisinin ya da yardımcı kişinin<sup>226</sup> kusurlu olması durumuna göre TBK md. 112 ya da 116 hükmü uyarınca sorumlu olacaktır<sup>227</sup>.

---

<sup>224</sup> Otomatik yiyecek servisi veren makinelerin, otomatik benzin ve araba bakım servisi sunan istasyonların işletenlerinin, bu makinelerin verdiği zarardan TBK md. 116 hükmü kapsamında sorumlu tutulabileceğine yönelik görüş hakkında bilgi için bkz. Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.1380, s. 446.

<sup>225</sup> Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s.106.

<sup>226</sup> Hekimlerin cerrahi operasyon esnasında çoğunlukla iki elini de kullanması nedeni ile cerrahi navigasyonlar asistan ya da hemşire gibi yardımcı kişiler tarafından kullanılmaktadır. Bu durum pasif görüntüleme olarak tanımlanmaktadır. Nergiz Cagiltay/ Damla Topallı ve ark. "Nöro-Navigasyon Sistemleri ve Pasif Kullanım Problemi", (Çevrimiçi) [http://www.biyoklinikder.org/TIPEKNO16\\_Bildiriler/079.pdf](http://www.biyoklinikder.org/TIPEKNO16_Bildiriler/079.pdf) 1Temmuz 2019.

<sup>227</sup> Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s.106-107; Yüce, **Yapay Zeka Kullanımı**, s. 483 vd. Yapı eseri olarak kabulü mümkün teknik cihazlarda sorumluluğun temelini yapı malikinin sorumluluğu olacağı yönünde Ott, **Haftung**, s. 13. Aynı yönde Arif Baş Özbilen, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sa.24, Y.12, 2013, s.99-124, s. 85. Yazar, narkoz aletinin bağlantı hortumunda meydana gelen kopma nedeni ile hastanın zarar görmesi



Buna karşılık insan davranışına izafe edilemeyen ve gerekli özen gösterilse dahi öngörülemeyen, sadece tekniğe dayalı arızalardan sorumluluk hususunda mevcut boşluğun TBK md. 116 hükmünün kıyasen doldurulması sureti ile giderilip giderilemeyeceği hususu tartışılmalıdır. Yukarıda verdiğimiz örnekteki gibi hekimin sağ yöne doğru verdiği komutunun robotik sistem tarafından algılanmaması ya da sol yöne hareket şeklinde anlaşılması halinde hekime izafe edilebilir bir kusur bulunmamaktadır. Burada hekimin farazi kusurunu tespit etmenin mümkün olmayacağı -keza hekimin elektronik araç yerine geçerek onun davranışının kendisi için kusur teşkil edip etmeyeceği varsayımının yapılamayacağı- itirazı ileri sürülebilecektir<sup>228</sup>. Bu itiraza karşılık insan yerine makine kullanan hekimin, yardımcı kişinin başarısız olması rizikosunu yerine bu defa makinenin gereği gibi çalışmaması rizikosunu üstlendiği görüşü de mevcuttur<sup>229</sup>. Bu görüş, zararın, bu elektronik aracın insan kusuru ile yanlış uygulanması neticesinde doğması ile uygulamanın kendisinden kaynaklı arıza nedeni ile zarar doğması arasında sorumluluk açısından fark olmadığını ifade etmektedir. Keza hasta ile sosyal temas içerisine giren hekim ya da sağlık kuruluşudur. Burada kendi rızası ile ifa yardımcısından faydalanan ve araçların avantajlarından faydalanan tarafın aracın ayıplı<sup>230</sup> ya da hatalı<sup>231</sup> olması nedeni ile gerektiği gibi çalışmaması rizikosunu taşımaması gerekmektedir. Yargıtay'ın benzer konuda vermiş olduğu bir kararda ise,

---

örneğinde sorumluluğun temelini BK md. 58 ( TBK md. 69) hükmüne dayandığını belirtmektedir. Karş. Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 115-116.

<sup>228</sup> Şenocak, **İfa yardımcıları**, s. 108.

<sup>229</sup> Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 109; Yüce, **Yapay Zeka Kullanımı**, s. 496. Sorumluluğun TBK md. 116 hükmü kapsamında değerlendirilmesi alacaklı-zarar gören açısından daha güvenlidir. Aksi halde makine seçiminde, kurulumunda, kontrolü ve bakımında kusuru olmadığını ispat eden hekim sorumluluktan kurtulacaktır. Zafer Zeytin, "İfa Yardımcısının-Sağlık Çalışanlarının Fiillerinden Sorumluluk", **Tıp Hukuku Dergisi**, Sa.10, 2016, s. 439-463, s. 447. Fransız Hukukunda eşyanın gözeticisinin kusurlu olduğu ve aksinin ispatının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Deutsch, **Deneysel Tıp**, s. 175-176. Alman Hukukunda ise makinenin vermiş olduğu zararları konu alan davalarda ispat yükü ters çevrilmiştir. Deutsch, **Dienstleistungsberufe**, s. 279.

<sup>230</sup> Makine ya da yazılımın taşınması gereken özellikleri bulundurmaması halinde ayıptan söz edilecektir. (Ayıplı mal tanımı ve ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ayşe Havutçu, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal veya Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı", **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini**, C. 2, Ankara, 2016, s.91- 112). Burada hekime izafe edilebilir bir kusurdan söz etmek mümkün değildir. Örneğin şeker hastasına uygulanması planlanan dozlar hekim tarafından makineye doğru olarak girilmesine rağmen makineden kaynaklı bir nedenle dozun yanlış uygulanması ve hastanın şeker komasına girmesi durumu ya da robotik sistemin komutu yanlış uygulanması buna örnektir. Yüce, **Yapay Zeka Kullanımı**, s. 498.

<sup>231</sup> Yapay zekanın ya da elektronik aracın hatalı olması ise ayıptan farklıdır. Makine ölçümleri doğru yapmasına rağmen bu esnada hastaya radyasyon veriyorsa burada ürünün hatalı olduğundan söz edilecektir. Yüce, **Yapay Zeka Kullanımı**, s.499-500.

mekanik cihazlardaki hata payının ameliyat komplikasyonlarından biri olabileceği; ancak bunun kabulünün cihazın bakımlarının yapılmış olmasına bağlı olduğu belirtilmiştir<sup>232</sup>.

Yukarıda aktarılanların yanı sıra gelecekte, cerrahi müdahalelerin hekimden bağımsız şekilde otonom olarak robotlar tarafından gerçekleştirileceği öngörülmektedir. Buna yönelik ilk çalışma, 4 Mayıs 2016 yılında Smart Tissue Autonomous Robot (STAR) tarafından domuzlar üzerinde başarı ile yürütülen yumuşak doku ameliyatı ile gerçekleşmiştir<sup>233</sup>. Teknolojinin gelişmesi ile birlikte insanlara yapılacak müdahalenin başlı başına robot tarafından gerçekleştirilmesi ihtimalinde robotun hastaya vereceği zarardan hekimin sorumlu olup olmayacağı sorusu akla gelebilecektir. Örneğin hastayı muayene eden hekimin, teşhis ettiği hastalığın robot tarafından ameliyat edilebilir nitelikte olduğuna karar vermesi ve ameliyatın robot tarafından gerçekleştirilmesi durumu böyledir. Burada, robotun ameliyat esnasında hastaya verdiği zarardan hekimi TBK md. 116 hükmü uyarınca sorumlu tutmak adil olmayacaktır. -Yukarıda belirtilen robotik cerrahiden farklı olarak- hekim; müdahaleyi robot yardımı ile yürütmemekte, cerrahi müdahale başından sonuna kadar robot tarafından (hekim değil) gerçekleştirilmektedir. Bu ihtimalde hekimin tıbbi müdahaleye ilişkin borcunu, sağlık hizmetinin robot tarafından yürütüleceği sürece kadar kalan kısım ile sınırlandırmak uygun olacaktır. Bu örnekte hekim, doğru teşhisi koyabilmek amacı ile tıbbi standartlara uygun tetkikleri yapmakla ve koyulan teşhisin tedavisinin robotun faaliyet alanına girip girmediğini tespit etmekle yükümlüdür. Hekimin, cerrahi müdahalenin yürütülmesine ilişkin borcun ifasını bağımsız olarak devretmiş olmasından hareket

---

<sup>232</sup> Karara konu olayda miyop rahatsızlığı nedeni ile hastaneye başvuran davacıya excimer lazer yöntemi ile cerrahi müdahalede bulunulmuştur. Cihazın parçalı kesmesi neticesinde hastanın sağ gözünün retinası parçalanmıştır. Dosyada yer alan bilgilerden Hansatom Keratom adlı mekanik cihazın 0,005 oranında parçalı kesi yapma ihtimalinin mevcut olduğu anlaşılmıştır. “(...)Ameliyata ait komplikasyonlar içerisinde cihaza ait risk payı da bulunmaktadır. Bu risk payının oranı dosya kapsamından anlaşılamamakta ise de, mevcut komplikasyonun cihaza ait risk payı içerisinde gerçekleştiğinin kabulü için, aletin bakımının yapıp yapılmadığı, cihazın aynı gün işlem sayısının ne olduğu, hazırlık için harcanan süre ve diğer yardımcı elamanlara dair araştırmalarında yapıp bunlarda bir aksama olmadığının ispat edilmesine bağlıdır. Ameliyathane, cihaz ve yardımcı elamanlara dair kusurlarda davalı sağlık kuruluşunun da sorumlu olacağı kabulü gerekir. (...)” Yarg. 13. HD T. 31.5.2012 E. 2012/7386 K. 2012/14143 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 19 Ekim 2019.

<sup>233</sup> Bu çalışma ve sonuçları için bkz. Azad Shademan, Ryan S. Decker ve ark. “Supervised autonomous robotic soft tissue surgery”, **Science Translational Medicine**, Vol.8, Issue 337, 2016, s.1-9. (Çevrimiçi), [www.sciencemedicine.org](http://www.sciencemedicine.org), 12 Ocak 2020.

ederek işi ikame eden kişi olarak TBK md. 507 hükmü uyarınca sorumlu tutulması uygun olacaktır. Başka bir örnekte hekim, yüzde 99 istatistik oranı ile doğru teşhis koyan bir robotun hastaya teşhis koymasından hastaya danışmanlık vermiş olabilir. Burada da işin bağımsız olarak üçüncü kişiye gördürülmesi söz konusu olacaktır. Bu örneklerde genellikle, robotların, insana özgü hata yapma ihtimalini taşımayacağından ve yanılma payının hekime nazaran çok daha az olduğundan hareket ederek hekimin TBK md. 507/f.II uyarınca işin gördürüleceği kişinin seçiminde gerekli özeni gösterdiği ifade edilebilecektir. Gerçekten bu varsayımlarda, *hekimlik sözleşmesinin tarafı* olan hekimin tıbbi müdahaleye ilişkin faaliyet alanı da oldukça daralacak ve adeta işin ikame edileceği kişinin belirlenmesi ile sınırlanması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, farklı bir yönden incelendiğinde, otonom tıbbi robotların yaygınlaşması ile beraber hastaların daha ziyade *hastaneye tam kabul sözleşmesi tarafı* olarak değerlendirilebileceği düşünülebilir. Zira bu ihtimalde hastaların, hekimin kişiliğine güven duyup özel olarak hekime başvurması yerine, yaygınlaşan bir tekniğin tıbbi robot aracılığıyla uygulanması amacı ile hastaneye başvurusu söz konusu olacaktır. Bu kapsamda hastanenin, tıbbi otonom robotun hastaya verdiği zarardan sorumluluğu hususunda ifa yardımcılarında dolayı sorumluluk (TBK md. 116) hükmünün kıyasen uygulanması mümkün olabilecektir.

## **(2) Hekimin Üstlendiği İşin İkame Etmesi**

### **i. İkame Kavramı**

Türk Borçlar Kanunu'nun 506. maddesi uyarınca hekim, müvekkil tarafından kendisine yetki verildiğinde, durumun mecbur kıldığı ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde işi başkasına yaptırabilir. Bu gibi hallerde hekimin işi caiz olan ikamesi söz konusudur<sup>234</sup>.

TBK md. 506 hükmünde düzenlenen husus vekilin; alt vekalet ya da ikame vekalet yolu ile işi üçüncü kişiye yaptırmasıdır. Vekilin alt vekalet ya da ikame

---

<sup>234</sup> Parlak/Börü, **Alt Vekalet**, s. 32.

vekalet yolu ile yerine başkasını koyması hali beraber, *ikame* olarak tanımlanmaktadır<sup>235</sup>.

Alt vekalet; vekilin kendi adına yapacağı sözleşme ile borcunun ifasını başkasına tevkil etmesi halidir<sup>236</sup>. Bu halde vekil ile alt vekil arasında ilkinden bağımsız; ancak konusu vekil ile müvekkil arasındaki sözleşmeden doğan borcun ifasına yönelik bir vekalet ilişkisi kurulmuştur. Vekil ile müvekkil arasındaki ilk vekalet ilişkisi devam etmektedir. Müvekkil ile alt vekil arasında ise akdi bir ilişki bulunmamakla birlikte TBK md. 507/f.III fıkrası uyarınca müvekkilin alt vekile yönelik kanundan doğan bazı talep hakları mevcuttur<sup>237</sup>.

İkame vekalet ise vekilin kendi adına değil müvekkili adına yapacağı sözleşme ile borcun ifasını başkasına tevkil etmesi halidir<sup>238</sup>. Burada vekalet ilişkisi doğrudan doğruya müvekkil ile vekil yerine geçen kişi arasında kurulmaktadır. Vekil, başkasını ikame etmiş olmasına rağmen müvekkile yönelik sorumluluğunun devam ettiği kabul edilmektedir<sup>239</sup>.

Hekimlik sözleşmesinde de hekimin üstlendiği iş görmeyi iki farklı şekilde ikamesi söz konusudur. Hekimin kendi adına yaptığı sözleşme ile iş görmeyi başkasına tevkil etmesi halinde alt vekalet söz konusudur. Burada hasta ile hekim arasındaki vekalet ilişkisi devam etmektedir. Hekimin, müvekkili adına sözleşme yaparak iş görmeyi tevkil etmesi halinde ise ikame vekalet mevcuttur. İkame vekalet halinde vekalet ilişkisi bizatihi hasta ve ikame vekil arasında kurulmaktadır.

Hekimin, iş görmeyi caiz olarak başkasına bırakması; ancak TBK md. 506 hükmünde öngörülmüş şartların gerçekleşmesi halinde söz konusu olacaktır. Bu kapsamda hekime işin görülmesinin tamamının ya da bütünlük arz eden bir kısmının

---

<sup>235</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 462.

<sup>236</sup> Akipek, **Alt Vekalet**, s.113.

<sup>237</sup> TBK md. 507/f.III hükmü uyarınca caiz olan ya da caiz olmayan ikamede müvekkil; vekilin yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları doğrudan bu kişiye karşı ileri sürebilecektir. Müvekkil; vekilin, kendisine işin yapılması tevkil edilen alt vekile karşı sahip olduğu hakları ileri sürebilecektir; yoksa müvekkilin vekile karşı sahip olduğu hakların alt vekile karşı ileri sürülmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Bu maddenin uygulama alanı yalnız alt vekaleti kapsamaktadır, zira ikame vekalette müvekkil ile ikame vekil arasında akdi ilişki kurulduğundan kanundan doğan bir talep hakkına ihtiyaç bulunmamaktadır. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 459, 472.

<sup>238</sup> Akipek, **Alt Vekalet**, s. 123.

<sup>239</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s.462.

başkasına bırakılması hususunda hasta tarafından açık ya da zımni şekilde yetki verilmiş olabilir. Örneğin, hekimin bakteriyolojik araştırma yapılması amacı ile başka bir meslektaşına başvurması halinde ikame vekaletten söz edilebilecektir<sup>240</sup>. Hekim, teamül gereği de tevkile mezun olabilir. Hekimin tatile gittiği dönemde, devamlı hastaları için yerine başka hekim ikamesi teamül gereğidir<sup>241</sup>. Alt vekil olan hekimin, asıl hekimin devamlı hastalarının periyodik rapor sonuçlarını tetkik etmesi örneğinde alt vekalet ilişkisi bulunmaktadır. Kanun'un 506. maddesinde belirtilmiş olan istisnai son durum, hekimin tevkile mecbur olmasıdır. Burada cerrahi operasyona başlamış olan ancak aniden rahatsızlanan hekimin, anestezi altındaki hasta için başka bir hekimi tevkil etmesi örneği verilebilir.

Hekimin Kanun'da belirtilen haller haricinde yerine başkasını koyması halinde caiz olmayan ikame (alt vekalet ya da ikame vekalet) söz konusudur. TBK md. 507/f.I fıkrası uyarınca hekim, yerine caiz olmayan şekilde başkasını koyması halinde bu kişinin eyleminden kendi yapmış gibi sorumlu olacaktır. Hekim, yetkisi olmamasına rağmen yerine başkasını koyarak hekimlik sözleşmesine aykırı davranmıştır. Hekimin borca aykırılık nedeni ile sorumluluğu TBK md. 112 hükmüne değil, vekalet sözleşmesi kısmında özel olarak düzenlenen 507/f.I hükmüne tabi olacaktır<sup>242</sup>. Bu kapsamda hekim, iş kendisine bırakılan hekimin davranışında bulunsaydı bu davranışı hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektiye bu zarardan sorumlu tutulacaktır. Burada göz önünde bulundurulacak husus hekimin kişiliği, bilgisi ve nitelikleridir. Yoksa hekimin yerine geçirdiği kişinin kişisel nitelikleri göz önünde tutularak örneğin hekimden daha az uzmanlığı haiz olan hekimin bu somut olayda özen yükümlülüğüne uygun davrandığı değerlendirilmesi yapılamayacaktır<sup>243</sup>.

Caiz olan yerine koyma nedeni ile sorumluluk ise Kanun'un 507/f.II fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili fıkra uyarınca, başkasına vekalet vermeye yetkili

---

<sup>240</sup> Topuz, **Özen Borcu**, s. 109.

<sup>241</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 458; Akıncı, **Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, s. 15.

<sup>242</sup> Bu yönde Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 465.

<sup>243</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s.465.

olan<sup>244</sup> hekim; sadece bu kişiyi seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Bu kapsamda hekimin kendisi ile benzer nitelik, bilgi ve yetenekleri haiz başka bir hekim ikamesi, özen yükümlülüğüne uygunluğunun asgari koşuludur. Hekimin kendisinden daha uzman bir hekimi ikamesi ise her zaman mümkün ve özen yükümlülüğüne uygun davrandığını göstermektedir. Keza hekimin, ikame ettiği hekim üzerinde gözetleme ve denetleme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>245</sup>.

TBK md. 116 hükmü ile karşılaştırıldığında burada hekimin sorumluluğunun hafifletildiği zira özen yükümlülüğüne riayet eden hekimin sorumluluktan kurtulacağı görülmektedir. Örneğin hekimin, işinde uzman; ancak alkol problemi olduğunu bildiği bir hekime işi ikame etmesi halinde özen yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle sorumlu olacağı düşünülebilir<sup>246</sup>. Halbuki borcun ifasında yardımcı kişi kullanan hekim, bu durum borca aykırılık teşkil etmese<sup>247</sup> ve yardımcı kişiyi seçmede özen yükümlülüğüne uygun davrandığını ispat etse dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır. İşte hekimin özen yükümlülüğü; hekimin caiz olan ikamesine bağlı sorumluluğunu kurma fonksiyonunu haizdir. Burada TBK md. 507/f.I hükmünden farklı olarak hekim, objektif özen yükümlülüğüne uygun davrandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Keza burada hekimin sorumluluğu, yerine koyacağı kişiyi seçme ve talimat verme ile sınırlıdır.

Belirtmemiz gerekir ki, hekim ve hasta arasındaki hukuki ilişkinin doğası gereği ister alt vekalet ister ikame vekaleti olsun, iş kendisine bırakılan hekim ile

---

<sup>244</sup> TBK md. 507/f.II fıkrası, sadece yetkili olma halini değil, ikamenin teamül gereği olduğu ya da ikameye mecbur olunan halleri de kapsamaktadır. Zeytin, **İfa Yardımcısı**, s. 460.

<sup>245</sup> İşin görülmesini başkasına bırakan hekimin fiziken yerine koyduğu hekimi gözetlemesi imkansız olabileceği gibi en az onunla eşit nitelikleri haiz bir hekim ikame edildiğinde bu kişinin de gözetime niza göstermeyeceği hk. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 467. TBK md. 507/f.II hükmü, ekonomik olarak bağımsız olan ve kendisine talimat verilemeyen kişiye ikame hallerinde uygulama bulmalıdır. Borcun ikame edilen kişi tarafından üstlenildiği ve bağımsız olarak kendi borcu olarak ifasının söz konusu olduğu durumlar bu kapsamdadır. Aksi halde adam çalıştırmanın sorumluluğundan daha hafif bir sorumluluk doğacaktır ki bu durum güven ilişkisi olan vekalet sözleşmesi ile çelişecektir. Bu görüş ve ayrıntıları için bkz. Zeytin, **İfa Yardımcısı**, s. 460.

<sup>246</sup> Parlak/Börü, **Alt Vekalet**, s. 33.

<sup>247</sup> Hekimin yardımcı kişi kullanması bizatihi hasta ile arasında akdedilen sözleşmeye aykırılık teşkil etmekteyse hekim TBK md. 112 hükmü uyarınca sorumlu olacaktır. Borca aykırılık teşkil eden haller, hekimin yardımcı kişi kullanmaya izni olmaması ya da böyle bir izni olmasına rağmen yardımcı kişi kullanmakta özene riayetsizlikten ileri gelebilir. Ancak hekimin yardımcı kişi kullanmasının hukuka uygun olduğu ve hekimin yardımcı kişi kullanmada gerekli özene uygun davrandığı hallerde hekimin yardımcı kişiden sorumluluğu TBK md. 116 hükmüne tabi olacaktır. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1382, s. 446; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1210.

hasta arasında bu ikameden bağımsız bir hekimlik sözleşme ilişkisi kurulması hali ile sıklıkla karşılaşılabılır. Hekimin tatile gitmesi ya da hastalanması nedeni ile başka bir hekimi tevkil etmesi halinde bu hekimin hastayı muayene etmesi, hastadaki şikayeti teşhis etme amacı ile tıbbi faaliyette bulunması ve benzeri halleri kapsar iş görmesi ve bu iş görmeye hastanın rıza vermesi ile ilkinden bağımsız yeni bir hekimlik sözleşmesinin mi kurulduğu yoksa ilk hekim ile hasta arasındaki sözleşmeden doğan borcun ifasının ikame mi edildiği ayrımı bulanıklaşabilir. Burada, hastanın bilincinin kapalı olması nedeni ile açık ya da örtülü rıza veremediği hallerde ikamenin varlığı daha belirgindir. Bu kapsamda hekimlik sözleşmesinde ikamenin görünümünün genellikle hastanın anestezi altında olduğu durumlarda ortaya çıktığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Örneğin hastanın ameliyatta ve anestezi altında olduğu halde hekimin ameliyatı bitirmesini takiben aniden rahatsızlanması halinde, cerrahi işlem gören kısımların ikame hekim tarafından dikilmesi için asıl hekim tarafından yetkilendirilmesi bu duruma örnektir. Burada hasta ile ikame hekim arasında ayrı bir hekimlik sözleşmesi kurulmamıştır. Hekim; ikame vekilin hastaya dikiş nedeni ile verdiği zarardan sorumludur; ne var ki ikame hekimi seçmede gereken özeni yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.

Yukarıda ifade edildiği üzere ikame halinin yeni bir hekimlik sözleşmesine dönüşmesi de söz konusu olabilir. İşte burada hasta ile iş kendisine ikame edilen hekim arasındaki ilişkiyi tespit etmek önem arz eder. Zira, yeni bir hekimlik sözleşmesinin kurulduğundan söz edilmesi halinde hastanın ikinci hekime yönelik talep hakkı bizatihi ikinci hekim ile arasında kurulacak hekimlik sözleşmesine dayanacaktır.

Burada ikinci hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini belirlemek için ilk hekim ile hasta arasındaki vekalet ilişkisinin amacı ve kapsamının bir ölçüt olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>248</sup>. Şöyle ki; ilk hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesinin kapsamı, sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olabilir. Kapsam sözleşme ile açıkça gösterilmemişse görülecek işin niteliğine göre

---

<sup>248</sup> Karş. Canyürek, **Maddi Füllere İlişkin Vekalet**, s. 183. Yazar, başka bir yere giden hekimin yerine (müdavi) hekim bırakmasının teamülden olduğunu, ancak bu hallerde hastanın müdavi hekimin tedavisine rıza göstermesi ile alt vekaletin asıl vekalet dönüşeceği görüşündedir.

belirlenecektir<sup>249</sup>. Bu hususta, örneğin, gebe kalan annenin; gebelik takibini yapmak üzere kadın doğum uzmanı hekime başvurması üzerinden sorumluluk dağılımı yapılabilir. Burada ilkin, gebe kadın ile kadın doğum uzmanı arasında hekimlik sözleşmesi kurulduğundan söz edilmelidir. Sözleşmenin kapsamı taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa kapsam, işin niteliğinden anlaşılacaktır. Bu doğrultuda hekimlik sözleşmesinin kapsamını, anne ve ceninin bakım ve gözetimi, doğum öncesi tarama ve tanı yöntemlerinin yürütülmesi, doğum ve doğum sonrası bakım ve gözetimi şeklinde belirleyebiliriz. Ancak gebe kadın ve hekim; hekimlik sözleşmesinin kapsamını daraltabilir<sup>250</sup>. Örneğin taraflar, hekimin gebelik süresince sadece doğum öncesi (prenatal) tanı işlemlerinden sorumlu olduğu hususunda anlaşılabilir. Bu ihtimalde kadın doğum uzmanının tatile gitmiş olması nedeni ile annenin rutin kontrolünün başka bir sağlık merkezinde faaliyette bulunan kadın doğum uzmanı meslektaşına tevkil edilmesi örneğinde ilk planda işin ikamesinin söz konusu olacağı kanaatindeyiz. Anne ile ikinci kadın doğum uzmanı arasında henüz bağımsız bir hekimlik sözleşmesi kurulmamıştır. Burada ilk hekim ile anne arasında mevcut olan hekimlik sözleşmesinin kapsamına dahil bir işin ikamesi uzman ikinci hekime bırakılmıştır. İkinci hekimin de asli hekim ile anne arasındaki vekalet ilişkisinin amaç ve kapsamını aşmayan ultrason ölçümleri yapması, tarama testlerinin sonucunu değerlendirmesi, rutin kontrolleri tatbik etmesi halinde caiz olan ikame mevcuttur. Ancak kontrol esnasında rahmin aşırı gerildiğinin tespit edilmesi ve erken doğum için gün belirlenerek doğumun üstlenilmesi halinde artık ikame vekaletten söz etmek uygun olmayacaktır. İlk hekim ile gebe kadın arasındaki sözleşmenin kapsamına dahil olmayan doğumun ikinci hekim tarafından üstlenilmesi halinde artık ikinci hekimin taraf olduğu yeni bir hekimlik sözleşmesi kurulmuştur. Zira ikame hekimin göreceği hizmetin, asıl vekalet sözleşmesi ile üstlenilen hizmetin kapsamından daha fazla olmaması asıldır<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> TBK md. 504/f.I.

<sup>250</sup> TBK md. 504/f.I.

<sup>251</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 474.



## ii. Müdavi Hekimin<sup>252</sup>, Konsültan Hekimin Hastaya Verdiği Zarardan Sorumluluğu

Sağlık hukukuna ilişkin mevzuatta konsültasyon kavramına yönelik dağınık düzenlemeler mevcuttur. Türk Dil Kurumu konsültasyonu, bir hastalığa tanı koymak veya hastalığı tedavi etmek amacıyla birden fazla hekimin görüş alışverişinde bulunması olarak tanımlamıştır<sup>253</sup>. Günümüzde karmaşık hastalıkların çözümünde iş bölümünün gerekliliği, özellikle farklı uzmanlık dalları arasında birlikte çalışmayı zorunlu kılmaktadır<sup>254</sup>. Hem teşhisin konulması hem de konulan teşhise uygun yürütülecek tedavi sürecinde hekimlerin, başka bir hekimin bilgi ve klinik deneyimlerinden faydalanması hali ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. İşte bu gibi tıbbi bilgi veya destek ihtiyacı ya da hastanın talebi neticesinde bir başka hekime danışılmasına konsültasyon denilmektedir<sup>255</sup>.

Mevzuat incelendiğinde konsültasyonun iki şekilde söz konusu olduğu görülmektedir: İlk olarak konsültasyon hasta tarafından talep edilmekte ve bu talep hekime iletilmektedir<sup>256</sup>. Hastanın bu şekilde konsültasyon talep ettiği hallerde hekim bu talep ile bağlıdır<sup>257</sup>. Hekimin bu talebi reddetmesi, kanaatimizce bazı durumlarda TBK md. 512 hükmü kapsamında sözleşmenin tek taraflı sona erdirilmesi şeklinde yorumlanabilecektir.

---

<sup>252</sup> Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği'nin konsültasyonu düzenleyen maddelerinde müdavi hekim-konsültan hekim ayrımı yapılmıştır. Müdavi hekim ifadesinden hastaya bakan asli hekim (hastanın sürekli hekimi) anlaşılmalıdır. Müdavi hekimin, tıbbi bilgi ve desteğe ihtiyacı olması ya da hastanın bu yönde talebi olması nedeni ile danıştığı hekim ise konsültan hekimdir. (Bu yönde örnek hükümler için bkz. TDY md. 24/f.I: *Hasta, konsültasyon yapılmasını arzu ederse, müdavi tabip veya dış tabibi bu talebi kabul eder.* TDY md. 28: *Konsültan tabip veya dış tabibi ile müdavi tabibin kanaatları arasında aykırılık hasıl olur ve hasta, konsültan tabip veya dış tabibinin kanaatını tercih eder ise, müdavi tabip kendi görüşünde ısrar ettiği takdirde hastayı terkedebilir.* TDY md. 30/f.II: *Konsültasyon, müdavi tabibe, konsültan tabip veya dış tabibi gibi, ücret almak hakkını verir.*)

<sup>253</sup> <https://sozluk.gov.tr> (Çevrimiçi), 1 Temmuz 2019.

<sup>254</sup> Korkmaz, **Kusurun Paylaşılması**, s. 240.

<sup>255</sup> Türk Tabipleri Birliği resmi internet sitesinde konsültasyon şöyle tanımlanmıştır: “İsabetli bir tanı ve tedavi amacıyla günümüzde her uzmanlık alanındaki hekim, mesleğini uygularken diğer alanların bilgi ve teknik desteğine de gereksinim duymaktadır. Hekimin hasta merkezde olmak üzere, farklı bir alanda çalışan hekimlerden bilimsel ve teknik açıdan aldığı yardım ya da danışmanlık, konsültasyon ya da danışım olarak adlandırılmaktadır.” (Çevrimiçi),

[http://www.ttb.org.tr/makale\\_goster.php?Guid=f78ec404-923f-11e7-b66d-1540034f819c](http://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=f78ec404-923f-11e7-b66d-1540034f819c), 24 Ekim 2018.

<sup>256</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği md. 9/f.II. Bu talebin dayanağı, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıdır. Korkmaz, **Kusurun Paylaşılması**, s. 249.

<sup>257</sup> Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği md. 24/f.I.

İkinci ihtimalde ise hekim, hastanın talebinden bağımsız olarak lüzum gördüğü takdirde konsültasyon yapılması gerekliliğini hastaya iletmektedir. Hekimin kendi uzmanlığını aşan hallerde hastayı başka bir hekime yönlendirmesinde olduğu gibi, gerekli hallerde konsültasyon talep etmesi de özen yükümlülüğünden ileri gelmektedir<sup>258</sup>. Yönetmeliğin 24/II fıkrası uyarınca bu teklifin kabul edilmemesi halinde hekim hastayı bırakabilir. Burada da hekimin TBK md. 512 hükmü kapsamında hekimlik sözleşmesini tek taraflı sona erdirmesi durumu mevcuttur. Burada tek taraflı sona erdirme aynı zamanda haklı bir nedene dayanmaktadır. Ancak tıbbi müdahalenin hastanın en temel kişilik haklarından olan vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştiriliyor olması nedeni ile hastanın bırakılması halinde hayati tehlikeye düşecek olması veya sağlığının zarara uğraması bekleniyorsa hekim, başka bir meslektaşına işi tevdi etmedikçe hastayı bırakmamakla yükümlüdür<sup>259</sup>.

İster hasta tarafından talep edilsin ya da hekim bu yönde lüzum görsün konsültan hekim kendisinden talep edilen danışmanlık gereği tespit ve kanaatlerini konsültasyon zaptına yazmak ile mükelleftir<sup>260</sup>. Konsültan hekim, kural olarak müdavi hekim tarafından yürütülen tedaviye müdahalede bulunamayacaktır<sup>261</sup>. Ne var ki uygulamada konsültan hekimlerin de kimi durumlarda tedaviye katıldığı görülmektedir. Bu nedenledir ki mevzuatta, genel kural konulmasını takiben, hastanın ısrarlı talebi olması halinde konsültan hekimin hastayı tedavi edebileceği belirtilmiştir<sup>262</sup>. İşte bu gibi durumlarda müdavi hekimin, konsültan hekimin hastaya vermiş olduğu zararlardan sorumluluğunun tespiti önem arz etmektedir.

Bize göre konsültan hekim, müdavi hekimin işi ikame ettiği yardımcı kişisidir. Hastanın konsültasyon talebi TBK md. 506/f.I'de belirtilen ikameye yetki verilmesi haline örnek teşkil edecektir. Konsültasyona hekim tarafından lüzum görülmesi halinde ise bu durum hastaya iletilmektedir. Bu kapsamda konsültasyona

---

<sup>258</sup> Wiegand, **Der Arztvertrag**, s. 105; Canyürek, **Maddi Fiillere İlişkin Vekalet**, s. 183.

<sup>259</sup> TDY md. 19/f.II.

<sup>260</sup> TDY md. 26/c.1.

<sup>261</sup> TDY md. 27/c.2.

<sup>262</sup> TDY md. 29/f.I/c.1. Benzer bir düzenleme Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde mevcuttur. Yönetmeliğin 65/III fıkrası şöyledir: "...Kurumun görevli tabibi, konsültasyon kararı çoğunluk ile de olsa, kendi özel görüş ve fenni kanaatine aykırı tedavi ve ameliyata zorlanamaz. Bu takdirde tedavi ve müdahale hasta veya sahibinin muvafakati ile konsültasyona katılan uzman tabip tarafından yapılır."

hastanın da açık veya örtülü rızası olduğunu kabul etmek ve bu durumu da TBK md. 506/f.I'de belirtilen ikameye yetki verilmesi hali olarak değerlendirmek uygun olacaktır. Ancak ikamenin zorunlu olduğu haller ile karşılaşmak da mümkündür. Cerrahi operasyon esnasında anestezi altındaki hastada beklenmeyen bir durum ile karşılaşılması üzerine ivedilikle başka bir uzman hekimden konsültasyon istenmesi bu duruma örnek teşkil edecektir.

Sayılan tüm bu hallerin ikame olarak değerlendirilmesinin temel bazı gerekçeleri mevcuttur.

Öncelikle müdavi hekimin konsültan hekimi hasta menfaatine görevlendirmesi söz konusudur. Gerçekten konsültasyon talebinin hasta tarafından iletilmesi halinde bu durum açıktır. Hekimin konsültasyona lüzum görmesi halinde de bu görevlendirmenin, kendine faaliyet sahası oluşturmaktan ziyade iş görmenin gereği gibi ifasına yöneldiği düşünülmelidir.

İkinci olarak konsültasyonun mevcut olduğu durumlarda hekimin konsültasyon talep ettiği kişinin her zaman uzman olması beklenmektedir. Keza konsültasyonun amacı, iş bölümünden faydalanılarak halihazırda karmaşık olan bir hastalığın teşhisinde ya da tedavisinde uzman başka bir hekimin bilgilerinden faydalanmaktır. Bu kapsamda konsültan hekim, müdavi hekim ile aynı uzmanlığı haiz bir hekim olabileceği gibi disiplinler arası çalışmanın sonucu olarak başka bir alanda ihtisasını tamamlamış bir hekim de olabilir. Her halükarda kendisinin klinik deneyiminden, bilgi, yetenek ve uzmanlığından faydalanılmak istenmektedir. Gerçi TBK md. 116 hükmü kapsamına giren yardımcı kişilerin de uzman olmasının önünde bir engel yoktur. Ancak yardımcı kişi ile ikame halinin ayrımında ölçüt alınacak menfaat kriteri değerlendirildiğinde bu işlemin hasta menfaatine olduğu düşüncesi ağır basmaktadır. Zira burada müdavi hekim ile hasta arasında halihazırda kurulmuş bir hekimlik sözleşmesi mevcuttur. Hekimin konsültasyon talebinde bulunması, hekimin özen yükümlülüğünün bir gereği olmakla beraber hastaya yönelik iş görmenin arzu edilen sonuca ulaşmasına hizmet etmekten öte amacı yoktur.

Örneğin serbest muayenehanesinde faaliyette bulunan kadın doğum uzmanının fark etmiş olduğu bir anomaliye uygun teşhisi koymak amacı ile tıbbi genetik uzmanından konsültasyon talep etmesinde durum böyledir. Burada müdavi hekim, ilk planda teşhis koyamadığı gerekçesi ile sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmiş değildir. Aksine tek taraflı sona erdirme hakkını kullanmayan müdavi hekim, hasta ile arasındaki sözleşmeden doğan borcunun gereği gibi ifası amacı ile bir başka meslektaşından danışmanlık almaktadır. Müdavi hekimin konsültasyon faaliyetinden bir ücret alacağı doğmayacağı gibi konsültan hekim ile görüş ayrılığına düşmesi ihtimali de mevcuttur<sup>263</sup>. Tüm bu belirtilenler bu işlemde aslolanın hastanın menfaati olduğunu ve konsültan hekime başvuran müdavi hekimin sorumluluğunun TBK md. 507 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir. Burada konsültan hekimin caiz olarak ikamesinden söz edileceğinden müdavi hekimin sorumluluğu, konsültan hekimi seçmede özen göstermekle sınırlı olacaktır<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> Aralarında mesleki hiyerarşi bulunmayan hekimler arasındaki iş bölümü yatay iş birliği olarak tanımlanmaktadır. (Karl Otto Bergmann/ Carolin Wever, **Die Arzthaftung: Ein Leitfaden für Ärzte und Juristen**, 4. Auflage, Springer, 2014, s. 52-53; Janda, **Medizinrecht**, s. 330-331; Abanador, **Die Zulässigkeit der Substitution**, s.27-28; Gehrlein, **Grundwissen Arzthaftungsrecht**, s. 49-50). Tıbbi konsültasyon hali de yatay iş birliğinin bir görünümüdür. (Korkmaz, **Kusurun Paylaşılması**, s. 244. Bkz. OLG Stuttgart, Urt v 15.3.1990- 14 U 38/87, MedR 1991, 143-149, Kern, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztes**, § 157, s. 24). Birden fazla sağlık personeli tarafından birlikte yürütülen tıbbi müdahalelerde hangi sağlık personelinin ne oranda sorumlu olacağını belirlemek önemli bir sorundur. Bu sorunu çözmeye kullanılan ölçütlerden biri güven ilkesidir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Yakup Gökhan Doğramacı **Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlkesi**, İstanbul, Legal, 2016, s. 100vd.). Güven ilkesi, iş birliği ile yürütülen faaliyetlerde, özen yükümlülüğüne uygun hareket eden kişinin, iş birliğine dahil diğer kişilerin de bu yükümlülüğe uygun hareket ettiğine güvenle hareket etmesi halinde meydana gelen sonuçlardan sorumlu olmaması olarak tanımlanmıştır. (Bergmann/ Wever, **Die Arzthaftung**, s. 53-54; Korkmaz, **Kusurun Paylaşılması**, s. 277 ve dn.114'te belirtili yazarlar). Güven ilkesi aynı zamanda teknolojik gelişmelere duyulan güveni de kapsamaktadır. Örneğin hekimin, düzenli kontrolleri yapılan teknolojik aletin düzgün çalışacağına ya da ameliyat ortamının steril tutulduğuna yönelik güveni böyledir. Bu kapsamda güven ilkesi, ceza hukukunda sorumluluğun şahsiliği ilkesinin uygulanmasına yardımcı olacaktır. (Doğramacı, **Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği**, s. 103). Bunun için iş birliğine dahil olan hekimlerin görev alanlarının sınırlandırılması gerekmektedir. Bu sayede her hekim bizzat kendi görev alanından sorumlu tutulacaktır. (Korkmaz, **Kusurun Paylaşılması**, s. 279). Ancak sorumluluğun sınırlandırılmasında kullanılan bu ilke, özel hukuk sorumluluğunda her zaman geçerli değildir. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ve ikame vekalet halinde sorumluluk ile güven ilkesinin sınırlandırıldığı düşünülebilir. Zira özel hukukta, iş bölümünün yararlarından faydalanan hekimin bu iş bölümü nedeni ile ortaya çıkacak olası riskler ve hastada meydana gelebilecek zarardan sorumlu tutulması esastır. Bununla birlikte konsültan hekimin, müdavi hekim tarafından yürütülen faaliyetlerin doğru olduğuna güvenmesi ve sadece kendi faaliyetlerinden sorumlu tutulması uygun olacaktır. Örneğin konsültan hekimin, müdavi hekim tarafından yapılan tetkiklere güvenerek yürüttüğü müdahale neticesinde doğru teşhis koyamaması halinde sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Meğer ki tetkiklerin hatalı olduğuna ilişkin açık bir belirti, konsültan hekim tarafından göz ardı edilmiş ve tetkik doğru yapılsaydı teşhis konabilecek olsun.

<sup>264</sup> TBK md. 507/f.II.

## **b. Çekinik Tıp Uygulamaları ve Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi**

Çekinik tıp uygulamaları; hekimlerin tibben gerekli olmadığı halde tetkikler, ek araştırmalar talep etmesi ya da riskli durumda gördüğü vakalardan kaçınmaları anlamında kullanılan bir kavramdır<sup>265</sup>. *Defansif* tıp uygulamaları olarak da ifade edilen bu uygulamaların temelinde hekimin kendini hukuki uyuşmazlıklardan koruma saiki yatmaktadır. Gerçekten hasta haklarının tartışılmaya başlaması ve hastanın hak arama sürecine ulaşımının kolaylaşması karşısında tüm dünyada hekim aleyhine tıbbi müdahale hatası iddiası ile açılan davaların sayısında artış gözlemlenmiştir<sup>266</sup>. Ülkemizde de özellikle tüketici hukukundaki son gelişmeler ve tıbbi kötü uygulamaya ilişkin sorumluluk sigortasının zorunlu hale getirilmesi karşısında benzer bir durumun varlığı ifade edilmelidir<sup>267</sup>.

Daha evvel işaret ettiğimiz üzere 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca özel hastane ve serbest muayenehanelerinde hizmet sunan hekim ile hasta arasındaki vekalet ilişkisi tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda hekime yönelik açılacak davalarda görevli mahkeme Tüketici Mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Tüketici Mahkemelerinin yargılama harcından muaf olması ve davanın kaybedilmesi halinde maktu karşı vekalet ücretine hükmedilmesi gibi tüketici lehine getirilen düzenlemelere paralel olarak, dava sayılarında artış gözlenmiştir. Bu kapsamda hasta tarafından hekimin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiası ile açılan davalarda son yıllarda büyük bir artış bulunmaktadır.

---

<sup>265</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Selma Aydaş, “Hekimlerde Malpraktis Kaynaklı Defansif Tıp Davranışları”, **Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2014, s.70 vd.; Selçuk, **Çekinik (Defansif) Tıp**, s. 7vd.

<sup>266</sup> Kerem Yılmaz, “Hukuki Sonuçları Bakımından Defansif Tıbbın, Tıbbi Uygulama Hataları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.9, Sa. 100, 2014, s. 790-797, s. 790; Oğuz Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, 2015, s. 250.

<sup>267</sup> Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin sorumluluk sigortası, 1219 sayılı Kanun’a 21.1.2010 tarihli ve 5947 sayılı Kanun ile eklenen Ek-12 maddesi ile beraber zorunlu hale gelmiştir. Zorunlu mesleki mesuliyet sigortası düzenlemesi ile dava sayılarındaki artışın paralel olduğu yönünde İnal, **Cerrahi Uygulama**, s. 766. Benzer tespiti Danimarka Hukuku ve uygulamasında da yapıldığı gözlemlenmektedir. Ümit Gezder, “Malpractice Liability According to Danish Law”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Sa.2, 2012, s.11-26, s. 15.

Hekimlere yönelik açılan dava sayılarındaki yükseliş, hekimleri çoğu zaman standardı da aşan bir temkinli olma haline itmiştir<sup>268</sup>. Gerçekten, olası bir hukuki uyuşmazlık ile karşı karşıya gelmemek adına tıbbi gereklilik bulunmayan hallerde dahi ek tetkikler istenmesi ya da ilaç yazılması gibi durumlarla sıklıkla karşılaşıldığı belirtilmektedir<sup>269</sup>.

Hekimin, tıbben gerekli olmamasına rağmen hastadan ilave testler talep etmesi, biyopsi ya da cerrahi uygulama gibi hastanın aynı zamanda vücut bütünlüğünü ihlal eden müdahalelerde bulunması pozitif çekinik tıbbi uygulamalar olarak adlandırılmaktadır<sup>270</sup>.

Güvence davranışları olarak da ifade edilen bu müdahaleler; özellikle hekimin hastanın şikayeti ile ilgisi olmayan birçok tetkik talep etmesi ile kendini göstermektedir<sup>271</sup>. Burada hekim, kendini korumak maksadı ile tıbbi prosedürleri genişletme, hasta ile daha fazla ilgilenmekte ve çoğu zaman herhangi bir tıbbi değeri bulunmayan müdahalelerde bulunmaktadır<sup>272</sup>.

Bir diğer sık karşılaşılan durum ise hekimin esasen hastayı fiziki muayene ya da şikayetlerini takip etme yolu ile tespit edebileceği hastalıklarda ivedi olarak görüntüleme tekniklerine başvurmasıdır. Hastanın burun içine aletle bakılması ile tespit edilebilecek sinüzit hastalığında, hekimin önce tomografi tetkiki talep etmesi örneğinde durum böyledir. Burada hekimin ilave tetkiklere başvurmasının özenli faaliyeti karşıladığı ve hastanın şikayetinden bağımsız, daha evvel tespit edilmeyen bir hastalığın fark edilebileceği ileri sürülebilir. Ne var ki pozitif çekinik tıbbi

---

<sup>268</sup> Hekimin somut durumda özenli davranıp davranmadığının tespiti bilirkişilerce yapılmaktadır. Hakim her ne kadar bilirkişi görüşü ile bağlı olmasa da teknik uzmanlık gerektiren konularda bilirkişi raporu hilafına karar verilmesi ile sıklıkla karşılaşılmamaktadır. Bu kapsamda özenli davranış modelinin belirlenmesi hususunda takdir yetkisinin bilirkişilerce kullanıldığı ifade edilebilecektir. Yine bir davranışın özenli olup olmadığını tespit etmeye yarar ölçütlerdeki belirsizlik kişiyi olması gerekenden daha fazla özen göstermeye itecektir. Kerem Cem Sanlı, "İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt: Hand Formülü", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.14, Sa.4, 2008, s. 99-131, s. 105.

<sup>269</sup> Yılmaz, **Defansif Tıp**, s. 790; Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, s. 245-246. Tedavinin gereksiz şekilde uzatılması, hekimin sadakat yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir. Başpınar, **Hekimin Özen Borcu**, s. 26.

<sup>270</sup> Yılmaz, **Defansif Tıp**, s. 791.

<sup>271</sup> Yılmaz, **Defansif Tıp**, s. 791.

<sup>272</sup> Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, s.246.

müdahaleler, tıbbi standartlardan sapmayı işaret etmektedir. Bu tür uygulamalar aynı zamanda tıbbi etik ihlali niteliğindedir.

Hekimin olası hukuki uyuşmazlıklardan kendini koruması saikiyle yapmış olduğu bir diğer davranışı özellikle risk barındıran hastalarla sözleşmesel ilişkiye girmekten ya da yüksek riskli olarak görülen teşhis veya tedavi yöntemlerinden kaçınmaktır<sup>273</sup>. Hekimin bu tip davranışları tıp bilimi literatüründe kaçınma davranışları ya da negatif çekinik davranışlar olarak isimlendirilmektedir<sup>274</sup>. Pozitif çekinik davranışların yukarıda belirtilen yönü ile hasta açısından belirli bir oranda da olsa olumlu olduğu değerlendirilmekteyse de negatif uygulamaların hasta menfaatine hizmet etmediği açıkça anlaşılmaktadır.

Hekimlerin, çekinik tıbbi uygulamalarının hekimin özen yükümlülüğü ile ilişkisi de pozitif ve negatif tıbbi uygulamalar açısından ayrıca değerlendirilmelidir.

Güvence davranışları olarak da ifade edilen pozitif çekinik tıbbi uygulamaların tıbbi standartlardan sapma teşkil ettiği kanaatindeyiz. Hekimin, tıbbi kurallar ve mesleki yükümlülükler uyarınca yapması gerekli tetkiklere ilaveten fazladan tetkik istemesi ya da biyopsi veya diğer cerrahi girişimlerde bulunması standarttan olumlu bir sapmayı işaret etmektedir. Başka bir ifade ile hekim, tıbbi standartlar uyarınca yapması gerekli olan her tür işlemi yapmakta; ancak buna ilave başka test ya da girişimsel uygulamada bulunmaktadır. Burada tıbbi müdahale hatasında olduğu gibi hekimin tıbbi standartlara uygun davranmadığı bir durum bulunmamaktadır. Bu nedenle tıbbi standarttan olumsuz bir sapma olduğu söylenemeyecektir. Her halükarda hasta, ilave olarak yapılan tüm tetkik ve girişimler için ilave ücret ödemekte ya da taraflar arasındaki hekimlik sözleşmesindeki ücret

---

<sup>273</sup> Araştırmalara göre ülkemizde en fazla tıbbi hatalı uygulama iddiasıyla karşılaşılan uzmanlık dalı başta kadın-doğum anabilim dalı olmak üzere anestezi ve ortopedidir. Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s. 85. Özellikle anne karnında teşhis ve tespitinin mümkün olmasına rağmen cenindeki hastalığın tespit edilmemiş olması en ön sıradaki müdahale hatalarıdır. Belirtmek gerekir ki, uzmanlık dalı seçecek hekimlerin tıbbi davaların sıklıkla görüldüğü cerrahi alanları, *riskli* bulmaları nedeni ile tercih etmedikleri ve cerrahi barındırmayan alanları tercih ettikleri görülmektedir. Bu genel eğilimin tıpta uzmanlık sınav puanlarına yansımaları sonucu klinik bilimlerde dermatoloji, temel bilimlerde biyokimya alanlarının puanlarının yükseldiği gözlemlenmiştir. <https://www.medimagazin.com.tr/hekim/tip-egitimi-tus/tr-tusta-tercih-siralamasi-nasil-degisti-en-cok-puan-alanlar-hangi-branslari-tercih-ediyor-2-22-77051.html> (Çevrimiçi), 9 Kasım 2019.

<sup>274</sup> Yılmaz, **Defansif Tıp**, s. 791.

unsuru bu tetkik ve girişimleri de kapsayacak şekilde fazla olarak belirlenmektedir. Hekimin çekinik tıbbi uygulamalarının, tıbbi standarttan sapmayı ve dolayısıyla hekimin özen yükümlülüğüne aykırılığı işaret ettiğinden bahisle hastanın bu tür pozitif tıbbi müdahaleler için nezdinde doğan tetkik ücreti ve benzeri doğrudan zararın hekim tarafından tazmini mümkün olmalıdır. Peki tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen bu tür görüntüleme tekniklerine maruz kalan hasta, manevi zarara uğradığından bahisle tazminat talep edebilir mi? Belirtmemiz gerekir ki, görüntüleme tekniklerinin fazladan kullanımının radyasyon ve kanser vakaları ile ilişkisi üzerinde süregelen tartışmalar mevcuttur<sup>275</sup>. Burada zarar henüz oluşmamış olsa dahi zararın gelecekte oluşma ihtimalinin hastayı tedirgin edeceğinden söz edilebilir. Yargıtay'ın baz istasyonlarının kaldırılarak yerinin değiştirilmesi talebinin kabul edilmesi gerektiğine yönelik verdiği bazı kararları bu yönden dikkat çekicidir. Bu kararlarında baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik dalgaların zarara neden olmasa da insan sağlığına olumsuz etkileri bilimsel olarak kanıtlanmamış tehlikelerde dahi davacıda tedirginlik, korku gibi psikolojik zarara neden olunabileceği ifade edilmektedir<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırma, 1993 yılından 2007 yılına dek bilgisayarlı tomograflerin kullanımının üç kat arttığını, 2007 yılında 72 milyon bilgisayarlı tomografi uygulandığını ve bunun da gelecekte 30 bin kanser vakasına yol açma ihtimalini göstermiştir. Bir başka çalışma, özellikle abdominal bölge ya da pelvise uygulanan bilgisayarlı tomografinin hasta üzerinde kansere yol açma ihtimalinin yüksekliğini göstermiştir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, s. 254. Tıbbi gereklilik bulunmaksızın röntgen çekimi yaptırılmasının kasten yaralama suçu oluşturduğuna karar verilen bir olayda bilirkişiler, röntgen ile kişinin vücut yapısının zarar gördüğünü ve az bir dozun dahi uzun süreli zararlara yol açabileceğini, tümör oluşmasında etkili olduğunu belirtmiştir. BGH VersR 1998, 320. Hakan Hakeri, "Tıbbi Müdahalelerde Endikasyon", **Tip Hukuku Atölyesi-I**, Ankara, Seçkin, 2013. s.61-77, s.65.

<sup>276</sup> TMK md. 25 hükmüne dayalı olarak açılan saldırıya son verilmesi davası için saldırının haksız olması yeterlidir. (Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 259). Kararda; *Anayasa tarafından korumaya alınan "yaşama hakkı", "haberleşme hürriyeti" ve "mülkiyet hakkı" gibi temel haklar arasında bir çatışma meydana gelmesi halinde bu durumun, yargılama makamları tarafından hassasiyetle değerlendirilmesi ve çatışan yararlar arasında öncelik düşüncesine dayalı bir denge kurulması gerekir* ifadelerine yer verilmiştir. "(...)Davacının dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zararı kanıtlanmamış ise de, baz istasyonunun yukarıda açıklanan zarar verme ihtimali ile birlikte davacının evine olan mesafesi, kanser hastası bir kızının bulunması, içinde bulunduğu psikolojik ortamın kendisinde tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı ve bu konudaki doktor bilirkişi raporu ile davacının yaşamındaki sağlık değerleri, Anayasaca teminat altına alınan yaşam hakkı, mülkiyet hakkı birlikte değerlendirildiğinde dava açmakta haklı olduğu ve davasının kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır(...)" YHGK T. 30.05.2012 E. 2012/4-147 K. 2012/327K. Aynı yönde Yarg. 4.HD. T. 11.06.2009, E. 2009/5820 K. 2009/7837; Yarg. 4.HD. T. 02.11.2010 E. 2010/8524 K. 2010/11242. Kazancı İçtihat Bankası (Çevrimiçi), 14 Nisan 2018. Yargıtay, bu kararlar ile birlikte usulüne uygun biçimde denetlemeleri yapılmış olan ve ilgili Yönetmelik hükümlerinde belirtilen limitlerin altında radyasyon yayan işletmelerde, faaliyetin henüz başında tespit edilmemiş tehlikenin zaman içerisinde önemli boyutlara ulaşacağına anlaşılacağı, bu yönde hissedilen psikolojik tedirginliğin zarar olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Aksi yönde bir Yargıtay kararı şöyledir: "(...)Keza davacı, baz istasyonunun limit değerlere ve güvenlik mesafelerine uygun olmasına rağmen zararlı olduğunu iddia



Negatif çekinik tıbbi davranışların ilk görünümünde hekimin riskli bulunduğu hasta ile sözleşmesel ilişki kurmaktan kaçındığını ifade etmiştik. Bu şekilde olan negatif tıbbi uygulamaların her zaman sorumluluğa yol açtığını belirtmek doğru olmayacaktır. Daha önce ifade etmiş olduğumuz üzere hekimin, hasta ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği'nin 18 ve 19. maddelerinde acil yardım, resmi veya insani vazife halleri bu genel kuraldan ayrık tutulmuştur. Hekimin bu sayılan hallerde hastaya bakmaktan kaçınması halinde hekimin mesleki yükümlülüğünün ihlali söz konusu olacaktır. Örneğin somut vakada uzman olarak sadece bir hekimin bulunduğu şehirde hekimin hastaya bakmaktan kaçınması (hasta ile sözleşme ilişkisine girmemesi) böyledir. Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki, hekimin riskli bulunduğu bir vakadan kaçınması kimi durumlarda bizatihi özen yükümlülüğünün gereğidir<sup>277</sup>. Örneğin kulak burun boğaz hastalıkları anabilim dalında uzman bir hekimin uzmanlığından itibaren kulak tümör vakaları ile ilgilenmesi ihtimalinde gırtlak kanseri hastalığından muzdarip kişinin tedavisini üstlenmemesi bu duruma örnektir<sup>278</sup>.

Hekimin, hekimlik sözleşmesi kurulduktan sonra riskli tedavi yöntemlerinden kaçınması hali ise daha farklıdır. Bu kaçınma hali riskli tedavi yöntemini hiç uygulamamak ve sözleşmeyi tek taraflı sona erdirme anlamında olabilir. Burada TBK md. 512 hükmü ışığında ve uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdirmiş olması ihtimalinde hekim hasta nezdinde doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Hekimin kaçınması; riskli tedavi yerine daha az risk barındıran bir tedavi yöntemini seçmesi şeklinde de olabilir. Esasen hekim, her daim hasta açısından daha az riskli

---

*ediyorsa, idari yargıda idareye karşı yönetmeliğin iptali davası açması gerekir. Adli yargıda görülecek davalarda ise davanın kabul edilebilmesi için öncelikle baz istasyonunun yönetmelikte belirtilen limit değerlere uygun bulunmadığı ve sağlığa zarar verdiğine ilişkin iddiaların kanıtlanması gerekir. Somut olaya gelince; 07.04.2014 tarihinde uzman bilirkişiler eşliğinde yapılan keşif sonucu hazırlanan raporda baz istasyonunun yönetmelikte belirtilen limit değerlere ve kriterlere uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Bu durumda mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.(...)” Yarg. 14.HD. T.27.3.2019 E. 2016/16549 K. 2019/2801. Benzer yönde bkz. Yarg. 14. HD. T.9.4.2019 E. 2016/10487 K.2019/3252, (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 26 Şubat 2020.*

<sup>277</sup> Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art 398, Nr. 24b; Deutsch/Spickhoff, **Medizinrecht**, Nr. 145.

<sup>278</sup> Hekimin, acil durumlar haricinde, sadece yeterli tecrübe ile yetenek sahibi olduğu ve gerekli teçhizata sahip olması halinde hastayı tedavi etmesi gerektiği, aksi halde bunun üstlenme kusuru teşkil edebileceği yönünde Janda, **Medizinrecht**, s. 315; Neu, **Ärztlichpflichtfragen**, s. 12-13; **NomosK/Bergmann-Middendorf**, BGB § 630a, s. 476.

olan tedaviyi seçmekle yükümlüdür<sup>279</sup>. Ancak hekim açısından daha riskli olsa dahi hastanın bu riskli tedavi yöntemini seçmeye ilişkin kendi geleceğini belirleme hakkının varlığına dikkat etmek gereklidir<sup>280</sup>. Örneğin, hastanın ses tellerinden birine tamamen yayılmış diğerine de kısmen geçmiş kanser vakasını ele alalım. Burada ilk yöntem, hekimin kanserli bölgeyi tamamen çıkararak hastanın gırtlakını alması ve kanserin tekrarlama ihtimalini bertaraf etmesi olabilir. Bu ihtimalde hasta, boğazına açılan delik yardımı ile nefes alacak; ancak konuşma yetisinden mahrum kalacaktır. Ancak hekim, hasta açısından daha riskli ikinci ihtimalde sadece kanserli kısma müdahale edebilir. Bu ikinci ihtimalde hastalığın tekrar etmesi ilk ihtimale nazaran daha yüksektir; ancak kısmi müdahalede ilkinden farklı olarak hasta konuşabilecek ve gırtlakına delik açılmasına gerek olmaksızın nefes alabilecektir. Hekim açısından ikinci ameliyat daha fazla risk barındırmaktaysa da hastanın, kısmi müdahaleye ilişkin kararı minvalinde ikinci tedavi yöntemini seçme hakkının tanınması zorunludur<sup>281</sup>. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü ile de bağlantılı olan bu olayda aynı zamanda hekim asli edimini özen yükümlülüğüne aykırı yerine getirmiştir. Bu kapsamda sorumluluğun diğer şartlarının mevcut olması halinde hekimin, çekinik tıbbi müdahalelerinden doğan zararları gidermekle yükümlü olduğu kanaatindeyiz.

## 2. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi

### a. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

Doktrinde hekimin; yürüteceği tıbbi müdahale hususunda hastanın kararında etkili olabilecek hususları açıklayarak hastanın serbest rızasını temine yarar açıklamaları ile müdahalenin başarılı sonuca ulaşması amacı ile yapacağı

---

<sup>279</sup> OLG Hamburg, Urt v 26. 6. 1987 - 1 U 49/86, VersR 1989, 147-148, OLG Köln, Urt v 20.4.1989 – 7 U 20/88, VersR, 1990, 856-858, Kern, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztes**, § 156, s.10-11. Birden fazla kabul gören metodun varlığı karşısında hekimin en iyi bildiği sterilizasyon metodunu seçmesi gerektiği yönünde bkz. OLG Düsseldorf, Urt v 20. 12. 1990 - 8 U 206/89, VersR 1992, 751-752. Hekimin tedaviyi seçme özgürlüğü karşısında riski en az tedavi yöntemi seçmekle yükümlü olmadığı yönündeki görüş için bkz. Ünver, **Tıbbi Standart**, s. 40.

<sup>280</sup> Bkz. OLG Braunschweig, Urt v. 19.12.1986 - 2 U 71/86, MedR 1989, 147-148, Kern, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztes**, § 156, s.10. Hasta haklarından biri olan kendi geleceğini belirleme hakkı, teşhis, tedavi ve tedaviye yönelik riskler hakkında bilgi sahibi olan hastanın kendi sağlığına ilişkin tedavi sürecini yönetme ve karar verici pozisyonunda olmasını sağlamaktadır. Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, s. 14.

<sup>281</sup> Burada risk hekim açısından ameliyatın zorluğunda görülecektir. Hasta açısından ise hastalığın tekrar etme ihtimali risk olarak kabul edilebilir.

bilgilendirmeler, aydınlatma olarak tanımlanmaktadır<sup>282</sup>. Hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğünün temelinde, hastanın vücut bütünlüğüne ilişkin serbestçe karar alması amacı yatmaktadır<sup>283</sup>. Ancak hiçbir tedavi öngörülmesine dahi hekimin aydınlatma yükümlülüğünün mevcut olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira temel biyo-tıp etiği ilkelerinden olan hastanın özerkliğine saygı ilkesi ve hastanın mutlak kişilik haklarına dahil olarak kimi durumlarda diğer kişilik haklarından üstün tutulan kendi geleceğini belirleme ilkesi, hastanın karar sürecinde etkin katılımını gerektirmektedir. Bu kapsamda aydınlatma yükümlülüğünü, sadece olası tıbbi müdahaleye verilecek rızanın hukuka uygunluk koşulu ya da müdahalenin özenli ifasını sağlayan bir koşula hasretmek uygun olmayacaktır. Şu halde olası bir müdahaleye rızanın söz konusu olduğu her halde rızanın, aydınlatma sonrası verilmesi gerekmele birlikte aydınlatma yükümlülüğünün rızadan bağımsız olarak mevcut olduğu belirtilmelidir.

Daha evvel belirtmiş olduğumuz üzere tarafların önemli gördüğü hususlara ilişkin birbirini aydınlatma hususunda kabul edilen genel bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ne var ki kanundan, taraflar arasındaki sözleşmeden ya da bizatihi dürüstlük kuralından bu yükümlülüğün doğması söz konusu olabilir.

Taraflar arasındaki güven ilişkisinin ön planda olduğu vekalet sözleşmelerinde bu yükümlülüğün sözleşmenin niteliğinden doğduğu şüphesizdir. Hekimlik sözleşmelerinde de durum böyle olmakla beraber, sözleşmeyi kurmaya yönelten sebep, kişilik hakkının bulunduğu vücut üzerinde yapılacak müdahale olduğundan, kişilik hakkı ihlalini ortadan kaldıran rızanın geçerliliği öncelikle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesine bağlıdır. Bu özelliği gereği hekimlik sözleşmelerinde aydınlatma yükümlülüğünün diğer vekalet sözleşmelerine nazaran çok daha fazla önemli olduğunu ifade etmek uygun olacaktır.

Hekim tarafından hasta üzerinde gerçekleştirilen her müdahale, hastanın vücut bütünlüğünü ihlal etmektedir. TMK md. 24 hükmü uyarınca, hastanın rızası,

---

<sup>282</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 71; Ott, **Haftung**, s. 30vd.; Dario Holland, **Das Verhältnis von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung**, Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Band 21, Universitätsverlag Göttingen, 2017, s.7, s. 23.

<sup>283</sup>Wiegand, **Die Aufklärung**, s. 151.

üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmayan her saldırı hukuka aykırıdır. Hastanın vücut bütünlüğüne ilişkin kişilik hakkına yapılan saldırının hukuka aykırılığını kaldıran temel sebep ise hastanın bu müdahaleye yönelik vermiş olduğu rızadır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki hastanın rızasının hukuka aykırılığını ortadan kaldırması, bu rızanın hukuka uygun olmasına bağlıdır. Bunun içinse hastanın rıza vereceği müdahaleye ilişkin özenli şekilde aydınlatılmış olması gerekmektedir<sup>284</sup>. Burada aydınlatmanın fonksiyonu, hastanın kendi vücut bütünlüğü ile ilgili olarak serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesini sağlamaktır<sup>285</sup>. İşte bu noktada hastanın aydınlatılmasına dayanak teşkil eden iki temel hakkı mevcuttur. Bunlar; hastanın, başkasının etkisinden arı olarak karar alabilmesine hizmet eden “kendi geleceğini belirleme hakkı” ve hastanın vücut bütünlüğü üzerindeki hakkıdır<sup>286</sup>.

Bu kapsamda bizim de katıldığımız görüşe göre hastanın üstün nitelikte özel yararının bulunmadığı durumlarda, rızası olmaksızın hasta üzerinde gerçekleştirilen her müdahale hastanın hem kendi geleceğini belirleme hakkını hem de vücut bütünlüğü üzerindeki hakkını ihlal etmektedir<sup>287</sup>. Burada müdahale, tıp biliminin standartlarına uygun ve özenli gerçekleştirilmiş olsa dahi sonuç değişmeyecektir. Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekim, hastanın maddi ve manevi zararını gidermekle yükümlüdür.

Belirtmemiz gerekir ki, hastanın tıbbi müdahaleye yönelik rızası açık ya da örtülü olabilir. Ancak sağlık mevzuatında kimi müdahaleler için verilecek rızanın

---

<sup>284</sup> Franzki, **Der Behandlungsvertrag**, s. 89; Honsell, **OR Art 394-406**, s.277.

<sup>285</sup> Wiegand, **Die Aufklärung**, s. 151.

<sup>286</sup> Ozanoğlu, **Aydınlatma Yükümlülüğü**, s. 59; Wiegand, **Die Aufklärung**, s. 151.

<sup>287</sup> Şenocak, **Küçüğün Rızası**, s. 68. ve dn. 10'da belirtili görüşler. Bir diğer görüşe göre aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılan müdahaleler, hastanın sadece kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal etmektedir. Bu yöndeki açıklamalarımız; aydınlatma yükümlülüğünün özen yükümlülüğü ile ilişkisi bölümünde belirtilmiştir.

yazılı olması gerektiği açıkça düzenlenmiştir<sup>288</sup>. Bu kapsamda bu tür müdahalelere yönelik rızanın geçerliliği, yazılı şekilde verilmiş olmasına bağlıdır<sup>289</sup>.

Hastanın müdahaleye yönelik rızasının ön koşulu olan aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanağı nedir? Bu soruya cevap öncelikle T.C. Anayasası ve Türk Medeni Kanunu'nda aranmalıdır. Gerçekten Anayasa'nın 17/f. II fıkrası, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller haricinde vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını ve kişinin rızası dışında bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını açıkça düzenlemiştir. Yine TMK md. 23 hükmü ile kişinin hak ve fiil ehliyeti ile özgürlüğünden vazgeçemeyeceği ve bunları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı, TMK md 24 hükmü ile kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası gibi sebeplerden biriyle haklı kılınmadıkça kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir. Esasen bu üç amir hükümde de rızaya yönelik aydınlatma doğrudan belirtilmemektedir. Ancak hekimlik sözleşmesinde hastanın rızasının ancak aydınlatılmış olduktan sonra hukuken geçerli olması dürüstlük kuralının bir gereğidir. Zira hasta, özel ve uzmanlık gerektiren bu bilim dalında neye rıza vereceğini bilecek durumda değildir. Hastanın serbestçe karar verebilmesine esas teşkil eden husus ise onun serbest iradesini yansıtmasını ve kendi geleceği hakkında karar verebilmesine hizmet eden aydınlatmadır.

1219 sayılı TŞSTİDK md. 70 hükmünde, bütün tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınması gerekliliği belirtilmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'ne 2014 yılında eklenen ek bent<sup>290</sup> ile rıza; tıbbi müdahaleyi serbest irade ve bilgilendirilmiş olarak kabul etme şeklinde tanımlanmıştır. Metinde yer alan bilgilendirme, hastanın aydınlatılması ve hastaya bilgi verilmesi yükümlülüğünü işaret etmektedir. Yine

---

<sup>288</sup> 1219 sayılı TŞSTİDK md. 70. Hasta Hakları Yönetmeliği md. 28 hükmü de bu genel kuralı tekrar etmektedir. Maddede mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında rızanın herhangi bir şekilde tabi olmadığı açıkça belirtilmiştir. Bu istisnai düzenlemelerin başında organ ve doku nakilleri, cinsiyet değişikliği, yeni tedavi yöntemleri gibi müdahalelere verilen rızanın yazılı olmasını öngören düzenlemeler gelmektedir.

<sup>289</sup> Şekle uyulmadan verilen rıza geçerli değildir. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 225. Burada tekrar etmek gerekir ki, rızanın yazılı olması, bu müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı şekilde tabi olduğu anlamına gelmemektedir. Yazılı rıza akabinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale, herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olmayan sözleşmenin ifa aşamasını işaret etmektedir. Bu kapsamda bu tür müdahalelerde hastanın yazılı rızasının yokluğu, müdahalenin hastanın kişilik hakkına saldırı niteliğinin ortadan kalkmaması sonucunu doğuracaktır, yoksa sözleşmenin şekle uyulmaması nedeni ile hükümsüz olduğu anlamına gelmemektedir.

<sup>290</sup> RG 8.5.2014, 28994.

08.05.2014 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren değişik 15. madde<sup>291</sup>, bilgilendirmenin kapsamını düzenlemektedir. Bu madde uyarınca hastalığın sebebi ve seyri, tanı ve tedavi seçenekleri ile bu seçeneklerin beraberinde getireceği muhtemel etkileri, komplikasyonları, tedaviyi reddetme durumunda ortaya çıkabilecek fayda ve zararları, kullanılacak ilacın önemli özellikleri gibi hususlarda hekimin bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu düzenlemeden görüleceği üzere hasta hem olası tıbbi müdahale hususunda karar vermesine etki edecek hususlarda hem de tıbbi müdahale gerçekleşmesini takiben bundan en yüksek faydayı almasına yarar önlemler hususunda aydınlatılmalıdır. Hekim tarafından hastaya yöneltilen aydınlatma hastanın anlayacağı objektiflikte olmalı ve hekim, hastayı yönlendirmeden kaçınmalıdır<sup>292</sup>.

### **(1) Hastanın Kendi Geleceği Hakkında Karar Vermesine Yönelen Aydınlatma: Karar Aydınlatması**

İnsan onurunu korumayı amaçlayan ve insanın özerkliğine saygı duyulması ilkesinin hayata geçirilmesini sağlayan aydınlatma yükümlülüğünün dayanağı biyo-tıp etik ilkeleridir<sup>293</sup>. Temel biyo-tıp etik ilkeleri olan özerkliğe saygı, zarar vermeme ve yararlılık ilkeleri neticesinde şekillenen aydınlatılmış onam öğretisinin temelinde hekimi hasta karşısında güçlü kılan bilgiyi hastaya aktararak hasta hekim ilişkisini bir statü ilişkisinden çıkarıp anlaşmaya dönüştürülmesi yatmaktadır<sup>294</sup>.

Hastanın özerkliğine saygı ilkesi ve bu ilkenin bir uzantısı olarak hastanın temel kişilik haklarından olan kendi geleceğini belirleme hakkının mevcudiyeti, hastanın tıbbi faaliyete ilişkin sürece yönelik aydınlatılmış olmasını gerektirmektedir. Ancak aydınlatma yükümlülüğün kapsamı, sadece olası müdahalenin yürütülmesi amacı ile rızayı temine hasredilmemelidir. Müdahalenin beklenen amacına ulaşması amacı ile müdahale sonrasında da hastanın aydınlatılması esastır. Bu çerçevede, aydınlatma yükümlülüğü iki temel başlık altında incelenmektedir. Bunlardan ilki *otonomi*, *müdahale* ya da *karar aydınlatması* olarak

---

<sup>291</sup> RG 8.5.2014, 28994.

<sup>292</sup> Wiegand, *Die Aufklärung*, s. 153.

<sup>293</sup> Nermin Ersoy, "Aydınlatılmış Onam Öğretisi", *Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik*, 1995, Sa. 1, s.1-5, s. 1.

<sup>294</sup> Ersoy, *Aydınlatılmış Onam Öğretisi*, s. 1.

ifade edilen ve hastanın kendi geleceğinde söz sahibi olmasına hizmet eden aydınlatma türüdür. Bir diğer aydınlatma yükümlülüğü konusu ise koruma ya da tedavi aydınlatması olarak ifade edilen aydınlatma türüdür<sup>295</sup>.

Karar (otonomi) aydınlatması, hastanın olası müdahaleye serbestçe karar vermesine yönelik aydınlatmadır. Bu kapsamda hastanın kendi geleceğini belirleme ve vücut bütünlüğüne yönelik kişilik hakkını korumaya hizmet etmektedir<sup>296</sup>. Bu noktada müdahalenin kişilik hakkına aykırılığını ortadan kaldırmaya yarar ölçütün ne olduğu diğer bir ifade ile aydınlatmanın kapsamı incelenmelidir.

Karar aydınlatmasının hastanın rızasının ilk basamağı olduğu değerlendirildiğinde, hastanın kendi vücudu üzerinde karar vermesine yarar her bilginin hastaya açıklanması gerektiği anlaşılmaktadır. Hasta, karar vermesine neden olacak hususları bilerek olası müdahalenin fayda, zarar ve risklerini bir bütün olarak değerlendirerek karar verecektir. Bu kapsamda Hasta Hakları Yönetmeliği'ne paralel olarak hastanın öncelikle teşhis, olası tedavi ve tüm bunlara yönelik tıbbi müdahalelerin beklenen faydaları, hastaya yansımaları muhtemel zarar ve riskleri hususunda aydınlatılması gerekmektedir. Burada hekim, hasta tarafından aydınlatma talep edilmese dahi bu yükümlülüğünü yerine getirmekle yükümlüdür<sup>297</sup>. Zira hasta ancak özenli ve kapsamlı olarak aydınlatılmış olması akabinde müdahale ve sonuçlarını bilecek duruma gelebilecektir<sup>298</sup>.

Hekimlik sözleşmesinde başka hiçbir hukuki ilişkide olmadığı kadar önem arz eden karar aydınlatması kendi içerisinde üç başlık altında incelenmektedir.

---

<sup>295</sup> Ozanoğlu, **Aydınlatma Yükümlülüğü**, s. 65.

<sup>296</sup> Ozanoğlu, **Aydınlatma Yükümlülüğü**, s. 65.

<sup>297</sup> Wiegand, **Die Aufklärung**, s. 153.

<sup>298</sup> Hasan Ozan Seçkinoğlu, **Aydınlatma**, s. 65. Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüş, sünnete yönelik tıbbi müdahalelerde aydınlatmanın yetersiz olduğunu ortaya koymaktadır. Sünnete yönelik tıbbi müdahalelerde hekim, operasyon yöntemi ile operasyon neticesinde meydana gelebilecek acı, enfeksiyon gibi durumlar konusunda hastayı aydınlatmalıdır. Hastaya yönelik aydınlatmanın kapsamına sünnetin yapılmaması ve erkek çocuğun doğum ile sahip olduğu üreme organı ile büyümesinin sonuçlarının aktarımı da girmelidir. Bu konuda yapılan araştırmalar, hekimlerin, sünnetin reddi konusunda hastaları aydınlatmada eksik kaldığını göstermektedir. J. Steven Svoboda, "Tortured Bodies, Tortured Doctrines: Informed Consent as a Legal Fiction Inapplicable to Neonatal Male Circumcision", **Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural and Religious Infringements**, Springer, 2013, s.1-29, s. 18.

Bunlar teşhis, süreç ve riziko aydınlatmasıdır<sup>299</sup>. Burada belirtmek gerekir ki, aydınlatma türlerinin birçok olayda iç içe geçmesi ile karşılaşılabilir<sup>300</sup>. Burada önemli olan husus; aydınlatmanın, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin kişilik hakkı kapsamında karar verme sürecine etkili olup olmadığıdır.

Karar aydınlatmasının bir alt grubu olan *teşhis aydınlatmasında* hasta, yapılan incelemeler akabinde mevcut sağlık durumuna ilişkin tıbbi bulgular hususunda aydınlatılmaktadır<sup>301</sup>. Hekim, teşhisi gizlemeden tıbbi bulguları hastanın anlayacağı şekilde aktarmakla yükümlüdür. Olası bulguların birbirine yakın farklı hastalıkları işaret etmesi halinde hekim, teşhisinin kati olmadığını hastaya açıklamalı ve teşhisi nihai hale getirme amacı ile gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür.

Tıbbi bulgular akabinde konulan teşhis hasta açısından son derece ağır olsa dahi hastaya açıklanmalıdır. Zira bu halde konulan teşhis ve buna bağlı tedavi ile riskler hakkında aydınlatılan hastanın serbestçe karar vermesi sağlanacaktır. Hastanın dördüncü evrede kanser olması örneğinde bu durum, teşhisin hastadan saklanılmasını haklı kılmayacaktır. Aksine hasta öncelikle teşhisi ve akabinde buna uygun kemoterapi ya da cerrahi operasyon gibi tedavi yöntemleri ve bunların risklerini değerlendirerek olası müdahale hakkında karar verebilecek duruma getirilmelidir. Bunun istisnası ise Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği'nin 14/f.II maddesinde düzenlenmiştir<sup>302</sup>. Mezkur madde uyarınca hastanın ruh hali üzerinde vahim etkiler yaratmak sureti ile hastalığın artması ihtimali bulunan hallerde

---

<sup>299</sup> Adolf Laufs, **Handbuch des Arztrechts**, (Laufs, Adolf, /Kern, Bernd-Rüdiger), 4. Auflage, München 2010, § 59, Nr. 11; Carolin Wever, **Nomos Kommentar, Gesamtes Medizinrecht, §§630c -630e BGB**, 3. Auflage, 2018, BGB § 630d, s. 488.

<sup>300</sup> Janda, **Medizinrecht**, s. 316; Hakan Hakeri, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları", **Tıp Hukuku Dergisi**, 2016, Sa.6, s. 17-45, s. 23.

<sup>301</sup> Wiegand, **Die Aufklärung**, s. 154. Teşhise yönelik her aydınlatmanın karar aydınlatması olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Karar aydınlatması olarak kabul edilen durumda özellik arz eden husus, teşhisin, hastanın olası bir müdahaleye yönelik kararını etkileyecek olmasıdır. Holland, **Selbstbestimmungsaufklärung**, s. 9 ve dn. 55'te belirtili yazarlar. Örneğin hekimin sadece teşhis koymak ile yükümlü olduğu bir hekimlik sözleşmesinde hekimin teşhise yönelik aydınlatması, karar aydınlatması niteliğinde değildir. Burada hekimin, sözleşmeden doğan asli edimini yerine getirmesi söz konusudur. Holland, **Selbstbestimmungsaufklärung**, s. 10 ve dn. 58'te belirtili yazarlar.

<sup>302</sup> Benzer düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de yer almaktadır. Yönetmeliğin 19/I fıkrası şöyledir: "*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığının seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.*"



hastalığın vahim görülen akıbetinin saklanması uygundur. Burada hekim, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına karşılık aydınlatma nedeni ile hastanın göreceği zararı tartacaktır<sup>303</sup>. Somut durumda hastanın ruhen karşılaşacağı zararın daha fazla olduğuna kanaat getiren hekim aydınlatmayı hasta yararına sınırlandırabilmelidir<sup>304</sup>.

*Süreç aydınlatması* ise hekimin, teşhise uygun olarak planladığı tıbbi müdahaleyi, müdahalenin gerekliliğini<sup>305</sup> ve bu müdahale uygulanmadığı takdirde beklenen neticeye ilişkindir. Burada hasta müdahale öncesi ve sonrası ya da müdahaleyi reddetmesi halinde karşılaşması muhtemel neticeyi birlikte değerlendirebilecektir. Örneğin kemoterapi sonrası saçların döküleceğine yönelik açıklamalar bu şekildedir<sup>306</sup>. Sürece ilişkin bu aydınlatma, hekimin alternatif tedavi ve müdahale yöntemini de kapsmalıdır<sup>307</sup>. Hasta, kendisine önerilen yöntem haricindeki alternatif tedavi yöntemleri ve bunların olası sonuçları hakkında bilgilendirilmelidir<sup>308</sup>. Aksi halde hastanın rızası, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır.

---

<sup>303</sup> Hofstetter, **Der Auftrag**, s. 91; Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 78; Aydın/ Ersoy, **Tıp Etiği İlkeleri**, s. 51. Bu husus, hekimin tedavi ayrıcalığı (önceliği) kavramı olarak ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, s. 37vd.

<sup>304</sup> Hofstetter, **Der Auftrag**, s. 91; Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 78.

<sup>305</sup> Müdahalenin gerekliliğine ilişkin aydınlatma, teşhis aydınlatmasından süreç aydınlatmasına geçişin ilk aşamasıdır. (Ozanoğlu, **Aydınlatma**, s. 67). Hakeri ise müdahalenin gerekliliğine yönelik aydınlatmayı karar aydınlatması değil tedavi aydınlatması başlığında incelemektedir. Hakeri, **Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları**, s. 26.

<sup>306</sup> Wiegand, **Die Aufklärung**, s. 154.

<sup>307</sup> Ott, **Haftung**, s. 41. Alternatif tedaviye yönelen aydınlatmanın karar aydınlatması içerisinde ayrı bir başlık altında inceleyen görüş için bkz. Hakeri, **Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları**, s. 25. Hekimin, tıbbi müdahalenin mali külfeti hususunda da hastayı aydınlatma yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Weber, **OR Art. 400**, p. 6; Ozanoğlu, **Aydınlatma Yükümlülüğü**, s.69; Oral, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, s. 607. Bu yükümlülük, BGB § 630c(3)'te ayrıca düzenlenmiştir.

<sup>308</sup> Geleneksel tedavi yöntemlerinin haricinde kalan ve belirli bir tanınmışlık düzeyine erişmiş alternatif tedavi yöntemleri hususunda da hasta aydınlatılmalıdır. Alerji ya da romatizmanın akupunktur yolu ile tedavi edilmesi belirtilen bu duruma örnek olarak verilebilir. (Wiegand, **Die Aufklärung**, s. 156. Karş. Hakan Hakeri, "Geleneksel Tıp Bakımından Ülkemizdeki Hukuki Durum", **Tıp Hukuku Dergisi**, Sa.7, 2015, s. 17-42).Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına alternatif tıbbi yöntemlerin girdiği; ancak geleneksel veya tamamlayıcı tıbbin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği yönünde Hakeri, **Geleneksel Tıp**, s. 35. Burada hekimin sorumluluğunun kapsamını belirleyebilmek amacı ile geleneksel, alternatif ve tamamlayıcı tıp kavramları üzerinde durulması gerekmektedir. Türk Hukukunda bu tür uygulamalar, 27 Ekim 2014 tarihli ve 29158 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Geleneksel, ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nde yer almıştır. Ancak Yönetmelik'te kavramlar tanımlanmamıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hekimin özen yükümlülüğünü ifade ederken kullandığımız tıbbi standartlar, çağdaş bilim standartlarını işaret etmektedir. Geleneksel tıp ise, eski hekimlerin eski anlayışla beraber faydalı olduğu inandıkları bitkisel kaynaklı macun, yakı gibi yöntemlere dayalı uygulamalardır. (Bu tanım, Türk Tabipleri Birliği'nin 3.3.2014 tarihinde Sağlık Bakanlığı'na göndermiş olduğu yazıda yer alan tanımdır. Hakeri, **Geleneksel Tıp**, s. 18). Tamamlayıcı tıp; geleneksel tıbbi tamamlayıcı nitelikte olan ve tedaviyi güçlendirici ya da yan etkilerini azaltan nitelikte uygulamalardır. (Pervin Somer/ Elif Vatanoğlu-Lutz, "Geleneksel

Hastanın kendi geleceği hakkında söz sahibi olabilmesi; onun olası müdahalenin risklerini bilerek bu müdahaleye onay vermesi halinde mümkündür. Bu kapsamda karar aydınlatmasının ana ve temel noktasını risk aydınlatmasının oluşturduğundan söz edilmelidir.

Şöyle ki; hekim, planladığı tıbbi müdahaleyi tıp bilimine kabul edilen standartlara uygun olarak tamamlasa dahi karşılaşılması muhtemel riskler hususunda hastayı aydınlatmakla mükelleftir. Aynı husus ilaçla tedavi gibi yan etkiyi haiz tedavi yöntemlerinde de geçerlidir. *Risk aydınlatması* olarak da ifade edilen bu aydınlatmanın eksikliği, uygulamada hekimin sorumluluğuna en fazla yol açan nedenlerden biridir<sup>309</sup>. Hekim, olası müdahalenin riskleri hususunda aydınlatarak hastanın bu müdahaleye bilinçli olarak rıza vermesini sağlamaktadır. Gerçekten özellikle cerrahi operasyonların hepsinde düşük ve yüksek skalalarda değişen riskler bulunmaktadır. Cerrahi operasyon öncesi hastaya yapılan anestezi başlı başına bağımsız riskleri olan bir müdahaledir. Bu kapsamda riziko aydınlatmasının hangi ölçülerde olması gerekliliği diğer bir ifade ile konusu veya kapsamı doktrin ve özellikle uygulamada tartışılmaktadır. Ancak aydınlatmanın kapsamı hakkında kabul edilmiş genel bir kuraldan söz etmek mümkün değildir<sup>310</sup>. Burada esas olan hekimin; hastanın rızasına ve müdahaleye ilişkin kararını oluşturmasına temel teşkil edecek

---

ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin Hukuki ve Etik Açısından Değerlendirilmesi”, **Anadolu Kınığı**, Sa.1, C.22, 2017, s. 58-65, s. 60). Ancak tamamlayıcı tıp uygulamalarının tedaviyi güçlendirici ya da hastalık nedenlerini önleme etkisinin kanıtı dayalı somut dayanakları bulunmamaktadır. (Hakeri, **Geleneksel Tıp**, s. 18). Alternatif tıp ise çağdaş bilimsel tıp kavramının dışında kalan tüm yöntemleri kapsayan genel bir kavramdır. (Somer/Vatanoğlu-Lutz, **Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp**, s. 60). Kavramlar çoğu zaman birbiri yerine kullanılsa dahi benzer yöntemleri kapsamaktadır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Erol Sanyev, “Alternatif Tıbbi Yöntemlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, **Gediz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2014, s. 7-8 vd.). Yönetmelikte akupunktur, sülük uygulaması, ozon uygulaması, fitoterapi, larva uygulaması, hipnoz, kupa uygulaması gibi yöntemler belirtilmiştir. Belirtilen bu uygulamaların hastaya fayda sağlayacağı bilimsel somut veriler vasıtası ile kanıtlanmamıştır. (Somer/Vatanoğlu-Lutz, **Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp**, s. 59). Bu nedenle bu uygulamaların hastalığın standart tedavisinin yerine geçmeyeceği ve devam eden tedaviyi aksatacak şekilde yapılamayacağı, Yönetmelik md. 8/IV fıkrasında ayrıca belirtilmiştir. Açıklanan nedenlerle hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına belirtilen bu uygulamaların girmeyeceği, çağdaş tıbbi tedavi yöntemleri hususunda özenli aydınlatmada bulunan hekimin yükümlülüğünü yerine getirmiş olacağı kanaatindeyiz.

<sup>309</sup>Yarg. 13. HD. T.18.4.2016 E. 2015/6125 K. 2016/10662 :“(…)Mevcut durumda mahkemece alınan bilirkişi raporları ile ameliyat sonrası meydana gelen kanamanın komplikasyon niteliğinde olduğu anlaşılakta ise de, yukarıda anlatılan bilgiler ışığında, davalının komplikasyon nedeniyle sorumlu olmadığı kabulü için hastanın bu komplikasyon sonrası yaşadığı süreç ile ilgili ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmiş olması gerekmektedir.(…)”

<sup>310</sup> Hasta ve hekim arasındaki ilişkinin kişiye özgü niteliği genel bir kural koymayı dışlamakta, hastanın öznel durumu ve kişisel ihtiyaçlarına uyan aydınlatmayı gerekli kalmaktadır. Wiegand, **Die Aufklärung**, s. 155.

bilgilerin aktarılmasıdır. Doğrudan müdahalenin kendisinden kaynaklanan risklerin yanı sıra müdahale neticesinde meydana gelme ihtimali olan risklerin de hastaya aktarılması esastır. Bu kapsamda aydınlatmanın öncelikle hayati tehlike ve uzuv kayıplarına daha sonra diğer risklere yönelmesi gerekmektedir<sup>311</sup>. Burada hekim, kendi tecrübelerinden ya da istatistiki verilerden<sup>312</sup> faydalanarak riski hasta nezdinde somutlaştırabilir. Ancak risk ihtimali nadir dahi olsa, riskin ağır veya kalıcı zarar içermesi halinde hasta bu riskler hususunda kapsamlı şekilde bilgilendirilmelidir. Ne var ki her müdahalede karşılaşılabilecek geçici zarar tehlikelerinin açıklanmamasından hekimi sorumlu tutmamak gerekmektedir. Zira hekimin hastayı olası her risk hakkında aydınlatması fiilen mümkün olmamakla birlikte bu mümkün olsaydı dahi hastanın gerekenden fazla endişeye düşmesine sebebiyet verebilecektir.

## (2) Koruma Aydınlatması

Koruma aydınlatması, hekimlik sözleşmesi ile amaçlanan sonuca ulaşabilme amacı ile hastanın belirli bir yönde sarfı gerekli davranışlarına yönelik bilgilendirilmedir<sup>313</sup>. Burada hastanın kendi geleceği hakkında karar vermesi amacı ile aydınlatılması hali söz konusu değildir. Diğer bir ifade ile aydınlatma, hastanın rızasını almaya yönelmemiştir. Hasta kendi durumu, iyileşme sürecinin işleyişi, ilaç kullanımı gibi hususlarda bilgilendirilerek müdahale sonrasında sağlığına ya da müdahaleden beklenen amaca kavuşması için uyması gerekli davranışlar hakkında bilgi sahibi olmaktadır<sup>314</sup>. Örneğin sterilizasyon operasyonunu takiben ilk üç ay içerisinde diğer koruma yöntemlerine başvurulması aksi halde gebelik yaşanabileceği

---

<sup>311</sup> **NomosK/Wever**, BGB § 630e, s. 492. Ancak hastanın, müdahalelerin genel riskleri arasında yer alan, enfeksiyon, emboli, kan pıhtılaşması gibi riskleri bildiği varsayılabilir. Christian Katzenmeier, **Arztrecht**, (Laufs, Adolf/ Katzenmeier, Christian/ Lipp, Volker), 7. Auflage, München, 2015, s.330; Holland, **Selbstbestimmungsaufklärung**, s.17.

<sup>312</sup> İstatistiki olarak çok nadir görülen tehlikeler konusunda hekim açıklamaya yapmayabilir ya da sadece temel açıklamalarda bulunmakla yetinebilir. Zira istatistiki verilere göre 1000 hastadan sadece birinin tehlikeye maruz kaldığının tespit edildiği hallerde diğer 999 hastayı tereddüde düşürmek yapılacak tedavinin amacı ile bağdaşmayacaktır. (Dural, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 254. ve dn. 17'de belirtili yazarlar. Benzer görüşte Belgesay, **Doktorun Hukuki Borçları**, s. 113; Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 119; Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, s. 25-26). Danimarka Hukukunda; gerçekleşme ihtimali %2'den az olup çok nadir görülmesi nedeni ile aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı dışında bulunan komplikasyonların açıklanmaması nedeni ile hekimin sorumlu tutulmayacağı yönünde Gezder, **Danish Law**, s. 23.

<sup>313</sup> **NomosK/Wever**, BGB § 630c, s. 480.

<sup>314</sup> Wiegand, **Die Aufklärung**, s. 152; **NomosK/Wever**, BGB § 630c, s. 480; Ozanoğlu, **Aydınlatma Yükümlülüğü**, s. 68.

yönündeki aydınlatma böyledir. Hekimin, hastaya yönelik bu tür uyarı ve tedbirlerini içerir koruma aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeni ile zarar doğması halinde burada artık aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden değil, hekimin özen yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeni ile mevcut olan tedavi hatasından söz edilecektir<sup>315</sup>. Zira koruma aydınlatmasındaki eksiklik kendini hekimin asli ediminin özensiz ifasında göstermektedir. Yukarıda verilen örnekten devamla koruma aydınlatması yerine getirilmemesine bağlı olarak yaşanan gebelikte hekimin sözleşmeden doğan asli edimi gereği gibi ifa etmediği değerlendirilmelidir.

### **b. Aydınlatma Yükümlülüğünün Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi**

Hakim görüş, aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanağının hekimin sadakat borcu olduğunu belirtmektedir<sup>316</sup>. Hekim, hasta tarafından talep edilmiş olmasa dahi, sözleşme ile ulaşılmak istenilen amaca kavuşmak ya da hastanın menfaatini korumak amacı ile gereken bilgilendirmeyi hastaya yapmakla yükümlüdür.

Karar aydınlatması, hekimin hastaya yönelik müdahalesinin hukuka aykırılığını kaldıran rızayı temine yöneliktir. Bu kapsamda karar aydınlatması hastanın hukuka uygun rızasının ön koşuludur. Bu niteliği ile hekimlik sözleşmesinden doğan bir yükümlülük olarak sadakat yükümlülüğü içerisinde yer alan yan yükümlülük niteliğindedir<sup>317</sup>. Bu kapsamda bir yan yükümlülük olarak karar aydınlatmasına ilişkin yükümlülüğün ihlali nedeni ile doğan zararların tazmin edilmesi mümkündür.

Daha evvel işaret edildiği üzere, hasta üzerinde gerçekleştirilen her müdahale hastanın hem kendi geleceğini belirleme hakkını hem de vücut bütünlüğü üzerindeki hakkını ihlal etmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre tıp biliminin standartlarına uygun ve özenli gerçekleştirilmiş olsa dahi aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekim, hastanın hem maddi hem de manevi zararını gidermekle

---

<sup>315</sup> Janda, **Medizinrecht**, s. 316; Wiegand, **Die Aufklärung**, s. 158.

<sup>316</sup> Wiegand, **Die Aufklärung**, s. 151. Aydınlatma yükümlülüğünün tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran işlevi nedeni ile kendine özgü bir mesleki yükümlülük olduğu yönünde Adıgüzel, **Yoğun Bakım**, s. 49.

<sup>317</sup> Wiegand, **Aufklärung**, s. 151.

yükümlüdür<sup>318</sup>. Örneğin hekimin tiroid ameliyatı gerçekleştirdiği; ancak tiroid ameliyatına ilişkin komplikasyonlar hususunda hastayı aydınlatmamış olduğunu varsayalım. Burada ameliyat tıbbi standartlara uygun ve gereği gibi gerçekleştirilmiş olsa dahi, hastada sinir zedelenmesi oluşmuşsa sinir zedelenmesinin neden olduğu maddi ve manevi zararın hekim tarafından giderilmesi gerekmektedir<sup>319</sup>. Ancak hekimin, bu risk hususunda hastayı aydınlatmış olsaydı dahi hastanın bu müdahaleye rıza göstereceği savunmasının dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz<sup>320</sup>. Bu savunma, cerrahi müdahalenin tek çare olarak görülebileceği durumlarda ayrıca önem taşıyacaktır. Ancak estetik amaçlı müdahale gibi hastanın tercihine bağlı olan müdahalelerde hekimin bu savunmasının etkisi zayıflayacaktır. Zira burada müdahalenin risklerini bilen hastanın, müdahaleye rıza göstermeyeceği (ameliyattan vazgeçeceği) savunmasının, hekimin savunması karşısında üstün tutulması gerekmektedir.

Bu noktada öğretilerdeki başka bir görüşe göre ise<sup>321</sup>, tıp bilimine uygun yapılan müdahalelerde hastanın aydınlatılmamış olması halinde hastanın sadece kendi geleceğini belirleme hakkına yönelik bir tecavüz mevcuttur. Bu kapsamda müdahalenin olası riskleri hakkında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen; ancak sözleşme ile üstlendiği asli edimini özenle yerine getiren hekimin sadece manevi zarardan sorumlu olacağı belirtilmiştir. Burada risk aydınlatması yapmayan hekimin, riskin gerçekleşmesi nedeni ile hasta nezdinde doğan manevi zararı (maddi zararı değil) gidermesi söz konusudur. Danıştay 15. Dairesi'nin istikrar kazanan

---

<sup>318</sup> Bu yönde Neu, **Ärztthaftpflichtfragen**, s. 11; Weber, **OR Art 398**, p. 29; Şenocak, **Küçüğün Rızası**, s. 68 dn. 11.

<sup>319</sup> Tiroid ameliyatının komplikasyonları arasında sinir zedelenmesi, hava embolisi, vasküler zedelenme gibi riskler gösterilmektedir. Bkz. Dilek Toprak/ Mutlu Doğanay/ Nuri Aydın Kama, "Tiroid Operasyonlarından Sonra Görülen Komplikasyonlar", **Kocatepe Tıp Dergisi**, Sa.5, 2004, s. 1-6, s. 1.

<sup>320</sup> BGB § 630 h (2) bendinde; aydınlatmanın uygun yapılmamış olduğu hallerde hekimin, aydınlatma uygun şekilde yapılmış olsaydı dahi hastanın müdahaleye rıza göstereceği iddiasına dayanabileceği düzenlenmiştir.

<sup>321</sup> Bu yöndeki tartışmalar için bkz. Şenocak, **Küçüğün Rızası**, s. 68 dn. 11. Ceza hukukunda bazı tıbbi müdahalelerin müessir fiil tipine uygun eylem olmadığı yönünde görüşler mevcuttur. Bu konuda ortaya konulacak ölçütlerden biri müdahalenin sonucuna göre ayırım yapılmasıdır. Buna göre müdahale amacı ile hastanın vücut bütünlüğüne dokunulması müdahale eyleminin bir parçasını oluşturur. Eğer müdahale akabinde hastanın durumunda kötüleşme olmuyorsa sağlığının bozulduğundan söz edilmemelidir. Hastanın zararına sonuç vermeyen müdahalenin, müessir fiil suç tipine uygun eylem teşkil etmediği düşünülmelidir. Bunun sonucu olarak hastanın rızasının alınmadığı; ancak hastanın zararına sonuç doğurmayan müdahalelerde hastanın vücut bütünlüğü değil kendi geleceğini belirleme hakkının ihlal edildiği değerlendirilmelidir. Bu ölçüt ve ölçüte getirilen eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 35.

kararlarında da hekimin; riske ilişkin aydınlatma yapmadığı; ancak tıbbi müdahaleyi tıbbi standartlara uygun olarak tamamladığı hallerde ortaya çıkan komplikasyon nedeni ile hasta nezdinde doğan maddi zarardan sorumlu olmadığı belirtilmektedir. Kararlarına gerekçe olarak, ortaya çıkan risk (komplikasyon) ile hekimin faaliyeti arasında nedensellik bağının bulunmadığı ve bu nedenle maddi zarar talebinin kabul edilemeyeceği belirtilmektedir<sup>322</sup>. Halbuki hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlal edildiği ve aynı zamanda vücut bütünlüğüne yönelik tecavüzün mevcut olduğunu belirten ilk görüş kabul edildiğinde hastanın manevi zararına ilaveten maddi zararının da giderilmesi gerekmektedir.

Biz aydınlatmanın, rızanın ön şartı olduğunu ve ancak hukuka uygun rıza verilmesi halinde hastanın vücut bütünlüğüne yönelik saldırının hukuka aykırı niteliğini ortadan kaldıracak kanaatindeyiz. Burada müdahalenin tıbbi standartlara uygun yapılıp yapılmadığı ya da müdahale sonucu nazara alınarak hastanın durumunda kötüleşme olmaması halinde hastanın sadece kendi geleceğini belirleme hakkının ihlal edildiğinden bahisle manevi zararının giderileceği görüşüne katılmıyoruz. Rızası olmaksızın hastaya yapılan her müdahale –tıbbi kurallara uygun yapılması ya da hastanın durumunun iyileşmesi fark etmeksizin- hastanın vücut bütünlüğüne saldırı teşkil etmektedir<sup>323</sup>. Bu cümleden olmakla vücut bütünlüğü ihlal

---

<sup>322</sup> Danıştay 15.D. T. 17.4.2018 E. 2013/10806 K. 2018/3855, “(...)Manevi tazminat, mal varlığında meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Manevi zararın varlığı, sadece şeref, haysiyet ve onur kırıcı işlem ve eylemlere ya da kişilerin vücut bütünlüğünde meydana gelen sakatlık haline, ölüm nedeniyle ağır bir elem, üzüntü duyulması şartına bağlı olmayıp; idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini gereği gibi eksiksiz olarak sunamaması nedeniyle ilgililerin yeterli hizmet alamamalarından dolayı üzüntü ve sıkıntı duymaları manevi zararın varlığı ve manevi tazminatın hükmedilmesi için yeterli bulunmaktadır.(...)”

Adi Tıp Raporunda davacıda ameliyat sonrasında gelişen durumun, yapılan tıbbi işlemin komplikasyonu olarak kabul edilmesi karşısında, idari eylemle zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığından maddi tazminata hükmedilmesinin koşulları oluşmamakla birlikte, ameliyat gibi riskli ve önemli bir tıbbi uygulamadan önce, işlemin sık görülen komplikasyonlarından olduğu Adli Tıp Kurulu raporundan da anlaşılan, barsak perforasyonunun anlatılıp davacıdan yazılı onamın alınmamış olması durumunda, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca davacının aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınmış olacağı ve yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacıda endişe ve üzüntüye yol açacağından, davacının manevi tazminat talebinin, olayın oluş şekli ve davacı üzerinde bıraktığı kalıcı tesirleri de dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu yönüyle manevi tazminat talebinin reddinde hukuka uyarlık görülmemiştir.(...)’Benzer yönde bkz. Danıştay 15.D, T.14.2.2017 E. 2016/2124 K. 2017/665; Danıştay 15.D. T. 3.4.2018 E. 2013/12187 K. 2018/3310; Danıştay 15.D, T.6.6.2018 E. 2014/1938 K.2018/5655 (Çevrimiçi), Lexpera, 5 Eylül 2017.

<sup>323</sup> Rızanın bulunmadığı durumlarda müdahalenin sonucuna göre yapılan ölçüt aynı zamanda belirsizlik yaratacaktır. Şöyle ki müdahalenin sonucunun olumlu ya da olumsuz olduğunun tespiti kolay olmadığı gibi kısa

edilen hastanın manevi zararına ilaveten şartları oluşmuşsa maddi zararının da giderilmesi gerekmektedir<sup>324</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlar da bu yöndedir.

Şöyle ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 2 hükmünün taraf devletlere getirdiği pozitif yükümlülüklerden bir tanesinin özel ve kamu hastanesi olması fark etmeksizin hastanın korunmasına hizmet edecek önlemlerin alınması olduğunu belirtmiştir<sup>325</sup>. Bu yükümlülük gereği taraf devletler, hastaların yaşam hakkının korunmasına hizmet edecek tedbirleri almakla ve hastanın karşılaşılabileceği öngörülebilir risklere ilişkin aydınlatılması hususunda pozitif düzenlemeler getirmekle mükellef tutulmuştur<sup>326</sup>. Yine, AİHM önüne gelen başka bir olayda ise penisilin alerjisi olan hasta, penisilin enjeksiyonuna bağlı anafilaktik şok neticesinde doğan komplikasyon nedeni ile ölmüştür. Mahkeme, hastanın alerjen içeriği bilinen ilaçla tedavi öncesinde hastalık öyküsünün alınıp alınmadığı, bu ilacın komplikasyonları konusunda aydınlatılıp aydınlatılmadığı hususunda iç hukukta araştırma yapılmadığını ve hastanın rızasının alınmadığını tespit etmiştir. Bu kapsamda hastanın yaşam hakkını korumak için getirilen düzenlemelerin etkin şekilde yürütülmediğinden bahisle AİHS md 41 hükmü uyarınca Türkiye aleyhine tazminat ödemesine karar vermiştir<sup>327</sup>. Tazminat; müteveffanın kaybı nedeni ile başvuranlar nezdinde doğan manevi zarara ilaveten başvuranlar tarafından belgelenen maddi zararın da giderimini amaçlamıştır.

---

dönemde olumsuz görünen bir sonucun uzun vadede hasta lehine sonuçlanabileceği de değerlendirilmelidir. Müdahalenin tıp kurallarına göre yapılması ölçütünün nazara alınması da uygun değildir. Keza bu ihtimalde hastanın rızası hilafına yapılan; ancak tıbbi standartlara ve tıp mesleğine uygun yapılan müdahalelerde hastanın vücut dokunulmazlığının ihlal edilmediği sonucuna varılacaktır. Bu yönde Erman, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 46. Nefes alma problemi nedeni ile hekime başvuran hastanın burnundaki dokuların temizlenmesi ile yetinilmesi gerekirken genel anestezi altındaki hastanın burnunun estetik olarak düzeltilmesi örneği böyledir. Hekimin, hastanın rızasının yokluğunda yaptığı estetik müdahalenin -tıp kurallarına uygun olması ya da burnun güzel bir dış görünüme kavuşmuş olması nedeni ile- hukuka uygun olduğu sonucuna varlamayacaktır.

<sup>324</sup> Ancak burada, hekimin, hasta yararına iş gördüğü nazara alınarak, rızayı hukuka aykırı kılan eksik aydınlatma yerine doğru ve uygun aydınlatma yapılmış olsaydı dahi, hastanın müdahaleye rıza gösterebileceği ve mevcut zararın yine doğacağı iddiası dikkate alınmalıdır. Hekime sorumluluktan kurtulma imkanı getiren bu çözüm, § BGB 630h (2) hükmünde yer almaktadır. Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm/V.

<sup>325</sup> Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye No. 13423/09, 9 Nisan 2013.

<sup>326</sup> Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye No. 13423/09, 9 Nisan 2013.

<sup>327</sup> Altuğ ve Diğerleri/ Türkiye, No: 32086/07 30 Haziran 2015. Kararda, Türkiye’de halihazırda mevcut olan düzenlemelerin hastanın aydınlatılması ve rızasının alınmasına ilişkin yükümlülükleri barındırdığı tespit edildikten sonra Mahkemenin görevinin bu düzenlemelerin etkinliğinin denetimi olduğu belirtilmiştir.

Koruma aydınlatması ise hastanın rızasını temin amacına yönelmemiştir. Burada bizatihi sözleşme ile ulaşılmak istenen amacın elde edilmesi için hastanın yapması gereken hususlar hekim tarafından hastaya açıklanmaktadır. Sözleşme ile üstlenilen müdahalenin devamına ilişkin olması nedeni ile koruma aydınlatması sözleşmenin konusuna dahildir<sup>328</sup>. Bu kapsamda koruma aydınlatmasının ihlali hekimin sözleşme ile üstlendiği asli edimi özen yükümlülüğüne aykırı ifa ettiği sonucu doğuracaktır. Her halükarda konusu yapma borcu olan bu iki farklı aydınlatma türünün gereği gibi ifası özenle yapılmış olmalarına bağlıdır.

### **3. Hekimin İşi Sadakatle Görme Yükümlülüğü ve bu Yükümlülüğün Hekimin Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi**

Hekimin, hekimlik sözleşmesi ile üstlendiği iş görmeyi sadakat ile görme yükümlülüğü, hekimin, hastanın sağlığını muhafaza etme amacı ile gerekli her şeyi yapması ve hastaya zarar verebilecek şeylerden kaçınmasını ifade etmektedir<sup>329</sup>.

Hekimlik sözleşmesinde vekaletin nasıl yerine getirileceği düzenlenmemiş olsa ya da hastanın bu yönde herhangi bir talimatı bulunmasa dahi sadakat yükümlülüğü, faaliyetin doğası gereği zorunlu olarak ortaya çıkacaktır<sup>330</sup>. Keza vekalet sözleşmesi niteliğinde olan bu ilişkide hekim hasta menfaatine iş görmektedir. Bu kapsamda üstün olan her daim hastanın menfaatidir. İşte sadakat borcu ile ifade edilen de hekimin hasta menfaatlerini üstün tutması, sadece kendi sanatını icra etmekle kalmayıp hastanın kişiliğini de göz önünde bulundurmasıdır<sup>331</sup>. Bunun bir sonucu olarak hekim kendi çıkarlarını hastanın çıkarlarından hiçbir zaman üstün tutmamalıdır. Salt hekimlik ücretinin artırılması maksadı ile endikasyon dışı tahlil istenmesi, tedavinin gereksiz yere uzatılması veya hastaya yanlış bilgi verilmesi hekimin sadakat borcunun ihlali niteliğindedir<sup>332</sup>.

---

<sup>328</sup> Hekimin koruma aydınlatmasına yönelik yükümlülüğü asli edim yükümü niteliğindeki bilgi verme yükümü düzeyine yükselmiştir. Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 164, dn. 674. Ayrıca bkz. Weber, **OR Art. 400**, p. 2.

<sup>329</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 87. Sadakat yükümlülüğü, görülen işin başkasına ait olmasının sonucudur. Özen yükümlülüğü ise vekalet ilişkisinde sonuç borcu olmamasından kaynaklanmaktadır. Akıncı, **Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, s. 15-16.

<sup>330</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 407.

<sup>331</sup> Müvekkilin kendi menfaatine görünmeyen bir işlem yapmasını talep etmesi halinde vekil buna uymak zorundadır. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 408.

<sup>332</sup> Özdemir, **Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, s. 134.



Hekimin sır saklama ve aydınlatma gibi diğer yükümlülükleri, temelini TMK md. 2 hükmünde bulan sadakat borcundan doğmaktadır<sup>333</sup>.

Mülga Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak TBK md. 506/f.II'de vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir<sup>334</sup>. Madde metninde de işaret edildiği üzere sadakat ve özen yükümlülüğü, iki farklı yükümlülüğü işaret etmektedir.

Sadakat yükümlülüğü, asli edimin ifası dolayısıyla müvekkilin menfaatlerinin zarar görmesinin önüne geçilmesini amaçlarken özen yükümlülüğü ise doğrudan asli edim yükümüne yönelerek asli edimin gereği gibi ifası için gerekli her şeyi yapma ve bunu engelleyecek şeylerden kaçınmayı amaçlamaktadır<sup>335</sup>. Bu kapsamda sadakat yükümlülüğü, hekimlik sözleşmesinin kurulmasından evvel bir safhada, sözleşme görüşmeleri esnasında başlayıp sözleşmenin sona ermesinden sonrasına dahi etkili olmaktadır. Hekimin, sadakat yükümlülüğünden doğan sır saklama yükümlülüğü gereği, gizli tutulması gereken bir hastalığı sözleşme sona erdikten sonra açıklaması halinde maddi ve manevi zarardan sorumlu olmasının hukuki temeli budur<sup>336</sup>. Bu kapsamda konusu yapma edimi olan bir sadakat yükümlülüğünün mevcudiyeti halinde sadakat yükümlülüğünün gereği gibi ifası, bu yükümlerin, kendisine bağlı olan özen yükümleri nedeniyle özenle ifası halinde mümkündür<sup>337</sup>.

#### **4. Hekimin Diğer Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin, Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi**

Hekimin, hekimlik sözleşmesi ile üstlendiği diğer yükümlülüklerin başında kayda geçirme ve sır saklama yükümlülüğü gelmektedir.

---

<sup>333</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 408; Eren, **Özel Hükümler**, s. 745; Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 154, s.156.

<sup>334</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 390/f.II düzenlemesi ile vekilin müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükellef olduğu düzenlenmişti. İyi bir surette ifadesinin mehz İBKmd. 398/f.II'de düzenlendiği şekilde sadakat ve özen ile ifa anlamında anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 407.

<sup>335</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 159.

<sup>336</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 409.

<sup>337</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 158.

Hekimin hekimlik sözleşmesi çerçevesinde vakıf olduğu hastaya ilişkin bilgileri özenle kayda geçirme ve kayda geçirdiği bu belgeleri muhafaza etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekimin bu yükümlülüğü temelini sağlık hukuku mevzuatında ve uluslararası sözleşmelerde bulmaktadır<sup>338</sup>.

Bu tıbbi kayıtların başında hastanın hastalık öyküsü (anamnez), hastanın sağlık geçmişi, hastaya uygulanacak tedavinin seçimi, icrası, ameliyat notu, tüm tetkik ve tahliller ve taburculuk anındaki durumunu gösterir çıkış özeti (epikriz) gelmektedir<sup>339</sup>.

Tıbbi kayıtların tutulmasının hekim ve hasta menfaatine bazı faydaları vardır. Bunların başında hekimlik sözleşmesi ile üstlenilen teşhis ve tedavi yönteminin belirlenmesi ya da hasta menfaatine olan diğer tıbbi müdahalelere yönelik karar verilmesi gelmektedir<sup>340</sup>. Gerçekten hekim, hastanın tıbbi kayıtlarını içerir dosyasını inceleyerek hastaya uygulanacak tedaviyi netleştirebilir, bu konuda görüş alabilir ya da kararın kontrolünde tıbbi kayıtlardan tekrar faydalanabilir. Bir başka önemli işlevi ise hekimin, hesap verme yükümlülüğünün ifasına yardımcı olmasıdır<sup>341</sup>. Nihayet tıbbi kayıtlar aynı zamanda hekim ve hasta açısından ispat kolaylığı sağlamaktadır. Olası bir uyuşmazlıkta hem hekim hem de hasta iddia ve savunmalarını ispatlarken tıbbi kayıtlara dayanacaktır. Tıbbi kayıtların bir diğer fonksiyonu ise hastanın

---

<sup>338</sup> Uluslararası sözleşmelerin başında Amerikan Hastaneler Birliği tarafından 1973 yılında açıklanan Hasta Hakları Beyanname, Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi ve Hasta Haklarına ilişkin Avrupa Statüsü gelmektedir. Türk Hukukunda 1219 sayılı TŞSTİDK md. 72 hükmünde hekimlerin hasta isim ve kimlik bilgilerini kaydettikleri protokol defteri tutmakla yükümlü oldukları, bu kayıtların ancak sahibi lehine delil olabileceği; ancak aksinin ispatının başka belge veya güvenilir ispat araçları ile mümkün olduğu düzenlenmiştir. Kayıt tutma yükümlülüğünün düzenlendiği diğer mevzuatın başında Hasta Hakları Yönetmeliği, Aile Hekimliği Kanunu, Özel Hastaneler Yönetmeliği gelmektedir. (Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Caner Taşatan, **Hekimin Kayıt Tutma Yükümlülüğü Kapsamında Tıbbi Kayıtlar**, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2017). Özel Hastaneler Yönetmeliği md. 49/f.II uyarınca, ilgili diğer mevzuat hükümleri saklı kalmak koşulu ile özel hastanede tutulan hasta dosyaları en az yirmi yıl süre ile saklanır. Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi md. 15 hükmü de bu doğrultudadır. Hekimin kayıt tutma ve bu kayıtları muhafaza etme borcunu ihlal etmesi durumunun özellikle ispat yükü dağılımını etkileyeceği yönünde Janda, **Medizinrecht**, s. 319.

<sup>339</sup> Taşatan, **Kayıt Tutma Yükümlülüğü**, s. 52 vd. İspat kolaylığı sağlaması açısından aydınlatmanın içeriği, zamanı ve kapsamı da hasta dosyasına kaydedilmelidir. Zariife Şenocak, "Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Doğan Hukuki Sorumluluk", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s.622-632, s. 624.

<sup>340</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 95.

<sup>341</sup> Şenocak, **Tıbbi Kayıt**, s. 623; Hayrunnisa Özdemir, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü", **Sağlık Hukuku Digestası**, Sa.1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 148-167, s. 151.

gereksiz yere tahlil ve tetkik yaptırmasının önüne geçmesi ve hastalığın tekrarlanması gibi durumlarda hekime önemli yardımlar sağlamasıdır<sup>342,343</sup>.

Hekimin, hekimlik faaliyeti kapsamında öğrenmiş olduğu hastaya ait sırları gizli tutma yükümlülüğü ise hekimin sır saklama yükümlülüğü olarak tanımlanmıştır<sup>344</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş olmayan bu yükümlülük, vekil-hekimin sadakat borcunun bir sonucudur<sup>345</sup>. Hasta, hekime başvurması nedeni ile hekimin vakıf olacağı gizli bilgilerinin paylaşılmasından çekinirse artık hekime başvurmaktan çekinecektir. Bu nedenle sır saklama yükümlülüğünün temelinde aynı zamanda kamu yararı mevcuttur<sup>346</sup>.

---

<sup>342</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 95.

<sup>343</sup> Tıbbi kayıtların mülkiyetinin hekime mi, hastaya mı yoksa menfaat kriteri ölçüt alınarak üstün menfaati olan tarafa mı ait olduğu hususunda süregelen tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmaların önemi, özellikle hekimlik sözleşmesinin sona ermesinden sonraki süreçte hastanın kayıtların kendisine gösterilmesini ya da geri verilmesini talep etme hakkının var olup olmadığı noktasındadır. Bu noktada tıbbi kayıtların mülkiyetinin hekime ait olduğu zira zorunlu olarak hekimin kişisel nitelikteki değerlendirmelerini içerdiği görüşünün geçerliliğini yitirdiğini belirtmek uygun olacaktır. Tıbbi kayıt niteliği taşıyan belgelerin hastaya olduğu görüşü de bazı yönleri ile eleştirilmektedir. Bu görüş kabul edilirse tıbbi kayıt niteliği taşıyan her türlü belgenin hastaya ait olduğu ve hekimin bu belgeleri geri verme yükümlülüğünden söz edilecektir. Ne var ki böyle bir durumda tıbbi kayıtların hekim tarafından ispat aracı olarak kullanılmasının önüne geçilecek ve hekimin kişisel notlarının dahi hasta tarafından talebi mümkün olacaktır. Bu eleştiriler göz önünde bulundurularak tıbbi kayıtların mülkiyetinde tarafların menfaatlerini kriter olarak alan karma görüş geliştirilmiştir. Hastanın menfaatinin üstünlük taşıdığı röntgen filmleri ve tahlil sonuçları gibi belgelerin talebi halinde hastaya verilmesi söz konusuysen taraf menfaatlerinin eşit olduğu hastalık öyküsü, ameliyat notu gibi belgeler bakımından hastaya sadece bir görme hakkı tanınacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliği md. 16 hükmü uyarınca hastanın durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebileceği ve bir suretini alabileceği düzenlemesi karşısında karma görüşün hukukumuzda da benimsendiği görülmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 95-96; Taşatan, **Kayıt Tutma Yükümlülüğü**, s. 57vd.; Özdemir, **Kayıt Tutma**, s. 151-152. Karş. Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 65-66; Ott, **Haftung**, s. 44-46.

<sup>344</sup> Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği md. 4 hükmünde “*Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kamuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz*” denilmek sureti ile sır saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir. Benzer düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği md. 20, 21, 23 hükümlerinde de yer almaktadır. Sır saklama yükümlülüğünü ihtiva eden uluslararası sözleşmeler ve bildirge metinleri ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Maral Törenli Çakıroğlu, “Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.12, Sa.2, 2010, Basım Yılı 2012, s. 159-181.

<sup>345</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 409; Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 156; İpekyüz, **Hekimlik Sözleşmesi**, s. 112; Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 618-619. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin *Mahremiyete Saygı Gösterilmesi* başlıklı 21. maddesinde hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesi ve muayene, teşhis, tedavi ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Hastanın kişilik hakkını koruma amacına yönelmiş olan bu yükümlülük Anayasa'nın 17. maddesi ile TMK md. 24 hükmünün de bir neticesidir. Reisoğlu, **Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu**, s. 14. Bu yükümlülük, hekimlik sözleşmesi sona erdikten sonra da devam edecektir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 409.

<sup>346</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 451.

Hekimin borcunun konusu, gizli tutulmasında hastanın menfaati olan, açıklanması halinde hastayı maddi ya da manevi zarara uğratma ihtimali olan ve başkaları tarafından kınanmasına neden olabilecek bilgilerdir<sup>347</sup>. Gerek tıbbi gerekse tıbbi olmayan bilgiler ile hem dolaylı olarak hem de hastanın kendisinden öğrenilen bilgi, sır olarak kabul edilmektedir<sup>348</sup>. Kişinin sırları onun gizlilik alanını oluşturmakta ve kişilik hakları kapsamında yer almaktadır<sup>349</sup>. Şu halde hastaya ait sırların içerisine hastanın sadece sağlığına ilişkin bilgileri değil hastanın; başkaları tarafından bilinmemesi hususunda korunmaya yönelik anlaşılır bir menfaati bulunan kişisel, ailevi, mesleki, ekonomik ve benzeri tüm bilgileri girmektedir. Bu kapsamda hekimin, mesleğini yürüttüğü esnada hastanın suç işlemiş olduğunu öğrenmesi de mümkündür. Ancak bu gibi durumlarda hekim, TCK md. 280 hükmü uyarınca sırrı açıklamaya zorunlu kılınmıştır<sup>350</sup>.

Burada, hastanın sırları ile kişisel veri kavramının karşılaştırılması uygun olacaktır.

Hastanın özerkliğine saygı ilkesinin bir uzantısı olarak, hekim veya diğer sağlık görevlileri, meslekleri sebebi dolayısıyla öğrenmiş oldukları kişisel tıbbi verileri sır olarak saklamakla yükümlüdür<sup>351</sup>. 2010 yılında Anayasa'nın 20.

---

<sup>347</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 452. Ayrıca, Ersan Şen, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul, Kazancı, 1996, s. 221vd.

<sup>348</sup> Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalar**, s. 47; Sabire Sanem Yılmaz, **Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019, s. 36.

<sup>349</sup> Kişinin özel hayatı ve aile hayatının gizliliğinin dokunulmaz olduğu ve bu gizliliğe saygı duyulmasını isteme hakkını haiz olduğu Anayasa'nın md. 20/f. I düzenlemesinde açıkça yer bulmuştur. Bu anayasal temel ilke karşısında herkes, özel hayatının başkaları tarafından bilinmesini istememe yönünde hak sahibidir. Kişinin özel hayat alanını tanımlayabilmek amacı ile doktrinde üç ayrı hayat alanının mevcut olduğu belirtilmektedir. Bunlar, kişinin kamuya açık hayat alanı, özel hayatı ve gizlilik alanıdır. Kişinin kamuya açık ortak yaşam alanı, gizliliğin ihlal edilmesi halinde sakınca olmayan ve kişinin davranışlarını serbestçe yürüttüğü herkese açık alandır. Kişinin özel hayatı, kişinin sadece çok yakınları ile paylaştığı hayat alanı olarak kabul edilmektedir. Kişinin özel hayatından söz edildiği vakit artık herkesin olduğu bir alan ifade edilmemekte, kişinin ailesi, arkadaşları gibi yakın çevresinden oluşan sınırlı bir alan işaret edilmektedir. Gizlilik alanı ise normal şartlar altında kişinin kimseyle paylaşmadığı ve kendi açık rızası olmadan kimse ile paylaşılması gereken alanıdır. Kişinin gizlilik alanına dahil olan sırları hususunda daha hassas ve paylaşılmasından tedirgin olacağı kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.200; Yılmaz, **Kişisel Veriler**, s. 38vd.; Şen, **Özel Hayat**, s. 213vd.; Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 138vd.

<sup>350</sup> TCK md. 280(1) şöyledir: “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.”

<sup>351</sup> Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 125.

maddesine eklenen fıkra<sup>352</sup> ile “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” denilmek sureti ile özel hayatın gizliliği başlığı altına kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenleme eklenmiştir. Kişisel verilerin işlenmesinde öncelikle özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruma amacı ile getirilen ve kişisel verileri işleyenlerin yükümlülüklerini düzenleyen Kişisel Verilerin Korunması Kanunu<sup>353</sup>, 7.4.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda temel ayırımın kişisel veriler ve özel nitelikli kişisel veriler olarak yapıldığı anlaşılmaktadır. KVKK md.6/1 fıkrası uyarınca kişilerin sağlığı ile ilgili veriler özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda hastaya ait sır olarak nitelendirilebilecek bazı bilgilerin aynı zamanda sağlığa ilişkin özel nitelikli kişisel veri niteliğinde olduğu değerlendirilmelidir<sup>354</sup>. Örneğin hekimin hastaya şizofreni teşhisi koyması ya da hastanın AIDS olduğunun tespit edilmesi halinde durum böyledir.

Özel nitelikli kişisel veri niteliği gereği, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasak olmakla beraber<sup>355</sup> KVKK’nın 6/3 fıkrasında bu genel kurala istisna getirilmiştir. İlgili düzenleme uyarınca sağlığa ilişkin kişisel veriler; ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik<sup>356</sup>, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım

---

<sup>352</sup> RG 13.5.2010, 27580.

<sup>353</sup> RG 7.4.2016, 29677.

<sup>354</sup> KVKK md. 3/d’de kişisel veri; “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” şeklinde tanımlanmıştır. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik (RG 21.6.2019, 30808) md. 4/I/j bendinde kişisel sağlık verisi, “kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgi olarak tanımlanmıştır. Kişisel sağlık verisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Canan İmançlı, “Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2019.

<sup>355</sup> KVKK md. 6/2.

<sup>356</sup> Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Sağlık Bakanlığı Yönergesi md. 4/d bendinde koruyucu sağlık hizmetleri; *kişileri hastalanmaktan, yaralanmaktan, sakat kalmaktan ve erken ölümden korumak amacıyla verilen sağlık hizmetleridir. Kişiyeye yönelik olarak yapılan bağışıklama, ilaçla ve serumla koruma, erken tanı, aile planlaması, beslenme durumlarının iyileştirilmesini sağlamak için gıda güvenliği ve sağlıklı beslenme*

hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. KVKK md. 3/1/e bendinde kişisel verilerin işlenmesi kavramı; *kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem* olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda herhangi bir veri tabanına dahil olması şartı ile - hastanın sağlığına ilişkin olması nedeni ile özel kişisel veri niteliğinde olan-bilgilerin açıklanması, kişisel verinin işlenmesi olarak anlaşılmalıdır<sup>357</sup>.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, hastanın aynı zamanda sır niteliğinde olan sağlığına ilişkin özel nitelikli kişisel verilerinin, açıklama sureti ile işlenmesinin hangi hallerde hukuka uygun kabul edileceğini tartışmak gerekmektedir. Burada öncelikle ele alınacak düzenleme TMK md 24/f.II düzenlemesidir. Hastanın kişilik haklarının bir parçası olması nedeni ile bu bilgilerin ancak rıza, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar veya kanunun yetkilendirmesi söz konusu olduğunda açıklanabileceği ileri sürülebilecektir. Ancak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda sağlık ve cinsel hayata ilişkin özel nitelikte kişisel verilerin açıklanmasının hukuka uygunluk sebepleri ayrıca düzenlendiğinden, genel nitelikte olan TMK md. 24/f.II düzenlemesi karşısında Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun nazara alınabileceği de ileri sürülebilecektir<sup>358</sup>. Bu görüş doğrultusunda hastanın sırlarının, onun açık rızası olmaksızın ancak Kişisel Verilerin

---

*alışkanlıklarının kazandırılması, sağlık eğitimi gibi işler ile fizik, biyolojik ve sosyal çevredeki olumsuz koşullardan kaynaklanan sağlık sorunlarını önlemek amacıyla çevreye yapılan müdahaleler koruyucu hizmet şeklinde tanımlanmıştır.*

<sup>357</sup> Serbest muayenehanesinde faaliyette bulunan ve hastaya ilişkin sağlık verilerini elektronik sistemde saklayan hekim, veri sorumlusu sıfatını haizdir. İmançlı, **Kişisel Sağlık Verileri**, s. 78.

<sup>358</sup> Bu yönde, Nafiye Yücedağ, "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri", **İÜHFİM**, C.LXXV, Sa.2, s.765-790, 2017, s. 771.

Korunması Kanunu'nda belirtilen hukuka uygunluk nedenlerinin mevcut olması halinde açıklanması kabul edilecektir<sup>359</sup>.

KVKK md. 6/3/c.I düzenlemesinde, sağlık ve cinsel hayat *dışındaki* özel nitelikli kişisel verilerin kanunlarda öngörülmesi halinde ilgilinin açık rızası aranmadan işlenebileceği belirtilmişken sağlık ve cinsel hayata ilişkin özel nitelikli kişisel verilerin; ancak fıkrada yer alan hukuka uygunluk nedenlerinden birinin mevcut olması halinde işlenebileceği düzenlenmiştir. Başka bir ifade ile, kanunda öngörülmüş olma hali, sağlığa ilişkin özel nitelikte kişisel verilerin işlenmesi hususunda hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemiştir. Şu halde KVKK md. 6/3 fıkrasında düzenlenen; kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amaçlarından birinin mevcudiyeti halinde sağlık verisinin işlenmesi hukuka uygun olacaktır<sup>360</sup>. Ne var ki, kanunlarda öngörülmüş olsa dahi sağlık ve cinsel hayata ilişkin özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi; ancak KVKK md. 6/3 fıkrasında belirtilen hukuka uygunluk nedenlerinin mevcut olması halinde mümkün olacaktır. Bu kapsamda, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda yer alan ve hekimleri ihbar ile mükellef kılan bulaşıcı hastalıkların<sup>361</sup> açıklanması, KVKK md. 6/3 fıkrasında belirtilen olan kamu sağlığının korunmasına hizmet edeceğinden hukuka uygun kabul edilmelidir<sup>362</sup>. Burada, AIDS, frengi gibi cinsel yolla bulaşan hastalıktan muzdarip kişiye ait bu bilginin, hasta kişinin eşi ya da partnerine açıklanmasının hukuka uygun olup olmadığı sorusu akla gelecektir<sup>363</sup>. Kanaatimizce burada, kamu sağlığının korunması amacı bulunmamaktadır. Burada, bulaşıcı

---

<sup>359</sup> KVKK'nın "Çeşitli Hükümler" başlıklı yedinci bölümünde Kanun'un uygulanmayacağı haller sıralanmıştır. Örneğin KVKK md. 28/1/b bendi uyarınca kişisel verilerin, anonim hale getirilmesi şartı ile araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi mümkün olacaktır.

<sup>360</sup> KVKK md. 6/3 hükmünün, KVKK md. 5 hükmünde belirtilen hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte uygulanacağı yönünde, Yücedağ, **Kişisel Veriler**, s. 772.

<sup>361</sup> Hangi bulaşıcı hastalıkların halk sağlığı açısından tehdit oluşturduğu Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda belirtilmiştir. (Bu konuda bkz. UHK md. 57, md. 97, md. 104 vb.).

<sup>362</sup> Hekimin, çiçek aşısı yaptırmamış çocuğun bilgisini İl Sağlık Müdürü'ne açıklaması örneğinde bu durum da kamu sağlığının korunmasına hizmet edeceğinden hukuka uygun kabul edilmelidir. Örnek için bkz. Sevgi Türkmen, "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2019, s. 164.

<sup>363</sup> Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda, AIDS gibi cinsel yolla bulaşan hastalıkların ihbar edilmesine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte 2004 yılında Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan tebliğ (RG 6.11.2004, 25635) ile bildirim zorunlu hastalıklar arasına AIDS ve HIV enfeksiyonu da eklenmiştir.

hastalıktan zarar görme ihtimali mevcut olan kişinin üstün menfaatinin söz konusu olduğunu değerlendirmek mümkündür. Her ne kadar başkasının bedensel bütünlüğüne yönelik üstün menfaatini korumaya hizmet eden bir uygunluk nedeni Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda özel olarak belirtilmemişse de diğer eş ya da partnere yapılacak açıklamanın, fıkrada yer alan tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi amacı kapsamında hukuka uygun kabul edilmesi mümkün olmalıdır<sup>364</sup>.

Şu halde, hastaya ait sırların açıklanması hususunda dikkate alınacak temel hukuka uygunluk nedeni hastanın rızasıdır<sup>365</sup>. Hastanın konsültasyon talep ederek bir diğer konsültan-uzman hekimden görüş istemesi halinde hasta dosyasının uzman hekim ile paylaşılması durumunda hastanın açık ya da zımni rızasının varlığı kabul edilmelidir<sup>366</sup>. Belirtmemiz gerekir ki, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Türk Medeni Kanunu karşısında özel düzenleme olduğu görüşü kabul edildiği vakit; hastanın sırlarının açıklanmasına yönelik rızasının ancak açık rıza niteliğinde olması halinde kabulü mümkün olacaktır. Yukarıda verdiğimiz ve konsültasyon halinde hastanın açık ya da *zımni* rızasının mevcut olması nedeni ile hasta sırlarının açıklanabileceğine ilişkin değerlendirme ise Kişisel Verilerin Korunması Kanunu düzenlemesi ile uyum içerisindedir. Zira hastanın konsültasyon talebi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda belirtili hukuka uygunluk nedenlerinden tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi kapsamında değerlendirileceğinden, hastanın açık rızası olmasa dahi kendisine ait sırların, yine sır saklama yükümlülüğü altında olan konsültan hekime açıklanması hukuka aykırı kabul edilmemelidir.

Hastaya ait sır niteliğindeki özel nitelikli kişisel verilerin bir yargılamanın yürütülmesi amacı ile açıklanması talep edilebileceği gibi hekimin bilirkişiliğine başvurulması da söz konusu olabilecektir. Benzer şekilde hekimin, kendisi ya da

---

<sup>364</sup> KVKK md. 6/3 hükmünün, üçüncü kişiyi de kapsayacak şekilde geniş yorumlanabileceği yönünde Yücedağ, **Kişisel Veriler**, s. 772, dn. 23; İmançlı, **Kişisel Sağlık Verileri**, s. 126.

Diğer eşin korunması amacı ile hastalığın açıklanması gerektiği yönünde Törenli Çakıroğlu, **Sır Saklama Borcu**, s.175.

<sup>365</sup> Törenli Çakıroğlu, **Sır Saklama Borcu**, s. 175; Özdemir, **Kayıt Tutma**, s. 160.

<sup>366</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 454; Tekben, **Hekim ile Hasta İlişkisi**, s. 880.



hasta tarafından açılan davada iddia veya savunmalarını ileri sürebilmek amacı ile hastanın sağlığına ilişkin özel nitelikte kişisel veriyi açıklaması da gerekebilecektir. Örneğin, hastanın, hekimin cinsel tacizde bulunduğu iddiasına yönelik hekim, hastanın psikolojik kayıtlarını sunmakta haklı kabul edilmelidir. Ancak kanunen öngörülmüş olma halinin, sağlık verilerinin işlenmesi hususunda hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılmamış olması nedeni ile bu yönde yapılacak açıklamanın hukuka uygun olup olmadığı hususu tartışmaya açılacaktır. Gerçekten, kanunlarda öngörülmüş olsa dahi, KVKK md.6/3 bendinde yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin mevcut olmaması halinde kişisel verinin işlenmesinin hukuka aykırı olduğuna yönelik kabul, yukarıda verilen örneklerin de hukuka aykırı olması sonucu doğuracaktır. Zira söz konusu bu hallerde, KVKK md.6/3'te belirtilen hukuka uygunluk nedenleri mevcut değildir. Burada kanunen öngörülme halinin, sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler bakımından da hukuka uygunluk nedeni olarak kabulü gerekmektedir. Bu yorum; kişisel verilen ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceğini düzenleyen Anayasa md. 20/3/c.2 düzenlemesi ile uyum içerisindedir<sup>367</sup>. Bu kapsamda hekimin bilirkişi olarak görev aldığı bir davada hastayı muayene etmesini takiben koyacağı teşhisi mahkemeye açıklamasının hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir. Ancak hekimin tanık olarak mahkemeye çağırılması halinde hekimlere tanıklıktan çekinme yetkisinin tanındığını belirtmek gerekmektedir<sup>368</sup>. Hastanın, sırrın açıklanması yönünde rızası mevcut olduğunda hekimin tanıklıktan çekinemeyeceği HMK md. 249 hükmünde ayrıca düzenlenmiştir. Ancak hastanın rızasının bulunmadığı durumlarda tanıklıktan çekinme yetkisini kullanmayan hekimin bu davranışının sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebileceği değerlendirilebilecektir<sup>369</sup>.

---

<sup>367</sup> Bu değerlendirmenin AY md. 13 hükmü ile paralel olduğu yönünde Türkmen, **Özel Nitelikli Kişisel Veri**, s. 118-119.

<sup>368</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun *Sır nedeniyle tanıklıktan çekinme* başlıklı 249. maddesi şöyledir: “*Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler.*” Ceza Muhakemesi Kanunu md. 46/fI/b bendi uyarınca hekimler, hekimlik sıfatı dolayısıyla hastalar ve hasta yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler konusunda tanıklıktan çekinebilir.

<sup>369</sup> Bu yönde Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 455.

Hekimin, olası bir uyuşmazlıkta iddia veya savunmalarını desteklemek amacı ile hastaya ilişkin gizli bilgileri mahkemede açıklaması halinde de haklı bir durumun mevcut olduğu kabul edilmelidir<sup>370</sup>. Burada hekimin özen yükümlülüğü, kendisini, sadece iddia veya savunma amacıyla bağlantılı olarak ve bu amacı haklı kılacak ölçüde açıklama yapmakla yükümlü kılacaktır<sup>371</sup>. Benzer şekilde bu gibi durumlarda duruşmanın gizli görülmesinde ve sunulan belgelerin kasaya alınarak duruşmada hazır bulunanlar haricindeki kişilere karşı gizliliğin korunmasında hastanın menfaati olduğu muhakkaktır<sup>372</sup>.

Doktrinde hekimin diğer yükümlülükleri arasında hekimin tedaviyi üstlenmekten kaçınma yükümlülüğü ve hekimin mesleki bilgi geliştirme yükümlülüğü de sayılmıştır<sup>373</sup>. Kanaatimizce belirtilen bu yükümlülükler, hekimin özen yükümlülüğüne dahil olup, asli edimin özenli ifasında vasıtalaradır.

Son olarak, hekimin bu bahiste yer alan yükümlülüklerinin, hekimin özen yükümlülüğü ile ilişkisini belirlerken en başta konusu yapma edimi teşkil eden yükümlülüklerin gereği gibi ifasının özenli (özen yükümlülüğüne riayet ederek) yerine getirilmesi gerekliliğini tekrar etmek gerekir. Ancak hasta tarafından hekime getirilen ve esasen hastanın mülkiyetinde olan önceki tetkikler, laboratuvar ya da röntgen sonuçları gibi tıbbi kayıtların hastaya verilmesine ilişkin yükümlülük, esasen hekimin, aldıklarını geri verme yükümlülüğünün bir uzantısı olup yapma değil verme borcunun konusudur. Bu kapsamda hekimin, istisnai de olsa, TBK md. 508/f.I uyarınca vekaletin ifası amacı ile aldıklarını müvekkile verme yükümlülüğünün

---

<sup>370</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 454; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, s. 153; Törenli Çakıroğlu, **Sır Saklama Borcu**, s.176. Bilirkişi olarak başvuru hallerde hastayı muayene eden hekimin görevi nedeni ile hastaya ait sırları paylaşması da bu duruma örnektir. Törenli Çakıroğlu, **Sır Saklama Borcu**, s. 178.

<sup>371</sup> KVKK 4/2/ç.

<sup>372</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca esas olan duruşmaların aleni görülmesidir. Ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılabileceği HMK md. 28/2 fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir. Tarafların, duruşmanın gizli yapılması yönünde bir talebi bulunmasa dahi hakim bu durumu resen gözетerek karar verebilecektir. Bu şekilde gizlilik kararı verilen bir duruşmada hakim, duruşmada hazır bulunanları, yargılama ile ilgili olarak öğrenmiş oldukları açıklamaları aksi halde TCK'da düzenlenen gizliliğin ihlaline ilişkin hükümlerin uygulanacağını ihtar etmekle yükümlüdür (HMK md. 28).

<sup>373</sup> İpekyüz, **Hekimlik Sözleşmesi**, s. 118-119.

mevcut olduğu durumlarda bu yükümlülüğün konusunun verme borcu olması nedeni ile sonuç sorumluluğu olarak kendini göstereceği göz ardı edilmemelidir<sup>374</sup>.

### **III. HEKİMİN KUSURUNU BELİRLEMEDE ÖZEN KAVRAMI**

#### **A. GENEL BİLGİLER**

Daha önce ifade etmiş olduğumuz üzere hekimin sözleşmesel sorumluluğunda özen kavramının birden fazla fonksiyonu bulunmaktadır. Hekimin sözleşmeden doğan asli edim ve yan yükümlerinin ihlali, hekimin gösterdiği özene göre tayin olacaktır. Bu kapsamda özen kavramının ilk fonksiyonu kendini sözleşmenin ihlalinin tespit aşamasında göstermektedir. Hekim, sözleşme ile üstlendiği asli edimini kötü ifa ederek sözleşme ihlaline neden olmama yükümlülüğü altındadır<sup>375</sup>. Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğinde esas alınacak ölçüt ise ortalamanın üstünde, ideal hekimin davranışdır.

Bu bahisteyse özen kavramının hekimlik sözleşmesindeki ikinci fonksiyonu olan hekimin kusurlu olup olmadığının tespitinde ölçüt alınacak özen kavramı incelenecektir.

Hekimin sözleşme ihlalinde kusurlu olup olmadığını tespiti yarar özenin ölçüsü Türk Borçlar Kanunu md. 506/f.III fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra hekimin somut durumda ihmalinin mevcut olmaması için göstermesi gereken özeni belirleyen bir normdur<sup>376</sup>. Mezkur fıkra uyarınca hekimin özen borcundan doğan sorumluluğunun tespitinde benzer alanda hizmet üstlenen basiretli hekimin davranışı esas alınacaktır. Benzer alanda iş veya hizmet üstlenen basiretli hekimin muhtemel davranışından her sapma, hekimin somut olayda kusur bakış açısı altında ihmalinin mevcut olduğunu işaret edecektir.

---

<sup>374</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 490.

<sup>375</sup> Gümüş, **Basiretli İş Adamı Ölçütü**, s. 1224.

<sup>376</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 292 vd.

Burada hemen belirtmek gerekir ki, basiretli hekimin davranışı; önceden tespit edilebilir bir ölçüt değildir. Aksine basiretli hekim, soyut ve ideal bir kişidir. Bu kapsamda basiretli hekimin, kusurlu olmamak amacı ile göstermesi gereken özen, her somut olayda, somut olayın şartlarına göre değişecek ve özelleşecektir. Bu kapsamda kusurun tespitine yarar ölçütün ayrı ayrı somutlaştırılması gerekmektedir.

Burada ilk olarak *benzer alanda iş veya hizmet üstlenen* hekim ifadesini somutlaştırmak uygun olacaktır. Hekimlikte benzer alanın neyi işaret ettiği aydınlatılmalıdır.

Hekimlik sıfatını haiz olabilmek için tıp fakültesini bitirmiş olmak şarttır<sup>377</sup>. Şu halde tıp fakültesini bitirerek diploma alan kişilerin hekimlik yapabileceği hususunda tereddüt etmemek gerekir. Tıp fakültesi diplomasına sahip olan; ancak bir alanda ihtisaslaşmamış hekimlerin (pratisyen hekim) görev ve yetkileri ise bir açıdan tartışmaya açıktır. Öncelikle 1219 sayılı Kanun md.3 hükmü uyarınca cerrahi uygulamalarda tıp fakültesi diplomasına ilaveten ihtisas diploması sahibi olmak gerekmektedir. Bu kapsamda pratisyen hekimlerin cerrahi uygulamalar açısından yetkili olmadığı anlaşılmaktadır. Burada Yargıtay'ın kural olarak tıp alanında uzmanlaşmanın mevcut olmadığına ilişkin 1991 tarihli kararına değinmek gereklidir. Genel cerrah hekimin yaptığı varis ameliyatı akabinde açılan davada Yargıtay; kural olarak ve bazı istisnalar haricinde hekimlik mesleğinin uzmanlık nedeni ile sınırlandırılmayacağını belirtmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

*“(...)Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin “uzmanlık nedeni ile sınırlandırılması” söz konusu değildir. Bu nedenle genel cerrahi olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbi müdahalede bulunurken doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbi müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı bir hale gelebilir(...)<sup>378</sup>”*

---

<sup>377</sup> 1219 sayılı TŞSTİDK md. 2

<sup>378</sup> Yarg. 4.HD. T. 06.05.1991 E. 1990/5104 K. 1991/429 ( Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalar**, s. 45-46).

Bu kararda her ne kadar hekimlik mesleğinin uzmanlık nedeni ile sınırlandırılmayacağı belirtilmişse de kararın devamında dolaylı olarak uzmanlık alanına girmeyen hizmeti üstlenen hekimin kusurlu olabileceği işaret edilmiştir.

Biz, Yargıtay kararında işaret edilenin aksine tıp biliminde uzmanlaşmanın mevcut olduğu kanaatindeyiz. Bu uzmanlaşmanın tespiti hususunda Tıpta Uzmanlık Kurulu tarafından yayımlanan müfredatlardan faydalanılması mümkündür<sup>379</sup>. Müfredatlarda yer alan uzmanlık dalındaki hekimin somut olaydaki davranışı aynı uzmanlık dalında hizmette bulunan basiretli hekimin davranışı ile karşılaştırılmalıdır<sup>380</sup>. Bu kapsamda üroloji anabilim dalına mensup hekimin davranışının kusur bakış açısı altında gerekli özeni ihtiva edip etmediği yine üroloji anabilim dalındaki objektif davranışa göre belirlenmelidir<sup>381</sup>. Bir pratisyen hekimin tıbbi müdahaleye yönelik kusuru da keza basiretli bir pratisyen hekimin davranış ölçütü ile değerlendirilmelidir<sup>382</sup>.

Bu belirlemenin ikinci yönü ise aynı uzmanlık dalı içerisindeki kıdem ve mesleki yetkinliğin kusur değerlendirmesinde esas alınıp alınmayacağına ilişkindir. Örneğin üroloji anabilim dalındaki bir profesör hekim ile uzmanlığa henüz başlamış hekimin kusurunun tayininde hangi ölçüt nazara alınacaktır? *Gümüş*, burada iki kademeli bir değerlendirmeyi işaret etmektedir: Özen her ne kadar objektifleştirilmişse de gerek uzmanlığının ilk yıllarında olan gerek profesör hekim açısından alana özgü ortalama davranış esas alınacaktır<sup>383</sup>. Burada alana özgü ifadesi, hekimin uzmanlık alanını göstermektedir. Örneğin göğüs cerrahisi uzmanlık dalında yeni uzman olan hekim ile bu uzmanlık dalında profesör olan hekimden, ilk planda göğüs cerrahisi alanında faaliyette bulunan bir hekimin ortalama davranışı beklenecektir. Bu davranıştan sapma her halükarda hekimin kusurunu gösterecektir.

---

<sup>379</sup> <https://tuk.saglik.gov.tr/TR,50049/v-24-dokumanlari.html> (Çevrimiçi), 10 Haziran 2019.

<sup>380</sup> Janda, *Medizinrecht*, s. 320; Neu, *Ärztlichpflichtfragen*, s. 12; Gehrlein, *Grundwissen Arzthaftungsrecht*, s.34; Ries/Schnieder, *Arztrecht*, s. 211; Kempter, *Medizinische Sorgfaltsstandards*, s. 6.

<sup>381</sup> David Prince, "General Principles of Liability For Medical Doctors", *Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, On iki Levha Yayınları, 2011, s. 221-232, s. 222.

<sup>382</sup> Bu yönde, Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 81.

<sup>383</sup> Gümüş, *Vekilin Özen Borcu*, s. 326.

Ancak somut olayda hekimin; ortalamanın ötesinde mesleki bilgisi, uzmanlığı, yetenek ve nitelikleri varsa bu durum kusurun tespitinde nazara alınacaktır<sup>384</sup>.

Bu görüş doğrultusunda, aynı alanda hizmet üstlenen her hekim açısından ilk planda incelenecek olan alana özgü ortalama davranışı sergileyip sergilemediğidir. Bu incelemeye verilecek yanıt olumlu ise, hekimin ortalamanın üzerinde yetenek ve nitelikleri olup olmadığı ve bu nedenle hekimden beklenen özenin yükselip yükselmediği incelenmelidir<sup>385</sup>. Şu halde alana özgü ortalama davranış somut olayda hekimden beklenecek özenin asgari, minimum düzeyini göstermektedir<sup>386</sup>. Hekimin ortalamanın üzerindeki özellikleri ve yetenekleri hekimin bu özelliklerin gerektirdiği özeni göstermekle yükümlü kılar. Bu halde objektifleştirilmiş en düşük özen seviyesinden sapılması ve somut olayda kusurun tespitinde esas alınan özen ölçütünün yükseldiğinin kabulü gerekmektedir.

Şu halde, soyut ve ideal bir figür olan basiretli hekimin somut olaydaki davranışının önceden kestirilemeyeceğini tekrar etmek gerekecektir. Zira basiretli hekim her somut olayda bu somut olayın şartlarına göre –kusurlu olmamak için göstermesi gereken ölçüde özeni gösterebilecek- fikri ve manevi düşünce kabiliyetini haizdir<sup>387</sup>. Bu nedenle, kusurun tespitinde somut şartların etkisi değerlendirilmeye alınmalıdır. Örneğin hekimin, yüksek mesleki bilgi, yetenek ve niteliklerinin varlığı, Kanun'da düzenlenen asgari özen ölçütünün üzerine çıkılmasını gerektirecektir. Nitekim daha fazla bilgi sahibi olan kişiden daha yüksek özen beklemek genel kabul gören bir olgudur<sup>388</sup>. Ancak hekimin acil bir müdahale halinde gerekli tıbbi aletlere sahip olmaması durumunda bu somut durum, kusurun belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda hekimin kusurluluğunun tespitinde her ne kadar objektif bir modelden faydalanılsa da somut durumun ve hekime ait bazı özelliklerin, kusurun

---

<sup>384</sup> Ferdi bilgi ve uzmanlığın dikkate alınması gerektiği yönünde Weber, **OR Art 398**, p. 27; Başpınar, **Hekimin Özen Borcu**, s. 28-29; Doğan, **Hekimin Kusuru ve İspat**, s. 46. Karşı görüşte Ünver, **Tıbbi Standart**, s. 50; Sibel Hacımahmutoğlu, “Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.31, Sa.3, 2015, s.23-56, s. 36. Uzun yıllara dayalı pratik deneyimi olan hekimden, yeni başlayan hekime nazaran daha fazla özen beklenileceği yönünde, Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art.398, Nr. 24b.

<sup>385</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 326.

<sup>386</sup> Hacımahmutoğlu, **Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü**, s. 37.

<sup>387</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 326.

<sup>388</sup> Weber, **OR Art 398**, p. 27.

tespitinde esas alınan özen ölçütünü farklılaştıracağı anlaşılmaktadır. Ne var ki, hekimin kusurlu olup olmadığının tespit edilmesi esnasında somut durumun özelliklerinin dikkate alınması öznel bir değerlendirme yapıldığını göstermemektedir<sup>389</sup>.

## B. HEKİMİN HAFİF KUSURUNDAN SORUMLULUĞU

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin bir sonucu olarak hekim, hafif kusurundan da sorumludur. Gerçekten, Türk Borçlar Kanunu md. 114 hükmü uyarınca borçlu genel olarak her türlü kusurundan sorumludur. Bu kapsamda aksine düzenleme olmayan<sup>390</sup> hukuki ilişkilerde borçlunun hafif kusurundan da sorumluluğu esastır.

Mezkur maddenin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca iş, özellikle borçlu açısından bir yarar sağlamıyorsa sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilecektir. Ancak doktrinde TBK md. 114/f.I,c.3 cümlesinin hekimlik sözleşmeleri açısından uygulanabilir olmadığı hususunda görüş birliği bulunmaktadır.

Yargıtay'ın istikrar kazanan kararlarında da hekimin hafif kusurundan sorumlu olduğu açıkça zikredilmektedir<sup>391</sup>. Hafif kusuru ile sorumlu olan hekimin, kusuru oranında tazminattan indirim yapılması Yargıtay kararlarına göre bozma nedenidir. Zira hekimin somut vakada sorumlu olması ile tazminattan indirim yapılması farklı hususlardır. Hekimin hafif kusuru, hasta nezdinden doğan zarardan sorumluluğu açısından yeterlidir. Sorumluluğun kurulmasını takiben hakim ancak şartları oluşmuşsa Türk Borçlar Kanunu md. 51 ve devam eden hükümlerini<sup>392</sup> nazara alarak tazminattan indirim yoluna gidebilecektir.

---

<sup>389</sup> Hacımahmutoğlu, **Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü**, s. 30.

<sup>390</sup> Bu kuralın tipik istisnası bağışlayanın sorumluluğunu düzenleyen TBK md. 294 hükmüdür. Bu hüküm uyarınca bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuru ile sebep olmadıkça sorumlu değildir.

<sup>391</sup> Bu yönde, Yarg. 13. HD. T.19.10.2016 E. 2006/10057 K. 2006/13842; Yarg. 13 HD. T.1.3.2016 E. 2015/3276 K. 2016/6289; Yarg. 13.HD T.3.12.2015 E. 2014/38783 K. 2015/35437, Lexpera, (Çevrimiçi), 7 Temmuz 2019.

<sup>392</sup> TBK md. 114/f.II uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yolu ile sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulama bulacaktır.

Şu an pozitif hukukumuzda hekimin hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Hekimin, kendisinin ya da ifa yardımcılarının fiillerinden sorumluluğunu sınırlandıran anlaşmaları da geçersizdir.

Biz, hekimin kusurunu belirlerken ve hekimi hafif kusurundan sorumlu tutarken ihtiyatlı davranılması gerektiği kanaatindeyiz. Buna yönelik gerekçelerimizi aşağıdaki gibi sıralamış bulunmaktayız:

Şu an mevcut yasal düzenleme uyarınca özel hastanelerde çalışan hekimler ile serbest faaliyette bulunan hekimler aleyhine açılan davalar Tüketici Mahkemelerinde görülmektedir. Hasta, hekim karşısında tüketici olarak görülmektedir. Yine uygulamada, kamuda çalışan hekimler hukuk mahkemelerinde dava açılması ile sıklıkla karşılaşmaktadır. Halbuki, Anayasa'nın 129/V bendi uyarınca kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabilir. Burada kanaatimizce mezkur maddeyi dolanarak izlenen yol; hekim ve idare aleyhine yöneltilen tazminat davasının hukuk mahkemelerinde açılması ve davalı idare tarafından dosyanın tefrik edilmesidir. Bu dolaylı yöntem ile kamu görevlisi hekim, idari koruma kalkanından muaf tutulmaktadır. Nihayetinde hekim aleyhine açılan davalarda hekim, en hafif kusurundan dahi sorumlu tutulmakta ve tazminatta indirim hususu hakim takdirine bırakılmaktadır.

Hekimin vekil olması ve hekimler lehine bir istisna tanınmamış olması nedeni ile hafif kusurlarından sorumlu tutulmasında yasal bir çelişki bulunmamaktadır. Ancak bu durumun topluma sirayet eden kaçınılmayacak temel olumsuz sonuçları mevcuttur. Bu olumsuz sonuçların bir kısmına aşağıda yer verilmiştir:

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olması ve doğası gereği hekimin başarılı sonucu taahhüt etmemiş olmasının hastada fikri karşılığı genelde bulunmamaktadır. Hasta, hukuka uygun suretle aydınlatılmış olsa dahi başarı ile sonuçlanmayan müdahalelerin çoğunlukla hekimin kusurundan ileri geldiği varsayımında bulunur. Hekimlik sözleşmesinin hekim açısından vekalet ya da



hizmet, hasta açısındansa eser sözleşmesi gibi değerlendirildiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Dava sayılarındaki artış hekimleri pozitif ve negatif çekinik (defansif) tıbbıya yöneltmiştir<sup>393</sup>. Hekimler olası bir uyuşmazlığı önleme amacı ile somut durumda vakayla doğrudan ilgisi olmayan tetkik ve görüntüleme yöntemlerine başvurmaktadır. Birçok hasta her yıl kendi şikayetleri ile ilgisi olmayan radyasyon yayan tetkiklere maruz kalmaktadır. Diğer açıdan hekimlerin hasta bakmakta da tereddüt ettiği ve negatif çekinik tıbbıya yöneldiği de anlaşılmaktadır. Bu kapsamda Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği'nde ayırık tutulan haller haricinde kalan vakalarda hekim, riskli gördüğü vakayı kendisi aleyhine açılacak bir dava ile eşdeğer görmektedir. Kendini hukuki bir talepten koruma saikiyle riskli görülen vakaların kabul edilmemesi söz konusu olabilmektedir<sup>394</sup>.

Hekim aleyhine açılan davaların konusu ekseriyetle cerrahi girişimlerin söz konusu olduğu tıbbi müdahalelerdir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak uzmanlık adayı hekimler artık cerrahi müdahale barındıran dalları tercih etmemektedir<sup>395</sup>.

Hekimlerin çekinik tıbbıya yönelmesinin bir uzantısı da yeni tedavi metotlarını denemekten kaçınmasıdır. Bu durum, tıp biliminin önünü tıkayacaktır. Bu anlatılanlar birlikte değerlendirildiğinde topluma kül halinde yansımış zararın mevcudiyeti anlaşılacaktır. Bu nedenle yasal bir zemine kavuşana kadar hekimin hafif kusurundan<sup>396</sup> sorumlu tutulmasında ihtiyatlı davranılması gerektiği kanaatindeyiz<sup>397</sup>.

---

<sup>393</sup> Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm/II/D/1/b.

<sup>394</sup> Türkiye'de Konya ili özelinde ve 762 hekimin katılımı ile yapılan bir araştırmada, hekimlerin %78,38'i nadiren de olsa çekinik tıbbi uygulamalara başvurduğunu, bunların %79,74'ünün pozitif %75,66'sının ise negatif çekinik uygulamalar olduğu tespit edilmiştir. Hekimler arasında sıklıkla başvuru alan negatif çekinik eylemler, %31,24 ile kompleks hastalardan kaçınma, %29,13 ile riskli tedavi yöntemlerinden kaçınma ve %23,75 ile hasta sevgi olmuştur. Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, s. 258.

<sup>395</sup> Hekimlerin çekinik tıbbıya yönelmesinde başta hekimlere yönelen şiddet vakalarındaki artışla beraber medyanın olayları sunuş şeklinin ve toplumun bu hukuki ilişkiye yönelen bilinçsiz ve suçlayıcı tavrının da etkili olduğu kanaatindeyiz.

<sup>396</sup> Sağlık hizmeti gibi riskli faaliyetlerde idarenin ağır kusuru olması halinde sorumlu olacağına ilişkin D. 10. D, T.24.9.2007 E. 2005/3719 K.: "(...)İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, sunulan hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı durumlarda, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin "ağır hizmet kusuru" sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararın tazmini de, kural olarak, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde

Burada, yukarıda belirtilen olumsuzlukları dışlayacak olması nedeni ile yol gösterici olduğuna inandığımız bir tazminat sistemine yer vermek yerinde olacaktır. Bazı yabancı ülkelerde uygulanan tazminat sistemlerinde, tıbbi müdahalelerden doğan zararların, kusurdan bağımsız olarak giderilmesi esas alınmakta ve bu amaçla fon oluşturulmaktadır. Özellikle İskandinav ülkeleri ve Yeni Zelanda’da uygulanan bu tazminat sisteminde sağlık hizmeti yürütenlerin bu hizmet nedeni ile vermiş olduğu zararlar, zarar verenin kusuru olup olmadıklarına bağlı olmaksızın giderilmektedir. Ülkeler arası farklılıklar bulunmakla beraber kusur aranmaksızın zararın giderimi modelinde esas alınan modelin İsveç modeli olduğu belirtilmektedir<sup>398</sup>.

Hasta sigortası sistemini geliştiren ilk ülke olan İsveç’te, hastaların tıbbi müdahalelerden kaynaklanan zararları, Ulusal Karşılıklı Sigorta Kurumu olarak çevrilebilecek sigorta kurumuna yapılan başvuru üzerine giderilmektedir<sup>399</sup>. Hem maddi hem manevi zararların karşılandığı bu sistemde hastanın, zarar ile tıbbi müdahale arasındaki nedensellik bağı ve zararın önlenemez olduğunu ispat etmesi yeterlidir. Hastanın, zarara neden olan sağlık mesleği mensubunun kusurunu ispat etmesi gerekmemektedir. Bu nedendir ki, Ulusal Karşılıklı Sigorta Kurumu’na

---

*mümkündür. Bununla birlikte, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan "ağır hizmet kusuru"; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlar, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.(...)"(Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 29 Mart 2019. Ancak Danıştay’ın 18.2.2015 tarihinde vermiş olduğu karar ile birlikte istikrarla sürdürdüğü yaklaşımını değiştirerek ağır hizmet kusuru yerine hizmet kusurunun mevcudiyetinin aranacağından söz edilebilecektir. Danıştay 15.D. T. 18.2.2015 E.2013/4361 K.2015/890 Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Akgül, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sa.1, C.XX, 2016, s. 269-302, 272vd.*

<sup>397</sup> Bu yönde Kaneti, **Hekimin Hukuksal Sorumluluğu**, s. 636. Yazar, hekimliğin sanat yönünün de göz önünde bulundurularak insanın doğasında bulunan yanılğı payının hesaba katılmasını ve hekimi kaygılı olma haline itecek kusur belirlemesinden uzaklaşmak gerektiğini belirtmiştir. Buna göre kaçınılmaz olan basit yanılğların kusur olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir. Hekimin hafif ihmalden sorumlu tutulmaması yönündeki girişimler Fransa ve İsviçre Hukukunda sonuç vermemişse de İtalya’da hekimin ağır ihmalden sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Deutsch, **Dienstleistungsberufe**, s. 278.

<sup>398</sup> E Neval Yılmaz, **Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Malpraktis ve Arabuluculuk Uygulamaları**, Ankara, Yetkin, 2019, s. 59.

<sup>399</sup> Sorumluluk sigortası İsveç’te mecburi olup Hasta Sigorta Kanunu’nda düzenlenmiştir. Hastalık sigortası, Ulusal Karşılıklı Sigorta Kurumu tarafından sağlanmakta olup bu şirketin, İsveç’teki sağlık hizmetlerinin başlıca tedarikçileri olan tüm yönetim birimlerini sigortaladığı belirtilmektedir. Bu model aynı zamanda trafik kazaları, ilaçlardan oluşan zararlar ve iş kazalarında da uygulanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, **Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Malpraktis ve Arabuluculuk** s. 59vd.

yapılan başvuruların yaklaşık yüzde doksanında zararın giderimi söz konusu olmuşken bu vakalarda hekim aleyhine Malpraktis Disiplin Kurulu tarafından yapılan inceleme neticesinde verilen ceza oranı yüzde otuzda kalmıştır<sup>400</sup>. Bu model aynı zamanda hekim tarafından kullanılan teknik cihaz, ekipman veya diğer araçların, zarara neyin neden olduğunun tespiti aranmaksızın giderimini kapsıyor olması yönüyle de dikkat çekicidir. Kusur aranmaksızın zararın giderimine yönelik bu sistemde hasta ve hekimin dava yolu ile karşılaşmalarının önüne geçiliyor olması nedeni ile dava endişesi taşımayan hekimin kendini geliştireceği, yeni metotlar deneyeceği, çekinik tıp uygulamalarının azalacağı ifade edilebilecektir. Ancak bu sistemin, refah seviyesi yüksek ve devlet yapılanması güçlü olan ülkelerde beklenen amacı gerçekleştirebileceği, kusuru bulunan sağlık mensubunun cezasız kalması nedeni ile caydırıcılığın ortadan kalkacağı ve yükselen maliyetlerden doğacak vergi yükü nedeni ile olumsuz yanlarının bulunduğu da ifade edilmektedir<sup>401</sup>.

### **C. KUSUR BAKIŞ AÇISI ALTINDA GÖSTERİLECEK ÖZEN ÖLÇÜTÜNE ETKİSİ TARTIŞILAN HALLER**

Hekimin sözleşme ihlalinde kusur bakış açısı ile ihmalinin var olmaması için göstermesi gereken özenin ölçüsü, alana özgü basiretli hekimin davranışı esas alınarak belirlenecektir. Alana özgü basiretli hekimin davranışı, hekimin göstermesi gereken özenin asgari haddidir. Somut olayın şartları ya da hekimin mesleki bilgisi gibi faktörler, hekimden beklenen özenin tespitinde nazara alınabilecektir. Ancak bu asgari özen ölçütünü indiren subjektif ve kişisel faktörler değerlendirme dışıdır<sup>402</sup>. Bununla birlikte kişisel ve subjektif faktörler haricinde kalan, somut, bilinen ya da bilinebilecek kimi durumların hekimin kusur bakış açısı altında göstermesi gereken özen ölçütüne etki etmesi imkan dahilindedir<sup>403</sup>. Şu halde TBK md.506/f.III fıkrası ile objektifleştirilen özen ölçüsüne etkisi tartışılabilir kimi faktörlerin mevcut olduğu ifade edilebilecektir. Örneğin ücre bir köyün donanımsız bir hastanesinde hizmet üstlenen nöroloji uzmanı ile İstanbul'da özel bir hastanenin imkanları

---

<sup>400</sup> Yılmaz, **Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Malpraktis ve Arbuluculuk**, s. 61.

<sup>401</sup> Yılmaz, **Tıbbi Malpraktis ve Arbuluculuk**, s. 70.

<sup>402</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s.333vd.

<sup>403</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s.335.

dahlinde hizmet üstlenen nöroloji uzmanının kusurunu belirlemede temel alınacak özen ölçütü farklılaşabilecektir. Bu kapsamda biz, yasal düzenlemeler ya da uygulamadan doğduğunu tespit edebildiğimiz ve özen ölçütüne etki etmesi muhtemel olan faktörleri aşağıdaki gibi sınıflandırmış bulunmaktayız. Ancak burada şunu belirtmek gerekir ki, aşağıda yer alan faktörler, bu gibi somut durumlarda, soyut bir kavram olan basiretli hekimin hangi şekilde davranacağı hususunda yol göstericidir. Bu belirtilen faktörlerle şekillenecek davranıştan olumsuz yönde sapılması halinde hekimin somut olayda kusurlu olduğu kabul edilebilecektir.

## **1. Tarafların Özen Ölçüsü Üzerinde Anlaşması**

### **a. Sözleşme ile Özen Borcunun Artırılması**

Hekimin somut olayda kusurlu kabul edilmemesi amacı ile göstermesi gereken özenli davranışın tespitinde, öncelikle hasta ile hekim arasındaki hekimlik sözleşmesinin içeriği incelenmelidir.

Sözleşme serbestisi çerçevesinde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun beyanları ile akdedilen hekimlik sözleşmesinde taraflar gösterilecek özeni açıkça belirleyebilir. Türk Borçlar Kanunu md. 504/f.I hükmü uyarınca sözleşmede açıkça gösterilmemişse vekaletin kapsamı, görülecek işin niteliğine göre belirlenebilir. Estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinde sözleşme ile açıkça belirlenmemiş olması halinde dahi özen ölçütünün yüksek olduğuna dair kabulün hukuki dayanağı bu maddedir<sup>404</sup>. Her halükarda hekimden beklenen özenin asgari haddi, benzer faaliyet üstlenen basiretli hekimin davranışdır. Tarafların sözleşme ile bu özen ölçüsünün aşağısında kalacak bir özen ölçüsünde anlaşmasını geçersiz kabul etmek gerekmektedir. Aksi halde bu durum; hekimin hafif kusurundan sorumlu olmadığına dair yaptığı sorumsuzluk anlaşmalarının geçersizlik yaptırımı ile çelişecektir. Ancak tarafların, Kanun'da belirtilen ölçünün üstüne çıkılması hususunda anlaşmaları mümkündür. Bu başlıkta tarafların, özen ölçütünü artıran sonuç taahhüdü ve özeni sınırlandıran sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olup olmadığı incelenmektedir.

---

<sup>404</sup> Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm/ III/C/5.

## **b. Hekimin Müdahale Sonucunu Taahhüt Etmesi**

Özellikle estetik amaçlı tıbbi müdahaleler konusu ile bir arada değerlendirilen diğer bir konu da hekimin müdahale sonucunu taahhüt etmesidir. Esasen bu durum da tarafların, sözleşme serbestisi çerçevesinde özen konusunda daha yüksek bir ölçütü hususunda anlaşması niteliğindedir. Zira bu ihtimalde, hekimin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde basiretli hekimin göstermesi gereken davranışın ötesinde bir değerlendirme yapılarak taahhüt ettiği sonucun gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınacaktır.

Yargıtay, estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinde hekimin sonucu taahhüt etmesini müdahalenin doğal sonucu olarak kabul etmektedir. Bu kapsamda hekim açıkça sonucu taahhüt ettiğini açıklamış olmasa dahi estetik amaçlı müdahalede hekimin başarılı müdahale sonucundan (eserden) sorumlu olduğuna yönelik kararları mevcuttur<sup>405</sup>.

Biz bu konuyu estetik amaçlı müdahalelerden ayrı bir başlık ile incelemenin uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira hekim, tedavi amaçlı bir müdahalede de -örneğin gırtlaktan tümörlü kısmın çıkarılması- sonucu taahhüt edebilir. Her iki hekimlik sözleşmesi açısından da sonuç taahhüdünün geçerli olup olmadığı birlikte değerlendirilmesi gereken bir durumdur.

Hekim ile hasta arasında sözleşme kurulmasını takiben hekim hasta menfaatine özenle iş görmeye başlayacaktır. Daha evvel belirtmiş olduğumuz üzere, burada hekim edim sonucundan değil edim fiilinden sorumludur<sup>406</sup>. Şu halde hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin sonuç garantisini ihtiva etmediği tartışmasızdır. Buna rağmen başarılı sonucu taahhüt eden hekimin bu taahhüdü geçerli sayılabilir mi?

---

<sup>405</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm/ II/C/1/b/(1)/iii.

<sup>406</sup> Gautschi, **Der Auftrag**, Art.398, Nr.24b; Hofstetter, **Der Auftrag**, s. 23; Janda, **Medizinrecht**, s.3; Olzen/Kaya, **Der Behandlungsvertrag**, §§ 630a–h BGB, s 662; Bucher, **OR 394-406**, s. 231; **NomosK/Bergmann-Middendorf**, BGB § 630a, s. 463; Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s. 400. Edim fiili ile anlaşılması gereken borçlunun belirli bir yönde davranışta bulunma mecburiyetidir. Edim sonucunda ise alacaklının edimin ifasına menfaati ön planda olup edim, faaliyetin sonucundan ibarettir. Aral, **Kötü İfa**, s. 61; Seliçi, **Sürekli Borç İlişkileri**, s. 6-7.

Bir görüş, hekimin sonucu taahhüt etmesinin TBK md. 27/f.I uyarınca geçersiz olacağını ifade etmektedir<sup>407</sup>. Keza hekim tüm özeni göstermiş olsa dahi elinde olmayan ve çoğu zaman kaçınılamayan sebeplerle başarılı sonucu elde edemeyebilecektir. Geçersiz sonuç taahhüdüne rağmen hekimlik sözleşmesinin TBK md 27/II fıkrası uyarınca geçerli kabul edilmesi halinde ise hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmemesi nedeni ile sorumluluğu söz konusu olabilecektir<sup>408</sup>. Aynı kavramdan yola çıkan bir diğer görüş de vekilin sonucu taahhüt etmesinin sınırını TBK md 27 hükmünde bulmaktadır. Bu kapsamda üstlenilen işin sonucu imkansız olmadıkça vekil tarafından taahhüdü geçerli olacaktır. Bu taahhüt, vekili daha özenli iş görmeye sevk edeceğinden müvekkilin de menfaatindedir. Ancak hekimlik gibi sonucu sadece hekimin inisiyatifinde olmayan vekalet ilişkilerinde vekilin (hekimin) sonucu taahhüt etmesi geçersiz kabul edilmelidir<sup>409</sup>. Burada bir diğer görüş ise gerek hekimlik gerek avukatlık sözleşmelerinde vekilin sonucu taahhüt edebileceğini ve bunun, sonucun gerçekleşmemesinden doğan zararı tazmin etmemek adına vekili daha fazla özen göstermeye iteceğini belirtmektedir<sup>410</sup>.

Biz, hekimin gerek tedavi amaçlı müdahalelerinin gerek estetik amaçlı müdahalelerinin sonuç taahhüdü vermeye olanaklı olmadığı kanaatindeyiz. Zira burada hastanın bünyesel koşulları ya da tıp biliminin elverişliliği gibi hekimden bağımsız ve ilave şartlar bir bütün olarak sonuç üzerinde etkilidir. Ne var ki nadir de olsa hekimin başarılı müdahale sonucunu taahhüt etmesi ile karşılaşılabilir. Bu taahhüdün geçerli olup olmadığını inceleyebilmek amacı ile başarılı müdahale sonucuna engel olabilecek unsurlar üzerinde durmak gereklidir.

---

<sup>407</sup> Ott, **Haftung**, s. 64. Bu görüşte Başpınar, **Hekimin Özen Borcu**, s. 28.

<sup>408</sup> Ott, **Haftung**, s. 64.

<sup>409</sup> Gautschi, **Der Einfache Auftrag** Art 395, N.77b.

<sup>410</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 153; Akıncı, **Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, s. 102. Hekimin sonuç taahhüdü vermiş olması halinde bu taahhüdün yan edim yükümü niteliğinde olduğu yönünde Uygur, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, s. 128. Tarafların sonuç üzerinde anlaşmış olmaları halinde eser sözleşmesi hükümlerinin (§§ 631 BGB) uygulama bulacağı yönünde, Olzen/Kaya, **Der Behandlungsvertrag, §§ 630a–h BGB**, s.662; Lotz, **Schönheitsoperationen**, s.79; Donay, **Doktorun Hukuki Sorumluluğu**, s.46. Vekalet ilişkilerinde sonuç taahhüdünün somut duruma göre yorumlanması gerektiği, hekimin böyle bir taahhüdünün uzmanlığına ilişkin gerekli ve uygun tedaviyi yürütmeyi garanti ettiği şeklinde anlaşılacağı yönünde Hofstetter, **Der Auftrag**, s. 23. Karş. Tekben, **Hekim ile Hasta İlişkisi**, s. 874.

Hekimin hasta ile arasında akdedilen sözleşmenin amacına kavuşamamasının birçok nedeni olabilir. Hekimin ya da hastanın kendisinden kaynaklanan nedenler bulunabileceği gibi dışsal faktörler nedeni ile de sonuç gerçekleşmeyebilir. Ancak tıp biliminin doğası gereği, amaçlanan sonuca ulaşılmamasında temel faktör tıp terminolojisinde komplikasyon olarak ifade edilen ve tıbbi müdahalenin doğasına bağlı faktörlerdir.

Tıp alanında komplikasyon terimi ile ifade edilen, olası müdahale akabinde rastlanılabilecek olumsuz, istenmeyen durumlardır. Örneğin bir cerrahi müdahale akabinde hematoma (kan birikimi), enfeksiyon, sinir zedelenmesi gibi istenmeyen durumlar görülebilir. Bu tip istenmeyen durumlar, bu müdahalenin kaçınılmaz riski (komplikasyon) şeklinde tezahür edebileceği gibi hekimin tıbbi standartlara aykırı davranışı nedeni ile de ortaya çıkabilir.

Burada önemle belirtmek gerekir ki tıp ve hukuk biliminin komplikasyon terimine kimi durumlarda farklı sonuçlar bağladığı anlaşılmaktadır.

Gerçekten klasik tıp literatürü incelendiğinde herhangi bir hastalığın komplikasyonu olarak belirtilen risklerin oldukça geniş olasılıkları kapsadığı görülmektedir. Komplikasyon olarak belirtilen bu riskler arasında esasen hekimin tedavi hatasını işaret eden birçok risk de yer almaktadır.

Örneğin bir safra kesesi ameliyatını takiben enfeksiyon gelişmesi ya da ana safra kanalına taş düşmesi gibi risklere ilaveten ana safra yolunun bağlanması, karaciğerin veya civardaki büyük damarların zedelenmesi, kesilmesi gibi risklerin tümü klasik tıp yayınlarında komplikasyon ana başlığı altında yer alan risklerdendir<sup>411</sup>. Halbuki bu tip risklere hekimin özen yükümlülüğüne aykırı ve kusurlu hareketinin neden olmuş olması da muhtemeldir. Şu halde klasik tıp literatüründe komplikasyon ifadesi ile somut hastalığın muhtemel olumsuz tüm risklerinin işaret edildiğini ve bu terim ile *hekimin komplikasyondan sorumlu*

---

<sup>411</sup> Hakan Hakeri, "Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Aynımı", **Toraks Cerrahisi Bülteni**, C.V, 2014, s.23-28, s. 25.

*tutulamayacağına*<sup>412</sup> yönelik hukuki tespitin her zaman örtüşmeyeceğinin altını çizmek gerekir. Zira hukuken hekime kusur atfedilmemesine sebebiyet veren komplikasyon, hekimin tüm özenli davranışına rağmen hekimden bağımsız olarak meydana gelen sonuçlardır. Hekim somut hastalığa müdahale etmeden evvel hastalığın olası komplikasyonlarına vakıf olup bu komplikasyonları öngörebilmektedir<sup>413</sup>.

Ne var ki hekim, zararlı sonucu önleyememektedir. Bu kapsamda bize göre komplikasyon hekimin bilebileceği; ancak kaçınamayacağı şekilde borcu ihlal etmesine neden olan bir fevkalade hal<sup>414</sup> niteliğindedir. Hekim, gerekli tüm tedbirleri alsa dahi komplikasyonu önleyememektedir.

---

<sup>412</sup> Daha önceleri tıbbi talihsizlik olarak tanımlanan komplikasyonların birçoğunun günümüzde önlenilebilir olduğu yönünde Günday, **Malpraktis**, s. 120. Zararlı sonucu doğuran olayın komplikasyon ya da tıbbi müdahale hatası sonucu doğması ile bu sonuçtan hekimin sorumlu olup olmadığı farklıdır. Zararlı sonuca neden olay komplikasyon sonucu doğsa dahi hastanın bu komplikasyon hakkında önceden aydınlatılmış olması gerektiği yönünde, Savaş, **Tıbbi Malpraktis**, s. 274. Belirtmek gerekir ki Yargıtay kararları incelendiğinde hastalığa ilişkin olası her risk hakkında hastanın aydınlatılması gerekliliği sonucu çıkmaktaysa da bu durum tartışmaya açıktır. Yine zararlı sonuç bir komplikasyon nedeni ile doğsa dahi iyi yönetilemeyen komplikasyonun tıbbi müdahale hatasına dönüşmesi mümkündür. “(...) olayda alçıya ait komplikasyon geliştiği, fakat nöbetçi doktor, ameliyatı yapan doktor ve hastane arasında irtibat kurulmadığı için komplikasyona zamanında müdahale edilemediği, ameliyat sonrasında tedavi ve bakımın aksadığı, gerekli tedavinin yapılmadığı hususlarının belirlendiği(...)” Danıştay 10. D. T. 9.12.1992, E.1992/184 K. 1992/4321. “(...)Hükme esas alınan bilirkişi raporunda hekim tarafından gerçekleştirilen ameliyatta hekime izafe edilecek kusur olmadığı, oluşan hasarın komplikasyon kapsamında olduğu ancak hekimin ameliyat sonrası oluşan komplikasyon yönetiminde kusurlu olduğu rapor edilmiş, kusur raporunun ardından maluliyete ve zarara ilişkin rapor alınmıştır.(...)” Yarg. 13. HD. T.14.11.2018 E. 2016/29362 K. 2018/10672, (Çevrimiçi), Lexpera, 12 Ağustos 2019.

<sup>413</sup> Komplikasyon; ortaya çıkabileceği tıbbi çevrelerce bilinen; ancak her türlü tedbirin alınmasına rağmen ortaya çıkmasından kaçınılamayan zarar olarak tanımlanmıştır. Pervin Somer, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, On iki Levha Yayınları, 2011, s. 41-58, s. 43. Örneğin tıbbi literatürde tiroid ameliyatının komplikasyonları arasında %2 istatistik oranı ile ses kısıklığına yer verilmektedir. Tiroid ameliyatı olan her 100 hastadan ikisinde ses kısıklığı görülebileceği öngörülmekte; ancak tüm önlemler alınsa dahi bu engellenememektedir. Bu nedenle tıp bilimi ses kısıklığını, tiroid ameliyatının doğasında bulunan bir risk olarak kabul ederek cerrahi müdahaleleri sürdürme yönünde tercih kullanmaktadır. Murat Civaner, “Malpraktis yerine “hizmet kaynaklı zarar” **Türk Pediatri Arşivi**, 2011, Sa.46, s. 6-11, s. 7.

<sup>414</sup> Fevkalade hal, borçlunun kendisinden beklenen tüm önlemleri almasına rağmen kaçınamayacağı şekilde borcu ihlal etmesine sebebiyet veren durumdur. Fevkalade hal dışsal (harici) bir olay olmak zorunda değildir. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1345, s. 431-432; Eren, **Genel Hükümler**, s. 629. Fevkalade hal durumunda olay, borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcun ihlaline neden olmaktadır. Mücbir sebep halinde ise hiç kimsenin alacağı tedbirler ile borcun ihlalini önleyemeyeceği türden bir olay mevcuttur. Mücbir sebep dışsal bir olayken fevkalade halin varlığı için bu şart aranmaz. Bu iki kavram farklı olmakla birlikte kusursuzluğun ispatı açısından fark önemi değildir. Ancak tarafların anlaşarak ya da kanun gereği ( TBK md. 119, TBK md. 527/f.II/c.1 buna örnektir) fevkalade halden sorumlu olabileceği hallerde farkın önemi kendini gösterecektir. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1345, s. 431-432; Bülent Tahiroğlu, “Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.14, Sa.4, 2008, s. 157-170, s. 163-164.



Komplikasyonu, özel hukuk yönünden fevkalade hal olarak tanımlamamızı takiben, tarafların, borçlunun fevkalade halden de sorumlu olacağı hususunda anlaşmasının mümkün olduğunu ifade etmek gerekmektedir<sup>415</sup>. Bu kapsamda hekimin sonucu taahhüt etmesi halinde bu taahhüdünün geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Şu halde genel kural hasta ve hekim arasında akdedilen sözleşme ile hekimin özenli iş görme faaliyetini üstlendiği ve sonuç borcu altında olmadığıdır. Ne var ki hekim, müdahalenin başarılı sonucunu ayrıca taahhüt etmişse bu taahhüt geçerlidir<sup>416</sup>. Ancak Yargıtay'ın görüşünün aksine, burun estetiği gibi estetik amaçlı bir müdahalenin üstlenilmesi başlı başına hekimin, iş görmenin başarılı sonucunu taahhüt ettiği anlamına gelmeyecektir. Kanaatimizce böyle bir sonuç taahhüdü ancak açıkça kararlaştırılabilir<sup>417</sup>. Bilhassa somut durumda hasta tarafından imzalanmış geçerli bir rıza formunun<sup>418</sup> mevcut olması halinde hekimin, iş görme sonucunu üstlenmediği yönünde fiili karinenin varlığından söz edilmelidir.

---

<sup>415</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1345, s. 431-432.

<sup>416</sup> Bu yönde Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 838. Vekilin sonuç taahhüdünün geçerli olup olmadığını avukatlar yönünden inceleyen bir görüş, taahhüdün, avukatın, mesleğini dürüstlük ile yürütme ve karşılıklı menfaatleri korumasına ilişkin yükümlülüklerini ihlal edebileceğini belirtmiştir. Başarı ücreti yasağının temelinde de bu durum vardır. Şenocak, **Avukatın Akdi Sorumluluğu**, s. 6. Belirtmemiz gerekir ki, vekalet sözleşmesinde taraflara sözleşmeyi her zaman tek taraflı sona erdirmeye imkanı tanıyan TBK md. 512 hükmünün emredici bir düzenleme olduğunun kabulü halinde hekimin sonuç taahhüdünü geçersiz kabul etmemiz gerekecektir. Zira hekim, iş görmenin sonucunu taahhüt ederek TBK md. 512 hükmünde yer alan tek taraflı sona erdirmeye hakkından feragat etmiş olmaktadır. Burada TBK md. 512 hükmünün emredici olduğu kabul edilirse düzenleme hilafına yapılan sınırlamanın TBK md. 27/f.I gereğince kesin hükümsüz olarak kabulü gerekecektir. Ancak TBK md. 512 hükmünün kendiliğinden emredici bir norm olmadığı ve tek taraflı sona erdirmeye hakkının sınırlanmasına yönelik anlaşmaların geçerliliğinin ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamasına bağlı olduğu görüşü kabul edilirse farklı bir sonuca ulaşılabilecektir. (Bu görüşte Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 109 vd.). Bu defa vekilin tek taraflı sona erdirmeye hakkı ile hastanın bu yöndeki hakkı ayrı ayrı değerlendirilebilir. Hastanın tek taraflı sona erdirmeye hakkını sınırlandıran bir anlaşmanın onun kişilik hakkına aykırı olması nedeni ile kesin hükümsüz olması ile karşılaştırılabilir. Hastanın belirli süre boyunca hekim tarafından gerçekleştirilecek tüm girişimlere vereceği genel nitelikte bir rızanın hukuka aykırı kabul edilmesinin temelinde de bu düşünce yatmaktadır. Hekimin özenli iş görme yerine bu iş görmenin başarılı sonucunu taahhüt etmesi halinde ise, bu taahhüdün hekimin kişilik haklarına aykırı olmadığının kabulü uygun olacaktır. TBK md 512 hükmünün emrediciliği sorunu ve hilafına yapılan anlaşmaların geçerliliğine ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 92 vd.; Gökyayla, **Avukatlık Sözleşmesi**, s. 57-65.

<sup>417</sup> Bu yönde Lipp, (Laufs/Katzenmeier/Lipp), **Arztrecht**, s.76; Deutsch/ Spickhoff, **Medizinrecht**, Nr. 144.

<sup>418</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği md. 26/f.I.c.1 şöyledir: “*Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tibben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşlarınca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu imzalanır.*” Maddenin yollama yaptığı HHY md. 15 hükmü, hastaya yapılacak bilgilendirmenin kapsamını düzenlemektedir. İlgili madde uyarınca bilgilendirmenin kapsamına tedavi seçeneklerinin getireceği riskler, hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkiler ve muhtemel komplikasyonlar da girmektedir. (HHY md. 15/c, ç). Bu kapsamda olası tedavinin komplikasyonları ve hasta üzerindeki muhtemel risklerini içeren yazılı rıza formunun mevcudiyeti halinde hekimin sonucu taahhüt etmediği, aksine sonuca ulaşmasını engelleyecek faktörler hususunda hastayı bilgilendirdiği değerlendirilmelidir.

İş görmenin başarı ile sonuçlanacağını taahhüt eden hekim, başarılı tedavi sonucuna ulaşamaması halinde meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. Ancak hekimin müdahalenin başarılı sonucundan sorumlu olacağı ve bu borcu ifa edememesinin mücbir sebepten ileri geldiğini ispatla sorumluluktan kurtulabileceği kanaatindeyiz<sup>419</sup>. Bu ise hekimin, sonucun gerçekleşmemesi nedeni ile hastanın uğradığı zararı tazmin etmemek adına esas alınacak özen ölçütünü yükseltmektedir. Hekim, mesleğe özgü basiretli hekimin ortalama davranışı neticesinde de komplikasyon olacağı savunması ile sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Burada son olarak karıştırılmaya müsait bir başka olgudan söz edilmelidir: Hekimin, müdahalenin başarı ile sonuçlanacağını taahhüt etmesi ile hekimlik ücretinin sonuca bağlı olması farklıdır. Hekimlik ücretinin, müdahalenin başarılı olması halinde muaccel olacağını kabul edilmesi halinde ücretin şarta bağlı olduğu hekimlik sözleşmesi mevcuttur. Müdahalenin başarılı olması şartı gerçekleşmezse hekim, kendi ediminin karşılığı olan ücrete hak kazanamayacaksa da sonucun gerçekleşmemesi nedeni ile doğan zararı gidermekle yükümlü değildir. Zira hekim burada başarılı müdahale sonucunu taahhüt etmemiş, kendi ediminin karşılığı olan ücret alacağını belirli şartların gerçekleşmesi halinde muaccel olacağını kabul etmiştir<sup>420</sup>.

### **c. Sorumsuzluk Anlaşmaları**

Türk Borçlar Kanunu md. 115/f.I hükmü uyarınca borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden<sup>421</sup> yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Bu hükmün mefhumu muhalifinden borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin koyulan kayıtların geçerli olacağı anlaşılmaktadır.

Belirtmemiz gerekir ki, Kanun'un 114. madde hükmü uyarınca borçlu, hafif kusuru da dahil her türlü kusurundan sorumludur. Borçlunun kusura bağlı

---

<sup>419</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1345, s. 431.

<sup>420</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 838.

<sup>421</sup> Tarafların, sorumluluk doğduktan sonra tazminat yükümlülüğünü sınırlandıran ya da kaldıran nitelikteki anlaşmaları sorumsuzluk anlaşması niteliğinde değildir. Bu tipteki anlaşmalar sulh ya da ibra olarak kabul edilebilir ve sadece hafif kusur için değil ağır kusur için dahi geçerlidir. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.1349, s. 434.

sorumluluğu Kanun<sup>422</sup> ile ya da tarafların anlaşması ile daraltılabilir. Tarafların, sözleşme yapılırken ya da borca aykırı davranış gerçekleşmeden evvel borçlunun borcu yerine getirmemesi ya da gereği gibi yerine getirmemesi halinde alacaklının taleplerini sınırlandıran bu tip kayıtlarına sorumsuzluk anlaşması denilmektedir<sup>423</sup>.

Taraflar arasındaki özel güven ilişkisinden hareketle, vekalet sözleşmelerine konulan sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olup olmayacağı hususu tartışılmıştır. Özellikle belirli bir ücret karşılığı görülen mesleki iş görmelerde vekilin, kendi hafif kusurundan veya yardımcı kişilerinin ağır kusurundan sorumlu olmayacağına yönelik anlaşmalarının, vekalet sözleşmesinin niteliği ile bağdaşmayacak olması gerekçesi ile geçersiz olması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür<sup>424</sup>. Buna karşılık, vekalet sözleşmesinde vekilin, hafif kusurundan sorumlu olmayacağına yönelik konulan kayıtların geçerli olacağı görüşü de doktrinde ifade edilmiştir<sup>425</sup>. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde yetkili makamlardan izinle ifa edilen ve uzmanlık gerektiren hizmet ya da mesleklerde borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına yönelik anlaşmaların geçerliliği hakimın takdirine bırakılmaktaydı. Bu durum uygulamada takdiri butlan olarak adlandırılmaktaydı<sup>426</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yapılan değişiklik neticesinde uzmanlık gerektiren mesleklerin icrasında sorumluluğu sınırlandıran kayıtların her durumda geçersiz olacağı düzenlenmiştir<sup>427</sup>. Gerçekten, TBK md. 115/f.III hükmü ile sorumsuzluk anlaşmalarına da istisna getirilmiştir. İlgili fıkra uyarınca uzmanlığı gerektiren hizmet ya da meslek ancak kanun veya yetkili makamların izni ile yürütülebiliyorsa borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan

---

<sup>422</sup> Bağışlayanın ancak ağır kusuru olması halinde bağışlanan nezdinde doğan zarardan sorumluluğunu düzenleyen TBK md. 294 hükmü, sorumluluğun kanun ile daraltılmasına bir örnektir.

<sup>423</sup> Nilgün Başalp, "Sorumsuzluk Anlaşması, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk", **Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansı I: Anılar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borçların İfası-Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları**, 2014, s. 386-409; Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.1349, s. 433-434. Ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 10vd.; Nilgün Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul, On iki Levha, 2012, s. 386 vd.; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 842 vd. özellikle s. 866-869.

<sup>424</sup> Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art.398, Nr. 25, b ve c. Ayrıca bkz. Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, s. 65vd.; Başpınar, **Vekilin Özen Borcu**, s. 272-273.

<sup>425</sup> Weber, **OR Art. 394**, p.34.

<sup>426</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.1358, s. 437-438; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1220.

<sup>427</sup> Bu durumun, somut olayın gerektirdiği esneklikten mahrum bırakabileceği yönünde Başalp, **İsmet Sungurbey'e Armağan**, s. 393.

anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Hekimlik de yetkili makamlar tarafından verilen izinle hizmette bulunulan meslekler arasında yer almaktadır<sup>428</sup>. Bu kapsamda hekimlerin hafif kusurlarından sorumlu olmayacaklarına dair sorumluluklarını sınırlayan anlaşmaların kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir.

Hekimin, yardımcı kişinin fiilinden tamamen veya kısmen sorumlu olmayacağı yönünde anlaşma yapması da mümkündür. Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğun önceden yapılan bir anlaşma ile tamamen veya kısmen kaldırılmasına Kanun cevaz vermiştir<sup>429</sup>. Ne var ki TBK md. 116/f.III hükmü uyarınca uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaları kesin olarak hükümsüzdür. Hekim tarafından yürütülen sağlık faaliyeti yetkili makamlar tarafından verilen izinle icra edildiğinden hasta ile yaptığı ve yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olmayacağına yönelik anlaşmaları geçersizdir. Hekim, yardımcı kişinin hafif ihmali ile hastaya verdiği zarardan dahi sorumludur<sup>430</sup>.

## 2. Zaruret Hali

Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği md. 3 hükmü uyarınca hekim; vazifesi ve uzmanlığı ne olursa olsun gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalara müdahalede bulunmakla yükümlüdür<sup>431</sup>. Yine Türk Ceza Kanunu'nun *Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi* başlıklı m.98/f.I fıkrası şöyledir: “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.” Bu düzenlemelerden açıkça anlaşıldığı üzere, hekim acil vakalarda müdahalede bulunmaktan imtina edemeyecektir.

---

<sup>428</sup> Oğuzman/Öz, Genel Hükümler Cilt-1, p. 1357, s. 437; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 849.

<sup>429</sup> TBK md. 116/f.II.

<sup>430</sup> Zevkliler/ Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 617. Aksi görüşte, Özdemir, **Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, s. 195.

<sup>431</sup> Benzer bir madde Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği'nin 18. maddesinde yer almaktadır. Buna göre hekim; acil yardım, resmi veya insani vazifede bulunması gerekliliği haricinde hastaya bakmayı reddedebilir. Bu düzenlemenin mefhumu muhalifi, acil yardım gerektiren hallerde hekimin hastaya bakmakla yükümlü olacağını işaret etmektedir.

Objektifleştirilmiş özen ölçüsünün bireyselleştirilmesinde karşımıza çıkacak temel alanlardan biri zaruret halidir. Hekimin hasta ile daha evvel vekalet sözleşmesi akdetmemiş olduğu acil müdahalelerde durum böyledir. Gerçekten burada taraflar muhtemel bir sözleşme ilişkisi üzerinde anlaşmış olmadığından, hekimin tıbbi müdahale öncesinde vekaletin amacı ya da özenli ifası üzerinde düşünme imkanı bulunmamaktadır. Aksine burada hekimin zaruret hali nedeni ile ivedilikle hasta menfaatine vekaletsiz iş gördüğü belirtilmelidir<sup>432</sup>. Bu halde hekimin sorumluluğu nasıl tayin edilir?

Türk Hukuku sağlık mevzuatında acil durumlarda hekimin sorumluluğunun sınırlandırılmasına yönelik açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Burada, acil durumdaki hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin vekaletsiz iş görme olarak tespitini takiben Türk Borçlar Kanunu md. 527/f.I fıkrası değerlendirmeye alınmalıdır<sup>433</sup>. İlgili düzenleme şöyledir: “*Vekaletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, iş gören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.*” Maddede getirilen düzenleme tazminatta indirimine yöneliktir. Diğer bir ifade ile, hekim acil durumda hasta menfaatine ve onu zarardan kurtarma amacı ile müdahalede bulursa da TBK md. 527/f.I/c.1’deki genel kural uyarınca hafif kusuru da dahil her türlü ihmalden sorumlu olacaktır. Ne var ki bu durumda hakim, tazminatta indirim yapma yetkisi bulunmaktadır. Şu halde acil durumlarda da olağan tıbbi müdahalelerde olduğu gibi aslolan hekimin hafif kusurundan sorumlu olmasıdır. Zorunluluk hali, sorumluluğu kurmada ya da sınırlamada etkili değildir, tazminattan indirim nedeni olarak görülmektedir<sup>434</sup>.

---

<sup>432</sup> Ott, **Haftung**, s. 74.

<sup>433</sup> Burada caiz olan vekaletsiz iş görme mevcut olduğundan hekim, acil tıbbi müdahalede bulunurken hastaya verdiği zarardan TBK md. 112 hükmü kapsamında sorumludur. Hekimin caiz olmayan şekilde vekaletsiz iş gördüğü hallerde ise sorumluluğu haksız fiil hükümlerine göre tespit olunmalıdır. Başpınar, **Özen Borcunun Tıbbi Standartlar ile İlişkisi**, s.369; Topuz, **Özen Borcu**, s. 304; Sera Reyhani Yüksel, “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, **Mehmet Akif Aydın’a Armağan**, Yıl 2015, Sa. 2, C. 21, s. 793-804, s. 799.

<sup>434</sup> Amerikan Hukukundaysa *Good Samaritan Law* olarak ifade edilen ve hekimin acil durumlarda hafif kusuru ile verdiği zararlardan sorumlu olmadığına yönelik bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme ile hekimlerin acil vakalara karşı tereddütlü, kaygılı yaklaşımlarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Prince, **General Principles of Liability**, s. 228-229. Sorumluluğun daha az takdir edilmesi gerektiği yönünde Reyhani Yüksel, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 801.

Hekim acil müdahalelerde hafif kusurundan sorumluydu da müdahalenin acilliği, kusur bakış açısı altında hafif ihmalinin mevcudiyeti için aranacak özenin ölçütüne etkili olabilecektir. Gerçekten, her ne kadar hekimin kusurunun tespitinde objektifleştirilmiş bir özen ölçütünün varlığı kabul edilmişse de, hekimin içerisinde bulunduğu somut durumlar nazara alınmalıdır. -Sözleşmenin ihlalinden farklı olarak- kusurun tespitinde gösterilecek özen sözleşme ile emredilen davranışa göre değil aksine üçüncü kişinin somut durumdaki varsayımsal davranışına göre ölçülecektir<sup>435</sup>. Bu nedenle hekimin içerisinde bulunduğu somut koşullar objektifleştirilmiş özen ölçütünün tespitinde nazara alınmalıdır. Hekimin, daha evvel düşünme imkanını haiz olmadan hastanın zarar görmemesi ya da zararının artmaması amacı ile ivedilikle yürüttüğü müdahalelerde de bu somut durumun nazara alınması gerekmektedir<sup>436</sup>.

Yukarıda belirtilenlere ilaveten normal şartlarda nazara alınmayacak yorgunluk, korku, hiddet gibi sübjektif faktörlerin de zaruret halinde değerlendirme kapsamına alınması doğru olacaktır<sup>437</sup>. Örneğin yirmi dört saat nöbet tutmuş hekimin nöbeti devretmesini takiben karşılaştığı bir acil vakaya müdahale etmesi halinde hekimin yorgunluğu gibi sübjektif değerlendirmeler de kusurunun tespitinde dikkate alınmalıdır<sup>438</sup>. Belirtilen bu hususlar, Acil Tıp Anabilim Dalı üyesi olmayan hekimler için evveliyatla kabul edilmeliyken Acil Tıp Anabilim Dalı üyesi hekimler açısından farklı bir değerlendirme yapılmak gerekebilir. Gerçekten, örneğin, göz hastalıkları Anabilim Dalında uzman hekimin acil bir vaka ile karşılaşması halinde kendisinden beklenecek özen; basiretli bir göz hekiminin, o somut duruma denk düşecek muhtemel ortalama davranışı olacaktır. Burada hekim, şiddetli burun kanaması olan hastanın kanamasını durdurmak amacı ile buruna tekstil malzemesi ile baskı yapmalıyken hastanın kafasını öne doğru baskılırsa kusurlu kabul edilebilir. Ancak

---

<sup>435</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s.342.

<sup>436</sup> Aynı yönde Janda, **Medizinrecht**, s. 321; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 106.

<sup>437</sup> Aynı yönde Ertaş, **Hekimin Mesleki Kusuru**, s. 179; Kaneti, **Hekimin Hukuksal Sorumluluğu**, s. 640. Karş. Janda, **Medizinrecht**, s. 320; Ries/ Schnieder, **Arztrecht**, s. 212; Eren, **Özel Hükümler**, s.743.

<sup>438</sup> Bu yönde Hakeri, **Malpraktis**, s. 26-27. Karşı yönde bir Yargıtay kararı şöyledir: “(...) ameliyatın acil olması, Pazar günü yapılması ve elde mevcut olanak ve araçlarla yetinilmesi fen kurallarını uygulayan doktorun mazereti olamaz. Yüksek Mahkemeye göre, sağlığı kendisine emanet edilen hastanın ameliyatında bu kadar ağır bir savsama, uzmanlığın gerektirmediği bir sonuçtur. Müdahalenin acilliği, ameliyatın yapılma günü sonuca etkili olmadığı gibi, işin ağırlığının, kusurun ağırlık derecesini bertaraf etmesi olanağı yoktur. Unutma ise hoş görülecek tarafı olmayan çok ağır bir savsamadır.(...)” Yarg. 4.HD, T.11.12.1976, 4260/1393, Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalar**, s. 85.

bizatihi Acil Tıp Anabilim Dalı uzmanı hekimin acil vakada ihmali bulunmaması için göstermesi gereken davranış ve özen daha yüksektir. Zira Acil Tıp Anabilim Dalı'nın konusu acil vaka yönetimidir ve kusurun tespitinde mesleğe özgü davranış esas alınacaktır.

Bu bahiste son olarak ameliyatın genişlemesi haline değinmek uygun olacaktır. Burada hekim farklı nedenlerle daha evvel hastanın rızasını almış olduğu cerrahi operasyonu genişletmektedir. İlk ihtimalde hekim, eksik incelemesi nedeni ile daha evvel tespit edemediği sıkıntılı bir bölgeyi ameliyat esnasında tespit etmekte ve müdahale etmektedir. İkinci ihtimalde ise gerekli tüm incelemeler yapılmasına rağmen tespit edilemeyen; ancak müdahale edilmesini gerektiren bir durum ile karşı karşıyadır<sup>439</sup>.

Ekseriyetle tedavi amacı taşıyan tıbbi müdahalelerde karşılaşılabilecek bu halde sorun daha ziyade hekimin yan yükümlülüklerinden aydınlatmaya ilişkindir. Hekim hastanın aydınlatılmış rızasını almış olduğu ameliyatı, hastanın rızasının kapsamını aşarak genişletmektedir. Hastanın rızası alınmaksızın müdahalenin kapsamının genişlediği durumlarda bu durumun hukuka uygun olabilmesi için hasta açısından hayati önem arz eden bir durumun varlığı gereklidir<sup>440</sup>. Burada hekim, hastanın uyandırılması, rızasının alınması ve ikinci müdahale için tekrar anestezi alması esnasında görmesi muhtemel zararları nazara alacaktır<sup>441</sup>. Hastanın durumu

---

<sup>439</sup> Ameliyatın genişlemesi halinde TBK md. 527/f.I.c.2 uyarınca hekimin sorumluluğunu daha az takdir etmenin hasta ile arasındaki güven ilişkisini zedelemesi nedeni ile kabul edilemeyeceği yönünde Reyhani Yüksel, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 801.

<sup>440</sup> Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 49; Arif Barış Özbilen, “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sa.24, Y.12, 2013, s.99-124, s. 102. Hastanın rızasının alındığı müdahaleden daha ağır sonuçları olan ve beklenmeyen acil müdahale durumlarında, yeniden rıza almak için geçecek sürenin hasta açısından daha büyük riskler doğurması halinde ve ölüm tehlikesi halinde müdahalenin genişletilmesine cevaz olduğu yönünde Günday, **Malpraktis**, s. 13; Somer, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, s. 52.

<sup>441</sup> Kadının üreme organındaki kistin alınması amacı ile gerçekleştirilen cerrahi müdahale esnasında rahimde kanser hücrelerinin yayılmış olduğunun tespit edilmesi halinde hekim, hastanın mefruz iradesinin bu yönde olacağı iddiası ile rahmini alamamalıdır.(Özbilen, **Rızanın Aranmadığı Haller**, s. 104). Laparoskopisi yöntemi ile yapılan safra kesesi ameliyatının karaciğerdeki aşırı yağlanmaya bağlı olarak kanama riski nedeni ile açık ameliyata çevrilmesi üzerine açılan tazminat davası Mahkemece reddedilmiş ve bu karar Yargıtayca onanmıştır. (Battal Yılmaz, **Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Digestası**, Sa.1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 167-181, s. 174). Başka bir karara konu olayda hasta, böbreğindeki taşı aldırma amacı ile hekimle sözleşme akdetmiştir. Ameliyat esnasında böbrekteki aşırı iltihaplanmayı fark eden hekim, zorunlu ve ivedi görenek hastanın böbreğini almıştır. Hasta tarafından açılan tazminat davası tıbben gerekli olanın yapılmış olması gerekçesi ile Yargıtay tarafından reddedilmiştir. Yarg. 4.HD T. 5.3.1971 E. 10853/ K. 2906, (naklen; Kahraman, **Hastanın Rızası**, s. 498).

uygun olsa idi hasta tarafından da bu müdahaleye rıza vereceğinin düşünülebileceği (mefruz iradesinin bulunacağı) hallerde hekim ameliyata devam etmelidir<sup>442</sup>. Hastanın yeni müdahaleye rızasının alınması amacı ile mevcut müdahaleye son verilmesi hastanın sağlığında ciddi bir zarara neden olacaksa, hastanın üstün menfaati nazara alınarak rızanın kapsamı aşılabilmelidir<sup>443</sup>. Burada rızanın kapsamının aşılıp aşılmayacağı hekim tarafından takdir edilecektir<sup>444</sup>. Ancak genel kural, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde müdahalede bulunmaktır. Keza rızanın, hastaya yönelik müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi için somut ve belirli bir müdahaleye yönelik verilmiş olması gerekmektedir. Burada bu rızanın kapsam ve sınırlarını aşan hekim, hastanın üstün yararı gereği müdahaleye devam ettiğini ispat etmelidir.

### 3. Donanımsız Hastane ve Bölgesellik Kuralı

Hekimin objektifleştirilmiş özen ölçütüne etkisi tartışmalı bir diğer unsur hekimin donanımsız hastanede faaliyetini yürütmesidir. Ücra bir köyün donanımsız hastanesi ya da sağlık kurumunda faaliyette bulunan hekim ile bir ilin tam teşekküllü hastanesinde hizmet veren hekimin gösterdiği özen, kusurun tespitinde aynı şekilde esas alınabilir mi? Burada hemen ifade etmek gerekir ki, bu sorunun cevabı, donanımsız hastanede hizmet yürüten hekimin daha az özen göstermesinin kabul edilebilir olması değildir. Aksine hekimin içerisinde bulunduğu somut durumun, objektifleştirilmiş özen ölçüsünde nazara alınıp alınmayacağıdır.

Amerika'da 19. yüzyıl itibari ile ortaya atılan *Bölgesellik Kuralı*, hekimin, aynı bölgede faaliyette bulunan diğer hekimlerin haiz olduğu eğitim, yetenek ve tıbbi bilgileri sahip olmasını işaret etmektedir<sup>445</sup>. Kuralın doğmasında, kentte, teknoloji, konsültasyon gibi imkanlara sahip olan hekim ile kırsalda zor şartlar altında faaliyet yürüten hekimin aynı standartlara göre değerlendirilmesinin haksızlık olduğu fikri

---

<sup>442</sup> Dural, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 251; Dural/Öğüz, *Kişiler Hukuku*, s.107.

<sup>443</sup> Gülel, *Tıbbi Müdahale Sözleşmesi*, s. 589; Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, s. 232.

<sup>444</sup> Ott, *Haftung*, s. 32.

<sup>445</sup> Savaş, *Tıbbi Müdahale Hataları*, s. 46.



etkili olmuştur<sup>446</sup>. Geldiğimiz noktada, doktrinde çoğunluk görüşü, bilginin evrenselleştiğini ve internet sayesinde bilgiye ulaşımın kolaylaştığını ifade etmektedir. Hekimlerin de kendini geliştirmesi ve lisans döneminde edindiği bilgilerle yetinmemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>447</sup>. Bu kapsamda hekimin ister ücra bir köyde ister metropolde olsun bilgilerini geliştirmesi beklenmektedir. Bu hususta hekimin diplomasının, devlet tarafından verilmiş bir güvence<sup>448</sup> olduğu işaret edilerek ücra yerdeki hastanın da özenli bir tedavi almaya hakkı olduğu haklı olarak belirtilmektedir.

Biz, bu başlığı iki ihtimal altında incelemenin doğru olacağı kanaatindeyiz. Bu kanaatimize esas olan temel kavram hekimin sevk yükümlülüğüdür.

Hekim; hizmet verdiği kurum ya da kuruluşun organizasyonel olarak somut vakaya yeterli olmadığı kanaatindeyse hastayı en yakın sağlık kuruluşuna sevk etmelidir. Hastanın sevk edilmesi halinde daha ağır bir zarara uğrama ihtimalinin mevcut olması karşısında hekimin hastayı sevk yerine tedavi etme yükümlülüğü doğacaktır<sup>449</sup>. Bu halde hekimin içerisinde bulunduğu somut şartlar (müdahalenin acilliği, hastanenin organizasyonel olarak yetersiz olması ve benzeri faktörler) hekimin kusurunun belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Hekimin hastayı sevk etmesinin hastanın durumunu kötüleştirmeyeceğinin kabul edilebileceği hallerde hastaya bakılması halinde ise esas alınacak özen ölçütü, hekimin bağlı bulunduğu sağlık kurumunun niteliğinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir<sup>450</sup>.

---

<sup>446</sup> Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s. 46. Hekimin göstermekle yükümlü olduğu özenin tespitinde hekimin sağlık hizmetlerini yürüttüğü hastane ve bulunduğu yerin birlikte değerlendirilmesinin hakkaniyete uygun olacağı yönünde Kaneti, **Hekimin Hukuksal Sorumluluğu**, s. 636; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 421; Günday, **Malpraktis**, s. 31. Benzer yönde Murat Doğan, "Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı", **Sağlık Hukuku Sempozyumu: Erzincan 15-16 Mayıs 2006**, Ankara, 2007, s. 39-56, s. 41, s.45; Belgesay, **Doktorun Hukuki Borçları**, s. 114; Prince, **General Principles of Liability**, s. 221-232, s. 222; Ertaş, **Hekimin Mesleki Kusuru**, s. 179; Neu, **Ärztshaftpflichtfragen**, s. 12.

<sup>447</sup> Ott, **Haftung**, s. 47; Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Nr. 24b; Belgesay, **Doktorun Hukuki Borçları**, s. 109. Hekimin uluslararası yayınları takip etmesi gerektiği yönünde Neu, **Ärztshaftpflichtfragen**, s. 13.

<sup>448</sup> Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art. 398, Nr. 24 a; Başpınar, **Hekimin Özen Borcu**, s. 28.

<sup>449</sup> Neu, **Ärztshaftpflichtfragen**, s. 13.

<sup>450</sup> Danimarka uygulaması bu konuda örnek teşkil edebilir. Buna göre, hastanın daha az acı çekmesini veya hiç acı çekmemesini sağlayacak bir metot veya tekniğin kullanılmamış olması halinde hekim sorumludur. Burada hastanın başvurduğu sağlık kuruluşunda bu metodun uygulanamıyor olması önemli değildir. Yeter ki bu metot Danimarka'nın herhangi bir yerinde uygulanabiliyor ve hastanın bu bölgeye sevki hastanın durumunda kötüleşmeye neden olmuyor olsun. Gezder, **Danish Law**, s. 22.

#### 4. Ücretin Özene Etkisi

Türk Borçlar Kanunu md. 502/f.III uyarınca sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanacaktır. Hekimlik sözleşmelerinde de teamül, sözleşmenin ücretli olmasıdır. Ancak çoğunlukla ücret, hekimlik sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmaktadır. Bununla birlikte sözleşmenin ücretli olması zorunlu değildir. Diğer bir ifade ile ücret, hekimlik sözleşmesinde esaslı bir unsur değildir. Bu kapsamda hekimlik sözleşmesinin nadiren de olsa ücretsiz (eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme) olması mümkündür<sup>451</sup>.

Sözleşmenin ücretsiz olmasının veya çok düşük ücret alınmasının hekimin kusurunu belirlemede ölçüt alınacak özene etkisi tartışmalıdır. Bu faktörü vekalet sözleşmeleri açısından incelemiş bir görüş, kendisine fayda ya da yarar sağlamayan bir işte yükümlülüğün vekile zarar vermemesi gerektiğinden yola çıkmakta ve sorumluluğun daha hafif takdir edilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>452</sup>. Bu değerlendirmeye ihtimam ile yaklaşan bir diğer görüş ise, özellikle vekaletin meslek olarak icra edildiği ve taraflar arasında güven unsurunun ön planda olduğu hukuki ilişkilerde ücretin, özene bir etkisi olmadığını ifade etmektedir<sup>453</sup>.

Biz, hekimlik sözleşmelerinde ücretin, kusurun tespitinde gösterilecek özene bir etkisi olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim, hekimin, - Yönetmelik'te ayrı tutulan haller dışında- hasta ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu kapsamda hekim, ücretsiz iş görmeyi reddedebilecektir. Hekimin zorunluluk bulunmamasına rağmen ücretsiz vekaleti kabul etmesi halinde artık ücret almadığı gerekçesi ile hafif kusurundan sorumlu tutulmaması ya da tazminattan indirim yapılması hakkaniyet ile bağdaşmayacaktır. Bu durum taraflar arasındaki güven ilişkisinin yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle TBK md. 114/f. I/c.3

---

<sup>451</sup> Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm/II/A.

<sup>452</sup> Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art. 398, Nr. 21b; Başpınar, **Vekilin Özen Borcu**, s. 169 dn. 244'te belirtili görüşler. Fransız Hukuku'nda vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması halinde vekil, ancak ağır kusurundan sorumludur. İtalyan Hukukunda da vekaletin ücretsiz üstlenilmesi halinde sorumluluk daha hafiftir. Bu yönde açıklamalar için bkz. Başpınar, **Vekilin Özen Borcu**, s. 168-169. Karş. Eren, **Özel Hükümler**, s.743.

<sup>453</sup> Hofstetter, **Der Auftrag**, s. 97. Benzer yönde, Özay, **Estetik**, s. 80; Canyürek, **Maddi Fiillere İlişkin Vekalet**, s. 182; Başpınar, **Hekimin Özen Borcu**, s.32.

cümlenin vekaletin ücretsiz üstlenildiği halde hekim açısından uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

Ücretin olağandan yüksek olması halinde ise bu durumun, hekimin, müdahalenin sonucunu taahhüt ettiği şeklinde anlaşılıp anlaşılmayacağı tartışılabilir<sup>454</sup>. Biz, daha evvel belirtildiği üzere hekimin, müdahalenin başarılı sonucunu ancak açıkça taahhüt etmesi halinde geçerli olduğu kanaatindeyiz. Bu cümleden olmakla, hekimin olağandan fazla ücret almış olmasının başlı başına sonuç taahhüdü anlamına gelmeyeceği ve hekimden beklenen özene etkisi olmayacağı görüşündeyiz.

## 5. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Bu başlık altında şu soruya cevap aranmaktadır: Hekimden beklenen özenin tespitinde tıbbi müdahalenin çeşidi etkili midir? Diğer bir ifade ile hekimin göstereceği özen, estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri içeren hekimlik sözleşmelerinde, olağan hekimlik sözleşmelerine nazaran farklı değerlendirilebilir mi?

Biz, estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin hukuki niteliği kısmında bu sözleşmelerin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu kanaatine varmış bulunmaktayız. Zira, daha evvel ifade edildiği üzere, estetik amaçlı müdahaleler de sonuç taahhüdüne elverişli olmayan müdahalelerdir. Bu nedenledir ki her yıl birçok hasta, estetik cerrahi sonrasında ölüm ya da cismani zarar ile karşılaşmaktadır. Bu zarara neden olan olgu her zaman hekimin kusurunu işaret etmemektedir. Aksine hekim her türlü özeni gösterse dahi hastanın bünyesinden ya da tıp biliminin doğasından kaynaklanan olumsuz sonuçlar ile karşılaşabilmektedir.

Bu kapsamda hemen belirtmek gerekir ki estetik amaçlı müdahaleyi yürüten hekim ile tedavi amaçlı olağan bir müdahaleyi yürüten hekimden beklenen özen esasen farklı değildir. Her iki hekim de hasta ile arasındaki sözleşmeyi ihlal etmemek amacı ile tıp kurallarına ve tıbbi standartlara uygun ve özenli müdahalede

---

<sup>454</sup> Ücretin fazla olmasının beklenen özeni artıracığı yönünde Gautschi, **Der Einfache Auftrag**, Art. 398, Nr. 24d; Makas, **İşçinin Özen Borcu**, s. 157.

bulunmakla yükümlüdür. Tıbbi standartların her iki müdahale açısından farklılık arz etmesi hekimden beklenen özenin farklılaştığı anlamına gelmemektedir. Hekim, - ister estetik amaçlı ister tedavi amaçlı müdahalede bulunsun- sözleşmeyi ihlal etmemek için gerekli iç özen ve dış özeni (uygun davranış) ile faaliyette bulunmakla yükümlüdür.

Kusur bakış açısı altında yapılacak değerlendirmede ise hekimin gösterdiği özen, mesleğe özgü basiretli hekimin davranışı ile kıyaslanacaktır.

Kanaatimizce kusur bakış açısı altında gerekli özen kavramında da bir farklılaşma mevcut değildir. Buradaki farklılık esasen estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde tıbbi endikasyonun<sup>455</sup> bulunmamasından ileri gelmektedir. Burada hastaya müdahale edilmesini gerektiren bir tıbbi gereklilik hali mevcut olmadığından hastaya müdahalede bulunan hekimden beklenen özenin daha yüksek olacağına yönelik değerlendirme uygun olmayacaktır<sup>456</sup>. Hekimin sözleşmenin ihlaline neden olmamak için göstermesi gereken özen, tıbbi standartlara göre belirlenecektir. Hekimin kusurluluğuna temel olan özen kavramı ise mesleğe özgü basiretli hekimin davranışının altında özeni göstermemiş olmasını işaret edecektir. Bu kapsamda örneğin bir kalp ameliyatı yürüten hekimden beklenen özenin basit bir yaraya dikiş atacak hekimden daha fazla olması ya da estetik amaçlı müdahalelerde olağan hekimlik sözleşmelerine nazaran daha fazla özen beklenmesi yönündeki ifadeler uygun olmayacaktır. Somut vekaletin gereklerine göre tıbbi standartlar ve mesleğe özgü hekimin davranışının değişiklik göstermesi mümkündür; ancak bu, bir müdahalenin değerine nazaran daha az özenli ifasının hukuka uygun olacağı şeklinde değerlendirilmemelidir. Örneğin kulak burun boğaz hekiminin nefes almadaki hafif aksaklığı düzeltme amacıyla burun eğriliğini düzeltme işlemi<sup>457</sup> de hastanın dış görünümünde değişikliğe yol açacaktır. Aynı hekimin hiçbir gereklilik olmadan ve sadece burnun dış görünümünün estetik kaygılarla değiştirilmesi amacı ile

---

<sup>455</sup> Doktrinde estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde psöşik endikasyonun mevcut olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde Somer, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, s. 42.

<sup>456</sup> Yargıtay'ın estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğuna yönelik kararları bu görüşü desteklemektedir. Bu kararlar için bkz. Birinci Bölüm/ II/C/1/b/(1)/iii.

<sup>457</sup> Burundaki kemik eğriliği sebebi ile müdahalede bulunan hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu yönünde Yarg. 13. HD. T. 9.4.2014 E. 2013/30822 K. 2014/10772, (Çevrimiçi), Lexpera, 19 Mayıs 2018.

müdahalede bulunması da olanak dahilindedir. Esasen burada hekim her iki ihtimalde de aynı tıbbi müdahaleyi yürütmektedir. Tıbbi endikasyonun mevcut olmaması, hekimin bu cerrahi işlemi diğerine nazaran daha az özenle yürütmesinin kabul edilebilir olduğu sonucuna götürmemelidir.

Biz, tıbbi endikasyonun mevcut olmamasının hekimin sözleşme ile yükümlendiği yan yükümlülüklerin ifasında gösterilecek özene etkisi olduğu kanaatindeyiz. Burada özellikle aydınlatma yükümlülüğünün ifasında gösterilecek özen, olağan hekimlik sözleşmelerine nazaran artarak farklılaşmıştır. Keza estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hastaya acil müdahale edilmesi gerekliliği bulunmamaktadır<sup>458</sup>. Özen, aydınlatmada kendini kapsam ve süre açısından göstermektedir.

Hasta, olası müdahale hakkında ayrıntılı ve kapsamlı olarak aydınlatılmalıdır. Ancak aydınlatmanın kapsamı, olağan hekimlik sözleşmelerine nazaran genişlemiştir. Özellikle olası müdahalenin olumsuz sonuçlarına ilişkin aydınlatma, çok nadir görülebilecek komplikasyonları da içermelidir. Bu kapsamda hasta, estetik amaçlı tıbbi müdahale neticesinde yaşaması ihtimal kapsamında olan tüm olasılıklar hakkında bilgilendirilmelidir.

Özenin kendini bireyselleştirdiği bir diğer alan ise aydınlatma zamanıdır. Belirtmek gerekir ki sağlık mevzuatımızda aydınlatmanın zamanına ilişkin somut bir düzenleme mevcut değildir. Burada yol gösterici madde olarak Hasta Hakları Yönetmeliği md 18/f.V düzenlemesi söz edilmelidir. Mezkur fıkra uyarınca bilgilendirme, acil durumlar dışında makul süre tanınarak yapılmalıdır. Belirtmemiz gerekir ki, makul süre ifadesi ile her somut olayda aydınlatma zamanının değişebileceği anlaşılmaktadır. Burada, Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsünden faydalanmak gerekmektedir. Bu düzenlemenin 4. maddesi uyarınca, sağlık hizmeti verenler hastanın düşünmesine imkan tanımak amacı ile müdahaleden en az 24 saat önce hastayı bilgilendirmelidir. Kanaatimizce estetik amaçlı müdahalelerin ivedi

---

<sup>458</sup> Müdahalenin aciliyeti ile aydınlatmanın kapsamının ters orantılı olduğu yönünde Janda, **Medizinrecht**, s. 818.

olmayışı nazara alınarak Avrupa Statüsünde belirtilen düzenlemenin evveliyatla uygulanması gerekeceği düşünülebilecektir.

## 6. Yeni Tıbbi Müdahaleler

Yeni tıbbi müdahaleler, tedaviye yönelen araştırma faaliyetleri ile deneysel araştırma faaliyetleridir.

Tedaviye yönelik araştırma faaliyetlerinde hastanın sağlığına kavuşturulması amacı ile yeni tedavi metotları araştırılmaktadır. Esas amaç hastanın iyileştirilmesi olsa dahi hasta üzerinde uygulanan müdahale yeni bir tedavi metottur. Hastaya yeni bir tedavi metodunun uygulanabilmesi; bu metodun daha evvel laboratuvar ve hayvanlar üzerinde yeterli seviyede denenmesine bağlıdır<sup>459</sup>. Bununla birlikte geleneksel tıbbi tedavi metotları yeni metotlara nazaran daha az risk barındırmaktaysa hekim geleneksel yöntemleri tercih etmelidir. Yine, yeni tedavi metotlarının, somut durumda genel kabul gören tıbbi kurallar bulunmaması ve yeni metotların hasta yönünden büyük ihtimalle olumlu sonuç vereceğinin düşünüldüğü hallerde uygulanması gerekmektedir<sup>460</sup>. Zira hekimin sözleşme ihlaline neden olmaması için göstermesi gereken özen yükümlülüğü hasta lehine en güvenilir ve en az risk barındıran müdahalede bulunmasını gerektirmektedir. Tedaviye yönelik araştırma faaliyetlerinde hekimin sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerini ihlal etmemek için göstermesi gereken özen artacaktır. Özellikle aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ve zamanı açısından olağan tedaviye yönelik tıbbi müdahalelere nazaran farklılaşma söz konusudur. Hekim, bu araştırma faaliyetlerine yönelik hastayı kapsamlı şekilde aydınlatmalı ve aynı estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde olduğu gibi bilinen olası tüm komplikasyon veya diğer olumsuz sonuçlar hakkında hastayı bilgilendirmelidir.

Deneysel araştırma faaliyetlerinde ise amaç bilimin ilerlemesidir. Bu kapsamda bu faaliyetlerin amacının ilkin hastanın tedavisinden ziyade bilimin

---

<sup>459</sup> Zevkliler, **Tedavi Amaçlı Müdahaleler**, s.24; Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 31.

<sup>460</sup> Olzen/ Kaya, **Der Behandlungsvertrag, §§ 630a–h BGB**, s.664; Neu, **Ärztlichpflichtfragen**, s. 13. Bkz. OLG Celle, Urt v 11. 2. 1991 - I U 71/89, VersR 1992, 749, Kern, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztes**, § 156, s. 9.

ilerlemesi olduğunu belirtmekte fayda vardır<sup>461</sup>. Buna karşılık tıbbi araştırmadan beklenen fayda ile hastaya verilecek zarar karşılaştırılmalıdır. Fayda ve zarar arasında tıbbi bakımdan savunulabilir bir orantı olması halinde deneysel araştırmaya cevaz verilecektir<sup>462</sup>.

Deneysel araştırma faaliyetlerinde yan yükümlülüklerin ifasında gösterilecek özenin kapsamı, tedavi amaçlı araştırma faaliyetlerinden de yüksek olmalıdır<sup>463</sup>. Burada hastanın aydınlatma yapılmasından feragatinin geçersiz olacağı kabul edilmelidir<sup>464</sup>.



---

<sup>461</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 14. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslı Makaracı Başak, “Medeni Hukuk Açısından Klinik Araştırmalarda Gönüllülerin Rızası”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, Sa. 113, 2014, s. 41-77, özellikle s. 59vd.

<sup>462</sup> Çaresi olmayan bir hastalıktan muzdarip hasta üzerinde yapılacak deneysel araştırma faaliyetlerinin sağlıklı kişiye nazaran daha fazla risk barındırmasının tıbben savunulabilir olduğu yönünde Deutsch, **Deneysel Tıp**, s. 179.

<sup>463</sup> Bu yönde Başpınar, **Hekimin Özen Borcu**, s. 31.

<sup>464</sup> Ayan, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 15.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### HEKİMİN ÖZEN BORCUNU İHLALİ NEDENİYLE SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞU

#### I. HEKİMİN BORCA AYKIRI DAVRANIŞI

##### A. GENEL BİLGİLER

Hekimlik sözleşmesinde sözleşmenin ihlali kendini ekseriyetle asli edimin kötü ifasının bir görünümü olarak özensiz ifa şeklinde göstermektedir. Ne var ki hekimlik sözleşmesinde sözleşmenin ihlalinin tek kaynağı, kötü ifanın belirtilen bu alt türü değildir. Hekimlik sözleşmelerinde de hiç ifa etmeme veya temerrüt hali ile karşılaşılabilir. Bu nedenle sözleşmenin ihlali türlerine ilişkin genel bilgiler verilerek hekimin özen borcuna aykırılığının bu ihlal türleri arasında nerede durduğu tespit edilmelidir.

Hekimlik sözleşmesinin ihlalinin sonuçlarına ilişkin hukuki temel dayanak Türk Borçlar Kanun'unun genel sorumluluk maddeleri olan 112, 117 ve vekalet sözleşmesinde sorumluluğu işaret eden 506. maddeleridir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat edemeyen borçlu, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Bu genel sorumluluk normunda borcun hiç ifa edilmemesi ve borcun gereği gibi ifa edilmemesini kapsayan sözleşme ihlalleri açıkça zikredilmiştir. Mezkur madde uyarınca borcun hiç ifa edilmemesi, ifa imkansızlığını işaret etmektedir<sup>1</sup>. Gereği gibi ifa edilmemesi ise sözleşmeden doğan asli edim ve yan edim borçlarının tam ve doğru ifa edilmemesi (kötü ifa) ile yan yükümlerin ve koruma yükümlerin ihlalini içermektedir<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler Cilt-1*, p.1453, s. 469; Aral, *Kötü İfa*, s. 69-71; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, s. 808.

<sup>2</sup> Eren, *Genel Hükümler*, s. 1153. Borcun gereği gibi ifa edilmemiş olmasını borcun kötü ifa edilmiş olması başlığı ile inceleyen görüş için bkz. Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler Cilt-1*, p.1540, s. 501vd.



Hekimlik sözleşmesinde hekimin, sözleşmeden doğan bir borcu muaccel olmasına rağmen bu borcu yerine getirmeme suretiyle hareketsiz kalması hali, hiç ifa etmeme olarak kabul edilmektedir<sup>3</sup>. Burada hakim görüş muaccel olan edimin borçlu tarafından yerine getirilebilme imkanının halen daha mümkün olduğu hallerde alacaklının, temerrüt hükümlerinden aksi halde hiç ifa etmemeden faydalanacağı yönündedir<sup>4</sup>.

Hekimin borcunu hiç ifa etmemesi, taraflar arasında sözleşme kurulmasını takiben edimin objektif olarak imkansızlık içermesi halinde söz konusu olabilir. Hekimlik sözleşmesinde iş görmenin sonucu (örneğin hastanın sağlığına kavuşması) hekimin edim borcuna dahil değildir. Bu kapsamda hekimlik sözleşmesinde imkansızlık daha ziyade sözleşme amacının ifa haricinde gerçekleşmesi veya ortadan kalkması şeklinde görünür<sup>5</sup>. Buna örnek olarak hastaneye çağrılan hekim yoldayken hastanın ölmesi ya da sağlığına kavuşması verilebilir. İmkansızlıktan hekimin sorumlu olup olmamasına göre hastanın sahip olduğu hukuki imkanlar Kanun'un 112 ya da 136. maddesi uyarınca şekillenecektir<sup>6</sup>.

Sözleşmenin ihlali türlerinden bir diğeri olan ve hiç ifa etmemenin özel bir görünümünü teşkil eden borçlu temerrüdü ise TBK md. 117 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre muaccel borcun borçlusu, ifası mümkün olmasına rağmen borcunu zamanında ifa etmezse bazı istisnalar saklı kalmak üzere alacaklının ihtarıyla temerrüde düşecektir<sup>7</sup>. Konumuz hekimlik sözleşmeleri açısından tarafların sözleşmeyi her zaman tek taraflı sona erdirebilme imkanının karşısında kimi durumlarda temerrüt hükümlerine gidilmesinin çok nadir olacağı kanaatindeyiz. Zira

---

<sup>3</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 184-185.

<sup>4</sup> Aral, **Kötü İfa**, s. 73; Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 185.

<sup>5</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s.186.

<sup>6</sup> Hekimin sorumlu olmadığı ifa imkansızlığı halinde TBK md. 136 hükmü uygulama bulacaktır. Mezkur maddenin ikinci fıkrası uyarınca, hekimlik sözleşmesinin ivazlı olması halinde hekim hastadan aldığı ücreti sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlüdür. Ücret hekime henüz ödenmemişse hekim, kendisine ifa edilmemiş olan edimi talep hakkını kaybedecektir. İmkansızlık hekime yükletilebiliyorsa bu defa hekim genel sorumluluk maddesi olan TBK md. 112 hükmü uyarınca hastaya karşı sorumludur. Bu kapsamda hekim; vekalet amacının ifa haricinde kalan bir hal nedeni ile ortadan kalkmasında kusurlu olmadığını ispat etmedikçe hastanın imkansızlık nedeni ile uğradığı zararın tazmin etmele yükümlüdür. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Cilt-1**, p.1470 vd. s. 475 vd.

<sup>7</sup> Konusu yapma borcu olması nedeni ile temerrüt hükümlerinin vekalet sözleşmesinde uygulama bulup bulmayacağı hakkında tartışmalar için bkz. Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 196vd.

vekalet sözleşmesine özgü olan ve Kanun'un 512. maddesinde düzenlenen bu tek taraflı sona erdirmeye hakkı ile hasta temerrüt hükümlerine başvurmadan hekim, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilecektir. Bu ihtimalde hekim; ancak uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdirmişse bundan doğan olumsuz zararı gidermekle yükümlü olacaktır.

## **B. GEREĞİ GİBİ İFA ETMEME**

Hasta ve hekim arasındaki akdi ilişkide sözleşme ihlali daha ziyade hekimin borcunu gereği gibi ifa etmemesi şeklinde görünür.

Hekim, Türk Borçlar Kanunu md. 112 hükmü uyarınca üstlendiği iş görme edimini gereği gibi ifa etmek ile yükümlüdür. Yine Türk Borçlar Kanunu md. 506/f.II hükmü uyarınca hekim, üstlendiği iş ve hizmetleri sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Maddede işin özen ve sadakatle yürütülmesi işaret edildiğinden bu düzenlemenin; vekalet sözleşmesinde gereği gibi ifa etmeme halleri olarak asli edimin özensiz ifası ve yan yüküm ihlali olarak sadakat yükümünün ihlalini düzenlediği belirtilmektedir<sup>8</sup>. Gereği gibi ifa etmeme halini düzenleyen bu maddenin genel sorumluluk maddesi olan TBK md. 112 hükmü karşısında özel bir düzenleme olup olmadığı tartışma konusudur. Burada bizim de kabul ettiğimiz görüş, TBK md. 506/f.II hükmünün; TBK md. 112 hükmünde de belirtilen gereği gibi ifa etmeme halinin vekalet sözleşmesindeki önemine binaen somutlaştırılması olarak kabul etmektedir<sup>9</sup>.

TBK md. 506/f.II fıkrasında özen yükümlülüğü ile beraber yer alan sadakat yükümlülüğü; bir yan yüküm ihlalinin vekalet sözleşmesi özelinde önemini göstermektedir<sup>10</sup>. Sadece asli edim olan iş görmenin özenli ifası değil; yan yüküm olan sadakat yükümü ve sadakat yükümünden doğan aydınlatma yükümü, kayda geçirme gibi yükümlülüklerin de özenle ifa edilmesi gerekliliği anlaşılmaktadır. Zira

---

<sup>8</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 181.

<sup>9</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 181. TBK md. 506/f.II (mülga BK md. 390/II) hükmünün TBK md. 112 hükmünde düzenlenmiş olan borca aykırılığı kapsadığı yönünde Topuz, **Özen Borcu**, s. 133.

<sup>10</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 203.

hem asli edim yükümünün hem de diğer yan yükümlerinin gereği gibi ifa edilmemesi hali ayrı ayrı sözleşme ihlali olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hekimlik sözleşmesinde gereği gibi ifa etmeme halini; hekimin asli iş görme ediminin ve yan edim yükümlülüklerini tam ve doğru şekilde yerine getirmemesi (kötü ifa) ile yan yükümlerinin ve koruma yükümlerinin ihlali şeklinde incelemek mümkündür.

## **1. Kötü İfa**

### **a. Genel Açıklamalar**

Hekimin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kötü ifası birden fazla ihtimali kapsayabilecektir. Asli edim ve yan edimin özensiz ifası hekimlik sözleşmesinde sıklıkla görülen kötü ifa hallerindedir. Zira sözleşme taraflarından hekimin asli edimi bir yapma borcu olan hasta menfaatine iş görmedir. Tarafların sözleşmeye tipini veren asli edim yükümlülüğünün yanında, asli edime bağlı ve ikincil nitelikte bir yan edim üzerinde anlaşması halinde bu yan edimin tam ve doğru şekilde ifa edilmemesi hali de bir kötü ifa hali oluşturacaktır. Ancak kötü ifa hali asli edim ve yan edim yükümlülüğünün özensiz ifasından daha üst bir kavramı işaret eder. Kötü ifa ile kast edilen sözleşmede belirtilen borç takvimine uygun, doğru ve tam olmayan ifadır. Bu kapsamda kötü ifa, özensiz ifayı da içine alan genel bir sözleşme ihlalidir.

Konumuz açısından önemine binaen kötü ifaya neden olabilecek bir yükümlülük ihlali olan, hekimin, hastanın talimatlarına uyma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün özen yükümlülüğü ile ilişkisi üzerinde durmak gerekmiştir.

### **b. Hekimin, Hastanın Talimatına Uyma Yükümlülüğünü İhlali ve Bu Yükümlülüğün Hekimin Özen Yükümlülüğü ile İlişkisi**

Hekimlik sözleşmesinde hekim, hastanın açık talimatına uymakla yükümlüdür<sup>11</sup>. Talimat ile ifade edilen, hekimlik sözleşmesi kurulduktan sonra hekime yöneltilen ve hasta tarafından işin nasıl görüleceğini belirten irade

---

<sup>11</sup> TBK md. 504/fI.c.1.

açıklamasıdır<sup>12</sup>. Esasen hastanın, doğası gereği bu sözleşmede işin nasıl görüleceğini belirten talimat verme imkanı çoğu zaman yoktur. Zira taraflar arasındaki hukuki ilişkide uzmanlığına başvuru ve işin nasıl görüleceğine hakim olan kişi hekimdir. Bu cümleden olmakla hastanın hekime yönelteceği talimatların daha ziyade bir sınırlandırma içereceği ve belirli durumlardan kaçınmayı işaret edeceğinden söz edilebilir. Örneğin taraflar arasında hastanın nefes alma şikayetinin giderilmesini kapsayan bir hekimlik sözleşmesi kurulabilir. Sözleşme kurulduktan sonra hekim, sözleşmenin doğru ve özenli ifası amacı ile gerekli tüm tetkikleri yapmakla yükümlüdür. Hekimin yaptığı tetkikler akabinde hastanın nefes alma problemine neyin yol açtığını tespit etmesi ve bu şikayetin giderilmesi amacı ile belirlediği tedavi yöntemleri hususunda hastayı aydınlatması gerekmektedir. Aydınlatılmış olan hasta ile hekimin üzerinde mutabık kaldığı belirli bir cerrahi müdahalenin hasta tarafından kan nakli olmaksızın yapılması yönündeki işin kapsamını sınırlayan irade açıklaması talimat niteliğindedir. Burada bir yandan TBK md. 504 hükmünün açık ifadesi karşısında hekimin, hastanın açık talimatına bağlı olacağı ve müdahaleyi kan nakli olmaksızın gerçekleştirmekle yükümlü olacağı sonucu çıkarılabilir. Bu durum, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının da bir sonucudur. Ancak alternatif tedavi yöntemi bulunmadığı ya da kan nakli olmaksızın cerrahi müdahalenin gerçekleştirilmesinin yakın ve hayati risk taşıdığı hallerde hastanın bu talimatı tedavinin reddi hatta ötanazi anlamına gelebilecektir. Bu durumun hekimin özen yükümlülüğünün kapsamına etkisinin anlaşılması ve somutlaştırılması amacı ile inançları gereği kan naklini kabul etmeyen Yehova Şahitliği inancı üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır.

Yehova'nın<sup>13</sup> Şahitleri, kendilerini Yehova ve Kutsal Kitap'tan öğrendiklerini diğer insanlarla paylaşarak şahitlik eden dini grup olarak tanımlamaktadır<sup>14</sup>. Bu dine

---

<sup>12</sup> Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 436 ve (109) numaralı dipnotta belirtilen eserler.

<sup>13</sup> Tanrı'nın özel ismi olan Yehova, Kutsal Kitap el yazmalarında yaklaşık 7000 kere geçmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yehova'nın Şahitleri resmi internet sitesi (<https://www.jw.org/tr/>).

<sup>14</sup> <https://www.jw.org/tr/yehovanin-sahitleri/sss/yehovanin-sahitleri-ismi/> Yehova'nın Şahitleri, inanışlarının herhangi bir dinin kolu olmadığını, İsa zamanındaki Hristiyanların öğretilerini uygulayan ve faaliyetleri yasal olan bir topluluk olduklarını ifade etmektedir. Şahitler; Yehova'ya, hem Eski Ahit hem Yeni Ahit kısmında bulunan 66 kitabın tümünü ifade eden Kutsal Kitaba, Tanrı'nın oğlu ve kurtarıcı olduğuna inandıkları İsa'ya ve öğretilerine inanmaktadır. <https://www.jw.org/tr/yehovanin-sahitleri/sss/yehovanin-sahitlerinin-inanclari/>, (Çevrimiçi), 11 Ocak 2019.

mensup kişiler Hristiyanlıktaki üçlü Tanrı inanç sistemi yerine tek Tanrı (Yehova'ya) inanmakta ve İsa'yı, Tanrı'nın oğlu olarak kabul etmektedir<sup>15</sup>. Bu kapsamda günümüz Hristiyanlığından farklı bir din olarak görülen Yehova'nın Şahitliği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir<sup>16</sup>.

2018 yılı itibari ile dünya çapında 8.579.909, Türkiye'de ise 3506 Yehova Şahidi olduğu belirtilmektedir<sup>17</sup>. Konunun çalışmamız açısından önemi ise Yehova'nın Şahitleri inancına sahip kişilerin tıbbi gereklilik bulunmasına rağmen kan naklini reddetmeleri ve bunun da etik, hukuki ve tıbbi birçok uyuşmazlığa yol açmış olmasından ileri gelmektedir. Gerçekten, Yehova'nın Şahitlerinin inancına göre Kutsal Kitap'taki bazı ayetler kan naklini açıkça yasaklamaktadır<sup>18</sup>. Keza kanın simgelediği şey, Tanrı'nın gözünde kutsal olup Tanrı'nın emirlerine uygun davranmanın yolu kan ve ürünlerinin hiçbir koşulda kabul edilmemesinden geçmektedir<sup>19</sup>. Bu kapsamda ister gıda ister nakil yolu ile olsun kan ya da kanın ana bileşenleri (alyuvarlar, akyuvarlar, trombosit ve plazma) vücuda kabul edilmemelidir<sup>20</sup>. Sonrasında verilmek üzere ameliyat öncesi hastanın kendi kanının toplanıp depolanarak müdahale esnasında bu kanın hastaya verilmesi de kabul edilmemektedir. Bu nedenle kan nakline ihtiyaç duyulan müdahaleler dışlanmakta, kansız ameliyat veya alternatif tedavi yöntemleri tercih edilmektedir. Kanın asıl

---

<sup>15</sup> Yakup Gökhan Doğramacı/ Zehra Zerrin Erkol, "Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri", **Tıp Hukuku Dergisi**, C.5, Sa.10, 2016, s.255-301, s. 258.

<sup>16</sup>Bu yönde verilen örnek kararlar için bkz. Yunus Ercep / Türkiye, 43965/04, 22 Kasım 2011, Buldu ve Diğerleri/ Türkiye, 14017/08, 3 Haziran 2014.

<sup>17</sup> <https://www.jw.org/tr/yehovanin-sahitleri/dunya-capinda/TR/>, (Çevrimiçi), 11 Ocak 2019.

<sup>18</sup> "Eti, onun canı olan kanıyla yemeyeceksiniz" (Başlangıç, 9:3, 4). "Hayvanın kanını akıtıp toprakla örteceksiniz" (Levioğulları 17:13, 14). "Cinsel ahlaksızlıktan, boğularak öldürülmüş hayvanın etinden ve kandan sakın" (Elçiler 15:19,20).

[https://www.jw.org/tr/tibbi-arsiv/yontemler-kaynaklar/tibbi-tedavilerde-dinsel-ve-etik-tavrimiz/#?insight\[search\\_id\]=d2dca9be-24b2-4924-992c-724a13c1228d&insight\[search\\_result\\_index\]=9](https://www.jw.org/tr/tibbi-arsiv/yontemler-kaynaklar/tibbi-tedavilerde-dinsel-ve-etik-tavrimiz/#?insight[search_id]=d2dca9be-24b2-4924-992c-724a13c1228d&insight[search_result_index]=9) (Çevrimiçi), 12 Ocak 2019.

<sup>19</sup> "Çünkü bir varlığın canı kandadır, Ben canı canlarınız için kefarete bulunsun diye sunak için ayırdım. Kefareti sağlayan kandır, çünkü can ondadır." (Levioğulları 17:11)

[https://www.jw.org/tr/kutsal-kitabin-ogrettikleri/sorular/kutsal-kitap-kan-nakli-hakkinda/#?insight\[search\\_id\]=a9bcc827-bed4-4063-80dc-7b6862e87b28&insight\[search\\_result\\_index\]](https://www.jw.org/tr/kutsal-kitabin-ogrettikleri/sorular/kutsal-kitap-kan-nakli-hakkinda/#?insight[search_id]=a9bcc827-bed4-4063-80dc-7b6862e87b28&insight[search_result_index]), (Çevrimiçi), 12 Ocak 2019.

<sup>20</sup>[https://www.jw.org/tr/kutsal-kitabin-ogrettikleri/sorular/kutsal-kitap-kan-nakli-hakkinda/#?insight\[search\\_id\]=a9bcc827-bed4-4063-80dc-7b6862e87b28&insight\[search\\_result\\_index\]=0](https://www.jw.org/tr/kutsal-kitabin-ogrettikleri/sorular/kutsal-kitap-kan-nakli-hakkinda/#?insight[search_id]=a9bcc827-bed4-4063-80dc-7b6862e87b28&insight[search_result_index]=0) (Çevrimiçi), 14 Ocak 2019.

bileşenlerinden elde edilen albümin, immunoglobülin ve hemoglobin solüsyonları gibi küçük kısımların nakli ise Şahitlerin kişisel tercihinine bırakılmıştır. Bu nedendir ki, Şahitler hangi kan ürünlerini veya hangi tedavi yöntemlerini kabul ettiğini gösterir *tıbbi kimlik kartları*<sup>21</sup> taşımaktadır.

Yehova Şahidi-hastanın, müdahalenin kansız yapılması ve bu mümkün değilse müdahalenin yapılmaması yönündeki talimatı, hastanın tedaviyi ret hakkı<sup>22</sup> başlığı altında altlanabilir<sup>23</sup>. Gerçekten planlanan cerrahi müdahalenin kan nakli yapılmaksızın gerçekleştirilmesi hekim tarafından kabul ediliyorsa ya da cerrahi müdahaleye alternatif olarak değerlendirilebilecek bir tedavi yönteminin mevcut olması durumunda genel anlamı ile problem bulunmamaktadır. Burada özellik arz eden durum, kan nakli yapılmaksızın gerçekleştirilecek müdahalenin kıyasla hasta açısından daha tehlikeli olması ya da kan naklini kabul etmeyen hastanın hayati tehlikeye sahip olacağı ihtimalinin hekim tarafından tespit edilmesi halidir.

---

<sup>21</sup> Yehova'nın Şahitleri beraberinde *Sağlıkla İlgili Kalıcı Vekaletname* isimli tıbbi kimlik kartları taşımaktadır. Bu belgede, Şahitlerin herhangi bir nedenle bilincini kaybetmesi halinde tedavi konusundaki talimatları yazılıdır. Bu konuya aşağıda ayrıca değinilmiştir.

<sup>22</sup> Tedaviyi ret hakkı, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının doğal bir uzantısıdır. Kendi geleceğini belirleme hakkı ise kaynağını Anayasa'nın, "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" düzenlemesini haiz md.17/f.1 düzenlemesinden almaktadır. Konunun çeşitli yasal düzenlemeler ve etik bildireler açısından değerlendirmesi konusunda bkz. Doğramacı/Erkol, **Çocuklarda Kan Naklinin Reddi**, s. 259-266.

<sup>23</sup> Hastanın hayati önemi haiz müdahaleye yönelen tedaviyi ret hakkını kullanması kimi zaman ötanazi sonucunu gerçekleştirecek nitelikte olabilir de iki kavram farklıdır. Literatürde yapılan genel tanımlamaya göre ötanazi, ölümün kaçınılmaz olduğu, tıp biliminin o anki durumuna göre iyileşme olanağı bulunmayan kişinin acı, ağrı ve ızdıraplardan kurtarılması amacı ile tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardımın kesilmesi sureti ile ölüme terk edilmesi olarak ifade edilmektedir. Literatürde yapılan diğer tanımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 981; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 141; Özge Demirörs/ Sevinç Arslan Hızal, "Türk Ceza Hukukunda Ötanazi", **AÜHF**, Sa.65, 2016, s. 1481-1516, 1485vd.; Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 274, s. 280 vd. Hasta Hakları Yönetmeliği md. 13 hükmü ötanazinin yasak olduğunu açıkça düzenlemiştir. Madde şöyle düzenlenmiştir: "*Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.*" Hastanın, yaşamına son verilmesi anlamına gelecek rızasına değer verilmesi hukuk düzenimizce kabul edilmeyen ötanazi veya intihara yardım anlamına gelebilecektir. Bu iki kurumun, Türk Ceza Kanunu md. 83 ve 84 hükümleri uyarınca suç olduğu değerlendirilebilecektir. (Oktay Özdemir, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 1333). Ötanaziyi tedavinin reddinden ayıran ölçüt, ötanazide ölüm sonucunun istenmesidir. Tedavinin reddedilmesinin altında ise ölüm sonucundan ayrıca hekime duyulan güvenin sarsılması, inanç, sağlık kurumunun niteliği, hastanın felsefi veya siyasi görüşü gibi birçok etken yer alabilir. Burada ötanazi sonucunu doğuran tedavinin reddi haricinde kalan durumlarda hastanın tedaviyi ret hakkının varlığı kabul edilmelidir. Önemli olan tedaviyi ret hakkının ötanazi boyutuna varmamasıdır. Bu yönde, Şebnem Akipek Öcal, "Hastanın Tedaviyi Reddetmesi ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **III. Ulusal Sağlık Hukuku "Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi"**, 2017, s. 111-125, s. 124.

İlk durumda (planlanan müdahalenin kan nakli yapılmaksızın gerçekleştiriliyor oluşunun hasta açısından daha tehlikeli olması halinde) hekimin, hastanın bu talimatı ile bağlı olduğunun kabulü uygun olacaktır. Burada önemli olan hastanın, yeteri kadar aydınlatılmış olmasını takiben karar verdiğinin tespit edilebiliyor olmasıdır. Keza hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı gereği vücut bütünlüğüne yönelecek müdahalelere rıza vermesi aranacaktır. Mefhumu muhalifinden iyileştirmeye yönelik dahi olsa hastanın rıza vermediği durumlarda vücut bütünlüğüne müdahale edilemeyeceği anlaşılmalıdır. Aksi halde her tıbbi müdahalenin hastanın rızası hilafına ve hastanın menfaat ya da faydasına olduğu ileri sürülerek gerçekleştirilmesi söz konusu olur ki bu durumda rızanın hiçbir fonksiyonu kalmayacaktır<sup>24</sup>. Bu durum Yehova'nın Şahitlerinin dini tutumundan daha genel anlaşılmalı ve hekim tarafından iyileştirmeye veya hayatı uzatmaya yönelik ve yakın bir hayati tehlike içerisinde bulunmayan tüm hastaların tedaviyi reddetme hakkının kabul edilebilirliği şeklinde anlaşılmalıdır<sup>25</sup>.

Yukarıda kısaca örneklendirdiğimiz ikinci durum ise farklıdır. Bu ihtimalde tam ehliyetli<sup>26</sup> Yehova Şahidi- hasta, ağır kan kaybı yaşaması gibi yakın bir hayati

---

<sup>24</sup> Oktay Özdemir, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 1330.

<sup>25</sup> Kanser hastasının kemoterapi tedavisini kabul etmemesi buna örnektir. Hasta, tedaviyi reddetmesi nedeni ile hayatının daha kısa süreceğini biliyor ve yeterli aydınlatılması akabinde serbest rızası ile tedaviyi reddediyorsa hastanın rızası hilafına müdahalede bulunulamamalıdır. Oktay Özdemir **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 1330.

<sup>26</sup> Vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğinde olması nedeniyle tıbbi müdahaleye verilecek rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğindedir. TMK md. 16/f.I/c.II uyarınca, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcisinin rızası aranmaksızın kullanabilecektir. Şu halde tıbbi müdahaleye verilecek rıza hususunda önemli olan küçük veya kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olup olmadığıdır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda ayırt etme gücünün hangi yaşta kazanılacağına ilişkin belirli bir kriter yer almamaktadır. Ayırt etme gücünün varlığı, somut olayda belirli bir davranışın niteliğine göre ve çocuğun gelişme derecesine göre hesap edilmelidir. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 58). Durum böyleyken TŞSİTDK md.70/f.I ve HHY md. 24/f.I düzenlemeleri incelendiğinde farklı bir sonuca ulaşılmaktadır. Bu düzenlemelerde, -ayırt etme gücü olup olmadığı nazara alınmaksızın- küçük veya kısıtlıya yöneltilecek tıbbi müdahalelerde rızanın yasal temsilci tarafından verileceği düzenlenmiştir. HHY md.24/f.II hükmü uyarınca yasal temsilcinin rızasının yeterli olduğu bu gibi durumlarda, küçük veya kısıtlının bilgilendirme ve tedavi sürecine katılımının sağlanması gerekliliği düzenlenmiştir. Bu kapsamda sağlık mevzuatındaki düzenlemeler nazara alındığında sadece tam ehliyetli kişilerin tıbbi müdahaleye rıza açısından ayırt etme gücüne sahip olduğu ifade edilebilecektir. (Bu yönde, Oktay Özdemir, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 1326). Şu halde Yehova Şahidi küçüğe yapılması amaçlanan tıbbi müdahaleye rıza, küçüğün yasal temsilcisi tarafından verilecek; ancak HHY md.24/f.II uyarınca küçüğün karara katılımı sağlanacaktır. Yasal temsilcinin olası müdahaleye rıza vermemesi halinde ise TMK md. 346 ve 487 maddeleri uyarınca alınacak mahkeme kararı akabinde küçüğe müdahalede bulunulması mümkün olacaktır (HHY md. 24/f.IV). Aşağıda aktarıldığı üzere, Türk Hukukunda, yakın hayati tehlikenin mevcut olduğu durumlarda, tam ehliyetli kişiye dahi rızası hilafına müdahalede bulunulması gerektiği ifade edilmektedir. Bu durum, kimsenin hak ve ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini düzenleyen TMK md. 23 hükmünün doğal bir sonucudur. Tam ehliyetliler açısından varılan bu sonuç, küçük ve kısıtlılar açısından evveliyatla kabul edilecektir. (Yapılacak

tehlike halinde olmasına rağmen kendisine kan verilmesini istemediğini belirterek yapılması planlanan müdahaleye rıza vermemektedir. Hemen belirtelim ki, burada da hasta ve hekim arasında sözleşme ilişkisi mevcuttur. Keza tam ehliyetli hasta ile hekim arasında, hasta menfaatine sağlık hizmeti yürütme şeklinde iş görme konulu sözleşme akdedilmiştir. Problem, sözleşmenin ifa aşamasında olan ve yakın hayati tehlikeye maruz kalmış hastanın olası müdahaleye rıza vermemesi ile ilgilidir. Burada hekim, genel kural gereği yakın hayati tehlike altında bulunan hasta ile

---

müdahalenin, özerklik ilkesinin meşru bir sınırlandırması olduğu yönünde, Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 108). Bununla birlikte bazı hukuk sistemlerinde yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen küçüğün, somut müdahaleyi kabul ya da reddetme hususundaki kararının geçerli kabul edildiği görülmektedir. İngiltere’de 1986 yılında alınan ve sonrasında *Gillick kararı* olarak anılan davaya konu olayda, davacı Victoria Gillick, idare tarafından düzenlenen ve hekimlerin 16 yaş altı çocuklara yasal temsilcilerinin rızası ve bilgisi olmaksızın doğum kontrolü hakkında bilgi verebileceğini belirten sirkülerin iptali istemi ile dava açmıştır. İdari uyuşmazlığa ilişkin değerlendirmeler bir yana bırakıldığında Lordlar Kamarası, 16 yaşının altındaki çocukların yeterli bilgi ve kapasiteye sahip olması halinde tıbbi müdahaleye verdikleri rızanın geçerli kabul edileceği yönünde karar vermiştir. Bu kapsamda yasal temsilcilerin rızası veya bilgisi aranmaksızın, küçüğe doğum kontrolüne ilişkin bilgi verilebilecek ya da ilaç reçete edilebilecektir. (Gillick v. West Norfolk and Wisbech Health Authority, 1986 AC, 112. <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>, (Çevrimiçi), 14 Ocak 2019). Gillick kararı, yasal temsilcilerin rızası olmaksızın küçüğe tıbbi danışmanlık verilmesine ilişkindir. Ancak davada ileri sürülen ölçütler, kararı takip eden süreçte küçüğün rızasının geçerli olup olmayacağı değerlendirilmesinde başvurulana bir yeterlilik testi haline gelmiştir. Tıbbi müdahaleye verilen rızanın geçerli kabul edilmesi için aranan yeterliliğin, hayatı sonlandırmaya neden olabilecek tedavinin reddi hususunda da dikkate alınıp alınmayacağı tartışılmaktadır. (Bu yönde, David W Archard, “Children’s Consent to Medical Treatment”, **Principles of Health Care Ethics**, Second Edition, John Wiley & Sons, Ltd, s. 311- 318, s. 314; S. Woolley, “Children of Jehovah’s Witnesses and adolescent Jehovah’s Witnesses: what are their rights?”, **Archives of disease in childhood**, 90(7), 2005, s. 715–719, s. 717). 15 yaşındaki Yehova Şahidi Joshua McAuley’nin kan naklinin reddi yönündeki kararı, küçüğün Gillick yeterlilik testini geçtiği gerekçesi ile hekimlerce kabul edilmiştir. McAuley’e kan nakledilmemiş ve küçük, hastaneye ulaşmasından altı saat sonra ölmüştür. ( Aoife Daly, “Children’s Autonomy in Medical Law (Compared to Other Areas of Law): A Different Ball Game?”, **Children, Autonomy and the Courts: Beyond the Right to be Heard**, Brill Nijhoff, 2018, s.171). Küçüğün karar verebilecek idrak gücüne sahip olduğu tespit edilse dahi mahkemenin, küçüğün üstün yararını gözetmesi gerektiği yönünde bkz. <https://www.avant.org.au/news/20140409-gillick-competence-jehovah-witness/> (Çevrimiçi), 12 Ocak 2019. Aile mahkemesi hakiminin, mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta 18 yaşına üç ay kalan Yehova Şahidi çocuk için karar verme sürecini ve bunun Gillick yeterlilik testi ile ilişkisini anlatan bir eser için bkz. Ian McEwan, **Çocuk Yasası**, (Çev. Roza Hakmen), 9. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, 2019, özellikle s. 63-91. Amerikan hukuk sisteminde ise bu konuda olgun çocuk ilkesi (*mature minor doctrine*) temel alınmaktadır. Bu ilke, tıbbi müdahalenin kabul ya da reddi hususunda yeterli bilgiye sahip olduğu değerlendirilen çocuğun tıbbi müdahaleyi seçme, kabul ya da reddetme hakkını haiz olduğunu işaret etmektedir. (Doğramacı/Erkol, **Çocuklarda Kan Naklinin Reddi**, s. 273). Bu konuda örnek kararlardan biri, Yehova Şahidi Sanozier ailesinin, 3 yaşındaki dalak içi kanamadan muzdarip çocuklarına yapılacak kan naklini reddetmesi üzerine verilmiştir. Hastanenin başvurusu üzerine mahkeme, 3 yaşındaki çocuğun yapılması planlanan müdahalenin reddinin sonuçları hususunda bilgi sahibi olamayacağı, karar verme yeterliliği olmadığını belirterek hayati tehlike içerisinde bulunan küçüğe müdahale yapılması yönünde karar vermiştir. Bir başka olayda ise 14 yaşındaki Dennis Lindberg’in kararının sonuçlarını anlayabilecek yeterlilik ve olgunlukta olduğu değerlendirilmiş, küçüğün intihar etmeye çalışmadığı; ancak kan nakledilmesi halinde kendisini kirlenmiş hisseceğinin anlaşıldığı ifade edilmiştir. Kan verilmeyen Lindberg kısa süre içerisinde hastanede ölmüştür. Örnek olaylar için bkz. Doğramacı/Erkol, **Çocuklarda Kan Naklinin Reddi**, s. 287-295; Jonathan, F, Will, “Religion as a Controlling Interference in Medical Decision Making by Minors”, **Law, Religion and Health in the United States**, Cambridge University Press, 2017, s. 332-345, s. 336vd.; Woolley, **Children of Jehovah’s Witnesses**, s. 715-719.



arasındaki sözleşmeyi tek taraflı sona erdiremez<sup>27</sup>. Sözleşme ile bağlı olan hekimin, hastaya müdahalede bulunması ya da bulunmaması halinin özen yükümlülüğünün ifası ile ilişkisi tasnif edilmelidir.

Burada ölüm tehlikesinin yakın olması, kişinin kararını gözden geçirecek imkanı olmaması ve telafisi mümkün olmayan bir safhaya giriliyor olması nedeni ile hastaya müdahale edilmesi kabul edilebilir<sup>28</sup>. Diğer yandan inançları gereği kanı kutsal kabul eden ve vücutlarına dışarıdan yapılacak kan nakli ile kirlenmiş olduklarını hisseden bu dini grup mensuplarının bu yöndeki arzularının tanınması da kabul edilebilir.

Farklı bir açıdan incelediğimizde, Şahitlerin beraberinde taşıdıkları tıbbi kimlik kartlarının, onların bu yöndeki tutumunu açıkça ortaya koyduğundan söz edebiliriz. Bu kimlik kartları ile, Şahitlerin, hiçbir koşulda kan nakli yapılmamasını belirten kati tutumlarına ilaveten kanın asıl bileşenlerinden elde edilen küçük kısımların kullanımını konusundaki kişisel kararları hekimin bilgisine sunulmaktadır<sup>29</sup>. Tıbbi kimlik kartları, ayırt etme gücü yerindeyken, bilincinin kapalı olduğu dönemde hüküm ifade etmek üzere iki şahit huzurunda imzalanmaktadır. Bu kayıtların konumuz açısından önemi, hastanın yazılı iradesinin açık biçimde yansıtılmasından diğer bir ifade ile rızanın daha önceden verilmesinden ileri gelmektedir<sup>30</sup>. Her ne

---

<sup>27</sup> TDY md. 18.

<sup>28</sup> Yaşama hakkının vazgeçilmezliği karşısında hastaya rızası hilafına müdahalede bulunulması mümkündür. (Oktay Özdemir, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 1331). Yürütülen kansız cerrahi operasyonda komplikasyon olması halinde acil durumda hastaya kan verilmesi gerekebilir. Böyle bir ihtimalde hastanın dini iradesine mi yoksa onun yaşamına mı öncelik verileceği ikileminde hastanın üstün nitelikteki özel yararının ona karşı acil müdahalede bulunmak ve dolayısı ile kan nakledilmesi olduğu yönünde Özbilen, **Rızanın Aranmadığı Haller**, s. 102 dn.6. Bilinci yerinde olmayan kişiye sırf dini inancı gereği müdahale etmemenin yerinde olmadığı ve hekimin kanuni yükümlülüğü gereği hastaya yardım etmesi gerektiği yönünde Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 233.

<sup>29</sup> [https://www.jw.org/tr/tibbi-arsiv/yontemler-kaynaklar/tibbi-tedavilerde-dinsel-ve-etik-tavrimiz/#?insight\[search\\_id\]=d2dca9be-24b2-4924-992c-724a13c1228d&insight\[search\\_result\\_index\]=9](https://www.jw.org/tr/tibbi-arsiv/yontemler-kaynaklar/tibbi-tedavilerde-dinsel-ve-etik-tavrimiz/#?insight[search_id]=d2dca9be-24b2-4924-992c-724a13c1228d&insight[search_result_index]=9)

<sup>30</sup> Belgede kan nakline ilişkin şöyle bir düzenleme mevcuttur:

*“(...)Ben bu belgeyi, herhangi bir nedenle bilincimi kaybetmem halinde tedavi konusundaki talimatlarımı bildirmek ve bir sağlık vekili tayin etmek üzere dolduruyorum.*

*2.Yehova'nın Şahitlerinden biriyim ve koşullar ne olursa olsun, hatta doktorlar ve sağlık görevlileri hayatımı kurtarmak için bunun gerekli olduğuna inansalar bile, tam kan, alyuvar, akyuvar, trombosit ya da plazma naklinin yapılmasını talep ediyorum. (Elçi. 15, 28, 29) Daha sonra nakledilmek üzere kan vermeyi ve kanımın depolanmasını kabul etmiyorum.(...)”*

Kişinin, bilinci kapalıyken hüküm ifade etmesi üzere ayırt etme gücü yerindeyken yaptığı açıklamalar hasta vasiyeti olarak adlandırılmaktadır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Oktay Özdemir, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 1337 vd.; Saibe Oktay Özdemir, “Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda

kadar ayırt etme gücü yerinde olmadığı durumda hekim ile arasında sözleşmesel ilişki kurulmayacaksa da hastanın ayırt etme gücü bulunduğu durumda sözlü ve yazılı beyanı ile hekime yönelttiği bu iradesinin evveliyatla dinlenebilir olduğu düşünülebilir<sup>31</sup>. Burada hekimin özen yükümlülüğü, hasta vasiyetini yorumlama ve hastanın iradesine öncelik verip vermemede kendini gösterir. Ancak yabancı ülke hukuk sistemlerinde yer bulmaya başlayan ve evrensel bildirgelerde giderek artan öneme sahip olan iyi ölüm hakkının Türk Hukuk sisteminde tanınmadığını belirtmek gerekmektedir. Yine, yaşama hakkının kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak olmadığı ve kişinin ancak ölümü ile ilgili ferî sonuçlar hakkında karar alabildiği görülmektedir<sup>32</sup>.

Pozitif hukuk açısından baktığımızda sağlık mevzuatının bu gibi durumlarda açık olmadığını belirtmek gerekecektir. 2014 yılında Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24 hükmünde yapılan değişiklik<sup>33</sup> sonrası bu madde ve 25. madde hükmü birlikte değerlendirildiğinde, yukarıda belirtilen durumda rıza hilafına müdahalede bulunup bulunulamayacağını yoruma muhtaç olduğu görülmektedir.

Şöyle ki; HHY md. 24/f.VII, c.1 düzenlemesi şöyledir: *“Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol*

---

İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, Sa.145, 2016, s. 223-243.; S. Hülya İmamoğlu, “Hasta Vasiyeti”, **III. Ulusal Sağlık Hukuku “Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi”**, 2017, s.125-152; S. Hülya İmamoğlu, “Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler”, **AÜHFD**, Sa.65, 2016, s.199-230; Özge Yücel, **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alman Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları**, Seçkin, 2018, s. 127vd.). Bununla birlikte hasta vasiyeti; ancak kanunda düzenlenmişse değer taşıyacaktır. Burada bu konu ile ilgili olabileceğini düşündüğümüz bir düzenlemeye yer vermek uygun olacaktır: Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde 2014 yılında yapılan değişiklik akabinde yeni 5 ve 6. fıkralar şöyle düzenlenmiştir:

*“Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.*

*Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterli olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir.”*

Bu iki düzenlemenin de hasta vasiyetini düzenlediği düşünülebilir. Ancak hasta vasiyetinin pozitif hukukta düzenlenmiş olmadığı düşünüldüğünde, bağlayıcı olmadığı kabul edilmelidir. Bu iki fıkra, kişinin farazi iradesini ortaya çıkarmaya hizmet edebilecektir. İmamoğlu, **Hasta Vasiyeti**, s.148. Hastanın; tıbbi müdahale sürecine ilişkin tedavinin durdurulması niteliğinde olmayan kararlarının, hasta yerine rıza açıklaması hakkı tanınan vasiinin iradesinden üstün tutulması gerektiği yönünde Oktay Özdemir, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s.1339).

<sup>31</sup> Bu yönde, Ott, **Haftung**, s. 29.

<sup>32</sup> Oktay Özdemir, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 1322.

<sup>33</sup> RG 8.5.2014, 28994.

*açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir.”* Hastada hayati tehlikeye neden olan ya da organ kaybına veya organın fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumlarda, hastaya tıbbi müdahalede bulunmanın rızaya bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Ancak hastanın rızasının alınmadığı şeklinde ifadeyi, hastanın ifade gücünün olmaması nedeni ile rıza veremediği durumlara hasretmek doğru değildir. Keza hastanın ifade gücü olmadığı durumda rızasının aranmayacağı HHY md. 24/I fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir. Bu kapsamda hastanın rızasının alınmadığı haller içerisinde hastanın rıza vermekten imtina etmesinin de gireceği kanaatindeyiz. Bu kapsamda tam ehliyetli olan; ancak yakın bir hayati tehlike içerisinde bulunmasına rağmen kan naklini kabul etmeyen hastanın rızası hilafına müdahalede bulunacağı değerlendirilebilecektir.

Yönetmeliğin 25. maddesi ise şöyledir: *“Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir.”* Kanunen zorunlu haller içerisinde, yakın hayati tehlike ile karşı karşıya olan hastaya müdahale edilmesi durumunun girip girmeyeceği yoruma açıktır. Burada, kanunen zorunlu hal ifadesi ile kişinin temel kişilik haklarından olan yaşamına duyulan saygının yansımaları olarak yakın hayati tehlike altında olan hastaya gerekli tüm müdahalenin yapılması gerektiği değerlendirilebilecektir<sup>34</sup>. Farklı bir değerlendirmede, kanunen zorunlu hal kapsamına hastanın rızası hilafına müdahaleye cevaz veren ve TMK md. 24/f.II düzenlemesinde ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen, kanunun yetki verdiği hallerin girdiği yorumu yapılabilecektir. Bu son ihtimalde, hastanın, yakın hayati tehlike ile karşı karşıya olması halinde dahi tedaviyi reddetme veya durdurmaya ilişkin vereceği rızanın dinlenebilir olduğu düşünülebilir. Ancak bu ihtimalde, HHY md.24 ve md.25 hükümleri arasında çelişki doğacaktır. Zira HHY md. 25 hükmünde yer alan “tedaviyi reddetme” halinde hasta, olası müdahaleye rıza vermemektedir. Bu da esasen bir önceki maddede düzenlenen ve rızanın alınmadığı

---

<sup>34</sup> Bkz. Oktay Özdemir, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s.1333.

haller içerisinde değerlendirilebilir. Ne var ki her iki hükmün sonuçları farklıdır. Bu nedenle HHY md. 25 hükmünün, 24. maddede belirtilen istisnalar (hayati tehlike, bilincin kapalı olduğu acil durum ve hastada organ kaybı ya da fonksiyonunu ifa edemez durumun mevcudiyeti) haricinde kalan durumlarda uygulama alanı bulacağı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme, *kimsenin hak ve ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini düzenleyen* TMK md 23 hükmünün doğal bir sonucudur. Bu kapsamda hekimin, yakın hayati tehlikenin mevcut olduğu durumlarda, dini veya başka saiklerle tedaviyi reddeden hastaya müdahalede bulunmaması hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir. Bunun dışında kalan hallerde ise hekimin, hastanın iradesi hilafına müdahalede bulunmaması asıldır. Ancak burada tartışılması gereken bir diğer düzenleme karşımıza çıkmaktadır: Avrupa Biyotıp Sözleşmesi. Anayasamızın 90/ V fıkrası uyarınca iç hukukun bir parçası olan Sözleşme'nin 5/f.III hükmü uyarınca ilgili kişi, muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilir<sup>35</sup>. Burada rızanın geri alınmasına yönelik bir istisna getirilmemiş olduğundan hastanın özerkliği ilkesinin mutlak olarak kabul edildiği görülmektedir<sup>36</sup>. Bu kapsamda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin ilgili maddelerini dışarıda tutarak Sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulama bulması gerektiği de doktrinde ileri sürülmektedir<sup>37</sup>. Buna karşılık temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin; ancak halihazırda iç hukukta düzenlenmiş temel haklardan geniş bir koruma getirmesi halinde uygulanabileceği, diğer bir ifade ile, Sözleşmeye uyum sağlamak amacı ile iç hukukta düzenlenen temel hakların kapsamının kısıtlanmasının uygun olmayacağı da değerlendirilebilecektir. Nitekim bu durum Avrupa Biyotıp Sözleşmesi md. 27 hükmünde şöyle ifade edilmiştir: *“Sözleşmedeki hükümlerden hiçbiri, tarafların, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında bu Sözleşmede şart koşulanlardan daha kapsamlı*

---

<sup>35</sup> Anayasa md. 90/f. V: *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”* Sözleşmenin özellikleri ve içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s.360-379. Tıbbi müdahaleye rıza konusundaki ayrıntılı düzenlemenin uygulanabilir olduğu ve doğrudan uygulanacağı yönünde, Katoğlu, **Biyotıp Sözleşmesi**, s.166.

<sup>36</sup> Özerkliğe saygı ilkesinin mutlak olarak kabulünün yine aynı Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan ve insan menfaatinin her şeyden üstün tutulması gerektiğini düzenleyen hükmü ile çelişebileceği yönünde Katoğlu, **Biyotıp Sözleşmesi**, s. 172.

<sup>37</sup> Bu yönde, Barış Erman, “Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. 2, Sa. 4, 2010, s. 31-34, s. 34.

*koruma önlemleri almalarını kısıtlayacak veya engelleyecek şekilde yorumlanmayacaktır.”* Bu kapsamda Sözleşme'nin; rızanın her zaman geri alınabileceğine ilişkin düzenlemesi ile kimi durumlarda ötanaziyi de kapsayacak şekilde insan onuruna ve insan özerkliğine mutlak üstünlük tanıdığı ve bu konuda iç hukuktan geniş bir koruma sağlaması nedeni ile doğrudan uygulanabileceği düşünülebilecektir. Ancak farklı açıdan bakıldığında Sözleşme'nin, temel kişilik haklarından olan insan yaşamının korunması yönünden iç hukukumuzda nazaran sınırlı koruma sağladığı bu nedenle iç hukuk düzenlemesinin uygulanması gerektiği de ifade edilebilecektir. Kişinin, temel kişilik haklarından olan yaşamı ve onuru çatıştığı durumlarda insan hayatının, onurundan daha değerli olacağı<sup>38</sup> ileri sürülebileceği gibi yaşamın; ancak insan onuruna uygun sürdürülmesi halinde anlamlı kılınacağı da ileri sürülebilecektir.

### **c. Hekimin Asli İş görme Yükümlülüğünü Özensiz İfası**

Yukarıda belirttiğimiz diğer kötü ifa halleri ile karşılaşılsa dahi mahkeme önüne gelen dosyaların büyük bir çoğunluğu hekimin borca aykırılığının özensiz ifadan ileri geldiği iddiasını içermektedir. Esasında bunun izahı kolaydır: Şöyle ki, hekim başarılı tedavi ya da estetik sonucu yüklenmese dahi hastanın beklentisi sonucun başarılı olacağı yönündedir. Bu durum özellikle estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri içerir sözleşmelerde daha açıktır. Taraflar görüşmeler esnasında genellikle fotoğraf ya da teknolojik araçlar ile bir estetik görünüm belirlemektedir. Bu estetik görünüm hekim tarafından aksi açıkça belirtilmemişse onun bir taahhüdü olarak kabul edilmemelidir. Ancak hasta için durum farklıdır. Hasta, planlanan cerrahi müdahale neticesini hemen ve bizatihi kendi vücudu üzerine görecektir. Başlangıçta tasarlanan estetik görünümle müdahale sonrası elde edilen görünüm arasında farklılık olması halinde hasta bu durumu hekimin özensiz müdahalesine izafe etmektedir. Oysa ki estetik amaçlı müdahalelerde dahi hekim başarılı estetik görünümünden sorumlu tutulmamalıdır. Aksine hekim; istenmeyen bu görünüme özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olması nedeni ile ulaşması halinde sorumludur. Benzer durum tedavi amaçlı tıbbi müdahaleler için de geçerli olsa da hasta genellikle

---

<sup>38</sup> McEwan, **Çocuk Yasası**, s. 89.

müdahale sonucunu mukayese edememektedir. Örneğin tümörlü bölgenin alınması halinde hasta cerrahi müdahale sonrasında ağrı duymaya devam edebilir. Bu ağrının kaynağı bizatihi müdahale edilen bölge olabileceği gibi hasta vücudunda yabancı bir cisim unutulması da olabilir. Her ne sebeple olursa olsun hastanın ummadığı olumsuz sonuç ile karşı karşıya kalması halinde bu sonucun özensiz ifadan kaynaklandığı yönünde haklı bir kaygısı mevcut olacaktır. Hastada zarara neden olan bu sonuç hekimin özen yükümlülüğünü ihlali neticesinde meydana gelmişse bu zararlı sonuçtan hekim sorumlu olacaktır.

Hekimin, özensiz ifa şeklinde gerçekleşen borca aykırılığı, tıp biliminin kabul edilen kural ve standartlarından somut olayda sapması ile açıklanır. Hekimin standarttan sapması nedeni ile kınanabilir olup olmaması diğer bir ifade ile hekimin bu sapmada kusurlu olup olmadığı ise çözümü gereken bir başka aşamadır. Şu halde öncelikle somut olayda tıp biliminin kabul edilen standart ve kurallarının saptanması gerekmektedir. Bu kurallardan sapma, hekimin özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olması için gerekli ve yeterlidir.

Hekimin, özen yükümlülüğünü ihlal etmeme amacı ile göstermesi gereken özen ise mesleğe özgü ideal hekimin göstermesi gereken en yüksek iç ve dış özenin bileşiminden ibarettir<sup>39</sup>.

## **2. Yan Yükümlülük ve Koruma Yükümlülüklerinin İhlali**

Sözleşmeden, Kanun'dan ya da dürüstlük kuralından doğan koruma ve yan yükümlerinin ihlali de sözleşme ihlaline neden olacaktır. Bu kapsamda TBK md.506/f.II hükmünden hareketle hekimin başlı başına sadakat yükümüne veya sadakat yükümünün görünümü olan aydınlatma yükümü, sır saklama, kayda geçirme gibi yükümlülüklerini özen yükümüne aykırı ifa etmesi halinde hekimlik sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmediği ifade edilmelidir. Hekimin; sözleşme ihlaline neden olmamak adına göstermesi gereken gerekli özen, en yüksek ölçüde iç özen ve dış özenin birleşiminden ibarettir. Bu husus hastanın ifa menfaati dışındaki

---

<sup>39</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s. 211.

bütünlük menfaatini koruyan koruma yükümlerinin ihlali halinde de geçerlidir. Bu hallerde kusursuz olduğunu ispatlayamayan hekim, Kanun'un 112 ve 506/f.II fıkraları uyarınca hasta nezdinde doğan zararı gidermekle yükümlü olacaktır.

## II. KUSUR

Hekimin, sözleşmesel sorumluluğu için aranacak ikinci koşul hekimin sözleşme ihlalinde kusurlu olmasıdır. Keza hekimin sözleşmesel sorumluluğu, bu sorumluluğun dayanağı olan Türk Borçlar Kanunu md. 112 hükmü ile 506/f.II fıkrasından anlaşılacağı üzere bir kusur sorumluluğudur.

Kusur, sorumluluk hukuku bakımından kınanabilir davranışı işaret etmektedir<sup>40</sup>. Borçlu; borca aykırı sonucu tasarlayarak hareket etmiş ya da bu sonuca sebebiyet vermemek adına gerekli özeni göstermemişse kusurlu kabul edilmektedir. Bu cümleden olmakla; borçlunun borca aykırı sonucu tasarlayarak, bilerek göze alması halinde borçlunun kastından söz edilir<sup>41</sup>. Burada borçlu, uymakla yükümlü olduğu örnek hareket tipinden isteyerek ve sonucu arzu ederek ayrılmaktadır<sup>42</sup>. Borçlunun, borca aykırı sonucu istememekle birlikte bu sonuçtan kaçınmak için gerekli olan özeni göstermemesi halinde ise borçlunun kastından değil ihmalinden söz edilir<sup>43</sup>. Başka bir ifade ile ihmal; aynı şartlar altında aynı türdeki kişilerin göstereceği özenin somut olayda gösterilmemesidir<sup>44</sup>. İhmal de kendi içerisinde ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>45</sup>.

Esasen ağır ihmal ve hafif ihmali birbirinden ayıracak kesin bir ölçü bulunmamaktadır<sup>46</sup>. Ancak ağır ihmalin; aynı şartlar altında ayırt etme gücüne sahip

---

<sup>40</sup> Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-2**, p.154, s. 55; Eren, **Genel Hükümler**, s. 641; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 407.

<sup>41</sup> Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.1336, s. 429; Hatemi/ Gökyayla, **Genel Bölüm**, s. 147; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1190; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 409.

<sup>42</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 1190.

<sup>43</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.1336, s. 429; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1191; Hatemi/ Gökyayla, **Genel Bölüm**, s. 147.

<sup>44</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 1191.

<sup>45</sup> Oğuzman/ Öz, **Genel Hükümler Cilt-2**, p.159, s. 58; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 410.

<sup>46</sup> Tahiroğlu, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 159. ABD hukukunda kullanılan ve Hand formülü olarak ifade edilen ölçütün ihmalin belirlenmesi hususunda nazara alınabileceği yönünde Sanlı, **Hand Formülü**, s. 99-131. Yazar, haksız fiil sorumluluğunun amacının sosyal maliyetlerin azaltılması olduğu görüşünden hareket etmektedir. Bu nedenle kişilerin sosyal maliyeti asgariye indirecek davranışta bulunması halinde özenli sayılabileceğini

makul her insanın alması gereken tedbirlerin alınmamış olması halinde mevcut olduğundan söz edilebilir<sup>47</sup>. Hafif ihmal ise ancak dikkatli kişilerin alması gereken tedbirin somut olayda alınmamış olmasıdır<sup>48</sup>. Şu halde ihmalin ağırlık derecesi belirlenirken somut durumda makul her insanın göstereceği özenin mi yoksa ancak dikkatli kişilerin göstereceği özenin mi eksik olduğu araştırılacaktır. Burada ihmalin ölçütü objektiftir.

Belirtmek gerekir ki, hekimin borca aykırı davranışı isteyerek ve tasarlayarak hareket etmiş olması hali ile sık karşılaşılmaz. Bu anlamda hekimin olası bir uyuşmazlıkta kastından ziyade ihmalinin mevcudiyeti üzerinde durulmaktadır. Ancak hekimin ihmali ister ağır ya da hafif olsun, hekim her türlü kusurundan sorumludur<sup>49</sup>. Diğer bir ifade ile hekimin sorumluluğu açısından ihmalin ağırlık derecesinin önemi bulunmamaktadır. Bu husus Türk Borçlar Kanunu md. 114/f.I/c.1 cümlesinde açıkça ifade edilmiştir. Hekimin ihmalinin ağırlığı; sorumluluğun tayininde değil belirlenecek tazminat miktarında dikkate alınabilir.

Hekimin borca aykırı davranışında kusurlu olup olmadığını tespitte yarar özenin ölçüsü Türk Borçlar Kanunu md. 506/f.III fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili fıkra uyarınca özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır. Somut olayın şartları ya da hekimin mesleki bilgisi gibi faktörler, hekimden beklenen özen ölçütünün tespitinde nazara alınabilecektir.

---

belirtmektedir. Bu ölçüte göre, somut olayda tedbir alınmanın sağlayacağı fayda, tedbir alınmaması halinde karşılaşılabilecek riskin maliyetini haklı kıldığı zaman tedbir alma yükümlülüğü doğacaktır. Somut durumda bu tedbiri almamış kişi kusurlu kabul edilmelidir. **A.e.**

<sup>47</sup> Somut olayda herkesin bildiği ve yaptığı davranıştan, anlayışlı kişinin göstereceği özenden sapma halinde ağır ihmal mevcuttur. Ağır ihmal, her makul insanın somut durumda gerekli sayacağı en basit tedbirlerin alınmamasıdır. Tahiroğlu, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 159.

<sup>48</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-2**, p.159, s. 58. Hafif ihmalden sorumluluğun derecesini belirleme hususunda Romalılar, iyi bir aile reisinin kendi işlerinde gösterdiği ölçütü esas almıştır. İyi aile reisi ifadesi ile kendi kişisel malvarlığı olup işlerini idare eden Romalı vatandaş anlaşılmaktadır. Bu ölçütten sapan durumlarda hafif ihmali mevcudiyetinden söz edilir. Bazı durumlarda ise somut bir ölçü kullanılmıştır: Somut durumda söz konusu kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen ölçütü alınmıştır. Bu ilkenin yansıması BK md. 528 (TBK md. 628)'dir. Bu ölçüt sübjektif bir ölçüttür, ancak söz konusu ihmal somut ve kişisel bir ihmaldir. Tahiroğlu, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 159. Hafif ihmale neden olan özenli davranışın sergilenmesi, ağır ihmale neden olan özensizlikle karşılaştırıldığında daha külfetlidir. Bu kapsamda hafif ihmali bulunan kişinin daha az kınanması da tabiidir. Sanlı, **Hand Fomülü**, s. 102.

<sup>49</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.1338, s. 429.



Hekim; borca aykırı davranışta kusuru bulunmadığını ispat edemediği müddetçe hasta nezdinde doğan zarardan sorumlu olacaktır<sup>50</sup>. Hekim borca aykırı davranışında kusuru olmadığını belirli bazı şartlar altında ispat edebilir. Bu kapsamda hekim, ayırt etme gücü bulunmadığı için kusurlu sayılamayacağını ispat edebilir meğer ki kendi kusuru ile geçici olarak ayırt etme gücünü yitirmiş olsun. Hekim gerekli tüm özeni gösterdiğini ispat ederek de kusursuzluğunu ispat edebilecektir.

### **III. BORCA AYKIRI DAVRANIŞIN ZARARA NEDEN OLMASI**

#### **A. GENEL BİLGİLER**

Hekim, sözleşmenin ihlali nedeni ile hasta nezdinde uğranılan zararı tazmin etmek ile yükümlüdür. Gerçekten sorumluluk hukukunun temel prensibi, ihlal nedeni ile kişinin malvarlığında ya da hukuken korunan diğer varlıklarında iradesi dışında meydana gelen eksilmenin eş bir değer konularak giderilmesidir<sup>51</sup>. Burada geniş anlamı ile verilen zarar tanımı; kişinin hem malvarlığında meydana gelen maddi zararı hem de kişi varlıklarında meydana gelen manevi zararı kapsamaktadır. Dar anlamı ile zarar kavramından ise sadece maddi zarar anlaşılmaktadır<sup>52</sup>.

Maddi zarar, kişinin malvarlığı değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmedir<sup>53</sup>. Hastanın, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği gerekçesi ile tazminat talep edebilmesi için bu borca aykırılıktan zarara uğramış olması gereklidir<sup>54</sup>. Keza borca aykırılık hastanın her zaman zarara uğradığı anlamına gelmemektedir<sup>55</sup>. Örneğin, cerrahi müdahale akabinde sayım esnasında fark edilmemiş sargı bezi parçasının hastanın burnunda unutulduğu ve bu parçanın

---

<sup>50</sup>Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p.1342, s. 430; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1194 vd.; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s 817.

<sup>51</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 1180.

<sup>52</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1259, s. 407; Fikret Eren, “Türk Borçlar Hukukunda Kişiyeye İlişkin Zarar”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini**, C. 1, Ankara, 2016, s. 57-76, s. 59.

<sup>53</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1260, s. 407

<sup>54</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1259, s. 407vd.; Eren, **Genel Hükümler**, s. 1180; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 812.

<sup>55</sup> Neu, **Ärztthaftpflichtfragen**, s. 11.

operasyonu takip eden üçüncü haftada kendiliğinden düştüğünü varsayalım. Burada hekim; cerrahi bölgede yabancı cisim unutmak sureti ile sözleşme ile kendisine yüklenen özen borcunu ihlal etmiş olmaktadır. Hasta vücudunda yabancı cisim unutulması aynı zamanda ağır bir tedavi hatası olarak kabul edilmektedir. Ne var ki hastanın malvarlığında ilave tedavi gideri, bakım masrafı ve benzeri eksilme olmaması halinde hastada maddi zarar meydana gelmeyecektir. Bu örnekte hekimin mesleki kusuru dar anlamı ile zarara yol açmadığından hastanın tazminat istemesi mümkün olmayacaktır. Ancak şartları oluşmuşsa hastanın kişilik değerlerindeki eksilme nedeni ile manevi zararının giderimi söz konusu olacaktır<sup>56</sup>. Yine hekimin mesleki kusuru nedeni ile idari ve disiplin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Uyuşmazlıkların çoğunda hasta nezdinde doğan zarar malvarlığına ilişkin bir maddi zarar olarak ortaya çıksa da bu zarar hastanın kişilik haklarının ihlalden meydana gelmektedir. Bu ise işin doğası gereğidir. Keza hekimlik sözleşmelerinde sözleşme ihlalinin daha ziyade kötü ifa olarak görüldüğüne daha evvel işaret edilmiştir. Hekimin, yükümlendiği tıbbi müdahaleyi kötü ifa etmesi çoğunlukla hastanın bedensel (vücut) bütünlüğünün zedelenmesine ya da ölümüne yol açmaktadır. Bu kapsamda hekimlik sözleşmesinde zararın hastanın vücut bütünlüğü ve yaşama hakkı gibi kişilik hakkı değerlerinin ihlali akabinde oluştuğundan söz edilmelidir. Hastanın bedensel bütünlüğünün ihlalinin hastada tedavi gideri, kazanç kaybı gibi malvarlığı eksilmelerine yol açması halinde hastanın bedensel maddi zararı söz konusu olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu md. 54 hükmü uyarınca bedensel zararlar arasında tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar özellikle

---

<sup>56</sup> TBK md. 114/İİ fıkra uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yolu ile sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacaktır. Fıkra kapsamına manevi zararın tazmini de girmektedir. (Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1290-1291, s. 414-415). Bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminat konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Fulya Erlüle, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin, 2015; Zariye Şenocak, "Ağır Bedensel Zararlar ve Ölüm Halinde Yakınların Manevi Tazminat Talebi", **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini**, C.1, Ankara, 2016, s.599-606.

belirtilmiştir<sup>57</sup>. Ancak maddi zarar kalemleri Kanun'da belirtilenlerle sınırlı değildir. Örneğin hastanın vücudunda unutulmuş yabancı cismin, fark edilene kadar diğer organlara zarar vermesi nedeniyle hastanın beklenen yaşam süresinin kısalması halinde gelecekteki zarar niteliğinde olan bu zararın giderilmesi talep edilebilecektir<sup>58</sup>. Burada hastanın; zarara yol açan davranış nedeni ile yaşam ömrünün kısalma olasılığı söz konusu olduğundan kısalan yaşam süresinin karşılığı olan yıllara denk düşecek muhtemel geliri hesaplanacaktır. Bu muhtemel gelirden, hastanın bu yıllara denk düşecek muhtemel giderlerinin toplamı çıkarılarak olasılığa dayalı bir zarar hesabı yapılması uygun olacaktır<sup>59</sup>.

Ölüm halinde uğranılan zararlar ise Kanun'un 53. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre ölüm halinde uğranılan zararlar, cenaze giderleri ile ölüm hemen gerçekleşmemişse bu süreçteki tedavi giderleri ile çalışma gücünün kısmi ya da sürekli kaybından doğan kayıplardır. Destekten yoksun kalma tazminatı<sup>60</sup> olarak belirtilen ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin ölüm nedeni ile uğradıkları kayıplar da maddi zarar kalemleri arasındadır<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Ölüm ve bedensel zararlara ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Gökyayla, **Ölüm ve Bedensel Zarar**, s. 765vd.

<sup>58</sup> Tıp alanındaki gelişmeler neticesinde daha evvel ölümcül kabul edilebilen yaralanmalara müdahale edilebildiği; ancak bu durumun, mağdurun beklenen yaşam süresinde kıalmaya neden olabileceği ifade edilmektedir. Beklenen yaşam ömrünün kısalmasına bağlı zararlar, İngiliz Hukukunda *damages for lost years* olarak tanımlanmaktadır. *Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority* ve *Pickett v. British Rail Engineering Ltd* bu alanda verilen ilk kararlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. John Mesher/ Stephen Todd, "Damages for "Lost Years": Recent Developments in the United Kingdom", **The International and Comparative Law Quarterly**, Sa.29, 1980, s.719-741, s. 721 vd.

<sup>59</sup> 1949-1974 yılları arasında British Rail Engineering Ltd'de demiryolları yapımında çalışması nedeni ile asbest tozuna maruz kalan Pickett kansere yakalanmıştır. Davacı Pickett tarafından davalı işveren aleyhine açılan davada, yaşam süresinin kısalması nedeni ile davacıya tazminat ödenmesi yönünde karar verilmiştir. Bkz. *Pickett v. British Rail Engineering Ltd*. <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1978/4.html> (Çevrimiçi), 23 Aralık 2019.

<sup>60</sup> Destek kaybından doğan zarar niteliği itibarı ile dolaylı ve maddi bir zarardır. TBK md. 53 hükmünde özel olarak düzenlenmiş olması nedeni ile dolaylı zarar niteliğinde olan bu zararın talebi mümkün hale gelmiştir. (Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 69; Gökyayla, **Ölüm ve Bedensel Zarar**, s. 784, s. 786). Başka bir deyişle salt malvarlığı zararı niteliğindeki destekten yoksun kalmadan ileri gelen zarara ilişkin hukuka aykırılık bağı TBK md. 53 hükmü ile tesis edilmiştir. Destekten yoksun kalma tazminatı hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. K. Emre Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Ankara, Seçkin, 2004; Saibe Oktay Özdemir/ Gülçin Elçin Grassinger, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Ölen Mağdurun (Destek Olanın) Müterafik Kusurunun Kusursuz Sorumluluk Hallerinde de Dikkate Alınması", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C.2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 1243-1267; K. Emre Gökyayla, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", **Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansı II: Haksız Fillerden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi, Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı**, 2014, s.68- 85; Gökyayla, **Ölüm ve Bedensel Zarar**, s. 767vd.

<sup>61</sup> Hekimin özen yükümlülüğüne aykırı tıbbi müdahalesine bağlı olarak ceninin anne karnında ölmesi halinde anne ve babanın destekten yoksun kalma tazminatı talep edemeyeceği kanaatindeyiz. Zira TMK md. 28/f.II hükmünde

Borca aykırı davranışın neden olduğu zarar, malvarlığının mevcut değerinde bir azalma şeklinde olabileceği gibi meydana gelebilecek artışların önlenmesi şeklinde de ortaya çıkabilir<sup>62</sup>. İlk halde malvarlığında meydana gelen fiili bir zarar söz konusudur. Fiili zarar, malvarlığının aktifinin azalması ya da pasifinin artması şeklinde ortaya çıkabilir. İkinci halde ise yoksun kalınan kârdan söz edilmektedir. Kârdan yoksun kalma şeklinde ortaya çıkan zararda malvarlığının aktifindeki çoğalma imkanı ya da pasifindeki azalma ihtimalinden mahrum kalınmıştır<sup>63</sup>. Örneğin bedensel bütünlüğün ihlalden doğan kazanç kaybı veya çalışma gücünün sürekli veya kısmi olarak kaybına bağlı zararlar, niteliği itibari ile yoksun kalınan kârı işaret etmektedir.

Belirtmemiz gerekir ki, konumuz itibari ile hastanın, zarara uğradığını ispat etmesi mümkün olsa da zararın gerçek miktarını ispat etmesi çoğunlukla imkan dahilinde değildir. Bu takdirde Türk Borçlar Kanunu md.114/II fıkrası atfı uyarınca md. 50/f.II uygulama bulabilir. Gerçekten *zararın ve kusurun ispatı* başlıklı 50. madde uyarınca, zararın gerçek miktarı tam olarak tespit edilemediği takdirde hakim, olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir.

Hastanın kişilik değerlerinin ihlali hasta nezdinde ayrıca manevi zarara da yol açabilecektir. Bu halde hasta, borca aykırılık akabinde kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen zararın giderilmesini hekimden talep edebilir. Keza manevi tazminat talebi sözleşme dışı sorumluluğun yanında TBK md. 114/II fıkrasının yollaması ile sözleşmesel sorumlulukta da uygulama bulacaktır<sup>64</sup>. Bu kapsamda bedensel bütünlüğün ihlali nedeni ile talep edilecek manevi tazminatın dayanağı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesidir<sup>65</sup>. Mezkur düzenleme uyarınca hakim,

---

belirtilen sağ ve tam doğum şartı gerçekleşmediğinden kişilik kazanamayan ceninin destek kavramı altında mütalaa edilmesi uygun olmayacaktır. Bu yönde, Eren, **Genel Hükümler**, s. 851. Ayrıca, bkz. Aydın, "Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Korunması", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2007, s. 39-41. Bu yönde bir Danıştay kararı için bkz. Danıştay 15.D. T. 13.3.2017 E. 2016/4602 K.2017/1155 (Çevrimiçi), Lexpera, 24 Aralık 2019.

<sup>62</sup> Zariye Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk**, Ankara, 2009, s. 57.

<sup>63</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1284, s. 413.

<sup>64</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 883; Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1291, s. 414.

<sup>65</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun "*Kişilik Hakkının Zedelenmesi*" başlıklı 58. maddesi şöyledir: "*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar paranın*

bedensel bütünlüğün zedelenmesi halinde zarar gören-hastaya uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Aynı maddede ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği ayrıca belirtilmiştir.

Hekimlik sözleşmesi kapsamında hekimin borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi neticesinde zarar gören hasta, maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Burada borca aykırılık ve zarar şartına ilave olarak uygun illiyet bağının varlığı ve hekimin borca aykırılıkta kusurlu olması da aranmaktadır. Ne var ki kimi durumlarda hasta nezdinde doğan maddi veya manevi zararın talep edilip edilemeyeceği tartışma konusudur. Ebeveynlerinin arzusu hilafına dünyaya gelen sağlıklı çocuğun bakım masraflarının zarar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve çocuğun manevi tazminat talebi tartışmaya açık konulardan bazılarıdır. Bu kapsamda çalışma konumuz itibari ile zarar şartı hususunda özellik arz eden bu durum aşağıda ayrıca tartışılmıştır.

## **B. HEKİMİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI KUSURLU DAVRANIŞI NETİCESİNDE ONUNCU HAFTAYI AŞAN GEBELİKELERDE YASALAR UYARINCA RAHİM TAHLİYESİNE İMKAN VERİLEN DURUMLARIN TESPİT EDİLEMESİ**

Gelişen teknoloji ile birlikte doğum öncesi dönemde cenindeki kromozom anomalilerinin saptanması, bazı diğer hastalıkların teşhisi ve hatta anne karnındaki ceninin tedavi imkanlarında ilerleme kaydedilmiştir<sup>66</sup>. Şu an gelinen düzeyde doğum

---

*ödenmesini isteyebilir.*” Bu düzenleme kişilik hakkı ihlallerinden doğan manevi zararın giderimine yönelik genel bir düzenlemedir. TBK md. 56 hükmü ise beden bütünlüğünün ihlali ve ölüm halinde zarar gören veya ölenin yakınlarına manevi tazminat ödenmesine yönelik özel bir düzenlemedir. Bu kapsamda bedensel zarar ve ölüm halinde özel nitelikte olan TBK md. 56 hükmü uygulanmalıdır. Eren, **Genel Hükümler**, s. 891,s.894.

<sup>66</sup> Çoğu hekim tarafından gebelik süresi haftalar ile ifade edilmektedir. Gebeliğin ilk 8 haftasındaki cenin embriyo olarak isimlendirilmektedir. 8. hafta ile birlikte cenini besleyen plasentanın (eş) işlevini kazandığı kabul edilmektedir. 8. haftadan, doğumun gerçekleşmesine kadarki süreçte cenin fetüs olarak isimlendirilmektedir. (İsmail Dölen, “Tıbbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?”, **V. Sağlık Hukuku Kurultayı 1-2 Kasım 2013**, Ankara Barosu Dergisi, 2014, s.35-41, s. 35). Embriyo ve embriyonun oluşum anı; özellikle invitro fertilizasyon (

öncesi (prenatal) doğru ve özenli teşhis ile anne karnındaki ceninde kimi kalıtsal bozukluk ve hastalıkların tespiti imkan dahilindedir.

Günümüzde hamilelik esnasında gebe kadının takibinin olağan bir parçası haline gelen tarama testleri yardımı ile kromozom anomali riski saptanmaktadır. İkili, üçlü ve dördü testler olarak ifade edilen bu tarama testleri tanı koymak açısından yeterli değildir<sup>67</sup>. Gerçekten bu tarama testleri sayesinde cenindeki kromozomal anomaliler taranmakta ve bu tarama sonucuna annenin yaşı, ailedeki diğer fertlerde kalıtsal bozukluk olup olmadığı gibi etkenler eklenerek ceninde kromozom anomali görülme riski belirlenmektedir. Ultrason aracılığı ile ya da ikili, üçlü, dördü taramalar ile dikkat çeken bulgulara rastlanması halindeyse annenin rızasını takiben amniyosentez gibi girişimsel tanı yöntemleri uygulanmaktadır<sup>68</sup>. Bu tetkik yöntemleri yardımı ile ceninde mevcut olan kromozom anomalisi ya da organ eksikliği gibi yaşamı ile bağdaşmayacak durumlar yüksek oranda tespit edilebilmektedir. İşte bu tip doğum öncesi testler yardımı ile fetal hastalıkların erken saptanması mümkün olmakta ve ebeveynlerin bu tür genetik yapısal bozuklukları dışlaması imkanından söz edilebilmektedir<sup>69</sup>.

Hekimin kontroller esnasında gerekli özeni göstermemesi nedeni ile kromozom anomalisini ya da mevcut diğer fetal hastalıkları teşhis edememesi

---

tüp bebek) yolu ile hamilelik sonrası meydana gelen ceninin hak sahipliğini belirleme açısından önemlidir. Biz, terminoloji olarak karışıklığa yol açmamak amacı ile çalışmamızda anne karnındaki henüz doğmamış çocuk açısından genel olarak cenin terimini kullanmış bulunmaktayız. Henüz doğmamış çocuğun cenin olarak adlandırıldığı yönünde Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 11.

<sup>67</sup> Hilal Yener Coşkun, “Gebelikte Yapılan Prenatal Tarama Testleri ve Bu Testlere İstinaden Uygulanan Girişimsel Tanı Yöntemlerinin Hukuki Boyutu”, **Tıp Hukuku Dergisi**, C.3, Sa.5, Legal, 2014, s. 25-63, s.25. Tarama testlerinin temel amacı, bu testler akabinde yüksek risk saptanan durumlarda kesin tanı konulmasını sağlayacak tanı işlemlerine gerek duyulan kişileri belirlemesidir. (Murat Öznur/ Ümmü Gülşüm Ercan, “Prenatal Tanı ve Yöntemleri”, **Yaşama Sanatı**, Turgut Özal Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi, Sa.33, Mart 2014, s. 52-56, s. 53). Örneğin 11 ve 14. haftalar arası yapılması uygun olan ikili tarama testinde, anneden alınan kandaki beta hCG'nin serbest kısmının ve PAPP-A proteinin ölçümü yapılmaktadır. Bu ölçüm ve ceninin ultrasonografi ile tespit edilen ense kalınlığı birlikte değerlendirilerek cenindeki kromozomal anomali riski saptanmaktadır. (Öznur/Ercan, **Prenatal Tanı**, s. 54). Riskin yüksek çıkması durumunda tanı koyulmasını sağlayan girişimsel tanı yöntemleri önerilmektedir.

<sup>68</sup> Tarama testlerini takiben uygulanması muhtemel girişimsel tanı yöntemleri arasında amniyosentez, koryon villüs örnekleme, kordosentez ve fetoskopi yöntemleri sayılabilir. Girişimsel bu işlemler neticesinde gebelik kaybı ihtimali %0,5 - %2 oranları arasında değişiklik göstermektedir. (Yener Coşkun, **Prenatal Tarama Testleri**, s. 29-36). Ultrasonografi ile kromozomal anomaliler ve bazı genetik hastalıklar açısından ön değerlendirme yapılması ihtimal dahilindedir. Ancak ultrasonografi ile yapılan ölçümlerin de ölçümü yapan hekime göre değişiklik göstermesi muhtemeldir. Bu nedenle hatalı risk hesaplaması ile karşılaşılabilir. Öznur/ Ercan, **Prenatal Tanı**, s. 53.

<sup>69</sup> Mainardi-Speziali, **Ärztliche Aufklärungspflichten**, s. 3.

şeklinde tezahür eden borca aykırı davranış örneklerine rastlanılmaktadır. Burada hekimin teşhis hatası mevcuttur. Hekim, sözleşme ve meslek kuralları ile gebelik kontrollerini düzenli yapmakla ve gerekli olan tüm tanı tetkiklerine başvurmakla yükümlüdür. Hekimin gerekli özeni göstermemiş olması nedeni ile aslında tespiti mümkün olan bir kromozom anomalisini tespit edememesi halinde hekimin doğum öncesi teşhis hatası yaptığından bahisle anne ve babanın tazminat isteminde bulunması durumu ile karşılaşılmaktadır. Gerçekten anne ve baba, doğum öncesi tetkiklerde bir anomali ile karşılaşılması halinde sağlıklı çocuk dünyaya getirmeyeceği hususunda karar vermiş olabilir<sup>70</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun md.5 hükmü uyarınca tıbbi bir sakınca olmasa dahi gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar istek üzerine rahim tahliye edilebilir<sup>71</sup>. Yasal süre olan onuncu haftayı takip eden dönemde ise ancak tıbbi sakınca olması halinde ya da annenin hayatını tehdit eden bir durumun varlığı halinde gebeliğe son verilebilir<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Amniyosentez, kordosentez gibi girişimsel tanı yöntemlerinin komplikasyonları arasında gebeliğin düşük ile sonlanması ihtimali de bulunmaktadır. (Öznur/ Ercan, **Prenatal Tanı**, s. 54 vd.). Bu kapsamda muhtemel bir anomali ya da hastalığın tespiti amacı ile annenin tüm girişimsel tanı yöntemlerine rıza göstermiş olması halinde bu durum annenin sağlıklı çocuk dünyaya getirmek istemediği yönünde karine olabilir. Bu komplikasyonları bilmesine rağmen tıbbi müdahaleye rıza vermesine rağmen hekimin kusurlu davranışı neticesinde teşhis koyamadığı durumlarda annenin gebeliğe son verme imkanının elinden alındığı değerlendirilebilir.

<sup>71</sup> Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Yönetmelik'in *Deyimler* başlıklı 2/b bendinde rahim tahliyesi deyimini, gebeliğin sonlandırılması olarak ifade edilmiştir. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda da aynı anlamda olmak üzere iki terimin de kullanıldığı görülmektedir. Kadının, bir suçun mağduru olması nedeni ile gebe kalması halinde yirmi haftaya kadar rahim tahliyesi mümkündür. (TCK md. 99(6)).

<sup>72</sup> Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un Gebeliğin Sonlandırılması başlıklı 5. maddesi şöyledir: "*Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.*

*Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.*

*Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.*

*Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir."*

Nüfus Planlaması Hakkına Kanun'a dayanılarak yürürlüğe giren Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Yönetmelik<sup>73</sup> md.5 hükmünde de on haftayı geçen gebelikte rahim tahliyesi yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Yönetmelik'e ekli (2) sayılı listede ise bu süreyi geçtikten sonra hangi hastalıkların mevcudiyeti halinde rahim tahliyesine cevaz olduğu belirtilmiştir. Yönetmelik'e ekli (2) sayılı listede annede mevcut majör uterin harabiyeti, sakat çocuk doğurma ihtimali yüksek diğer herediter hastalıklar, down sendromu gibi hastalıklar sayılmıştır. Burada da anne açısından hayati risk teşkil etmemesi halinde rahim tahliyesi, istek üzerine yapılmaktadır. Şu halde acil müdahale halleri haricinde kalan kromozom anomalisi gibi durumlar (örneğin trizomi 21, trizomi 18 ya da trizomi 13 hali) başlı başına rahim tahliyesi nedeni değildir. Belirtilen bu hallerde verilen rahim tahliyesi kararı annenin rızası ve anne evliyse anne ve babanın rızası ile aile planlamasına yönelik takdir yetkisinden ileri gelmektedir.

Hekimin doğum öncesi özen yükümlülüğüne aykırı davranışı neticesinde Yönetmelik'e ekli (2) sayılı listede mevcut rahatsızlığın fark edilmemesi halinde anne ve babanın yasa tarafından cevaz verilen gebeliği sonlandırma imkanı ellerinden alınmış olmaktadır. Burada hekimin doğum öncesi teşhis hatası şeklinde tezahür eden özen yükümlülüğünü ihlali, çocuğun sağlıksız doğumunun uygun sebebi olarak değerlendirilmektedir<sup>74</sup>. Bu nedenle kusurlu davranışı ile özen yükümlülüğüne aykırı davranan hekim aleyhine açılan tazminat davalarının yasal dayanağı olduğu kabul edilmektedir. Ancak tazminatın türü ve kapsamı hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalar aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Burada önemle belirtmek gerekir ki, tartışma konusu durum hekimin teşhis hatası (gerekli özeni gösterseydi teşhis edebileceği rahatsızlığı tespit edememesi ya da yanlış tespit etmesi) nedeni ile tazminat yükümlülüğüdür. Hekim; teşhis yükümlülüğünü özenle ifa etmemesi ve bunda kusurlu olması nedeni ile ceninde

---

<sup>73</sup> RG 18.12.1983, 18255.

<sup>74</sup> Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 2.



bulunan anomaliyi tespit edememiştir. Özen yükümlülüğüne aykırılık nedeni ile anne veya anne ile baba sağlıklı olduğunu düşündükleri çocuğun dünyaya gelmesi yönünde karar vermiş; ancak çocuk sağlıksız olarak dünyaya gelmiştir. Burada, özenli teşhis uygulaması ile sağlıksız olduğu önceden fark edilseydi rahim tahliyesi yönünde karar verecek annenin aile planlamasına yönelik takdir yetkisi elinden alınmıştır. Bu kapsamda anne ve babanın sağlıksız doğan çocuğuna ilişkin bakım masrafları, manevi zararı ile bizatihi çocuğun kendisi için maddi ya da manevi zararının giderilmesine ilişkin talepleri tartışma konusudur.

Vurgulanması gereken nokta çocuktaki kromozom anomalisine ya da fetal diğer hastalıklara hekimin kusurlu davranışının neden olmadığıdır<sup>75</sup>. Diğer bir ifade ile hekimin teşhis ya da tedavi esnasında özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeni ile çocuğa zarar vermesi söz konusu değildir. Aksi varsayımda -hekimin kusuru ile anne karnındaki cenine zarar vermesi ve sağlıklı ceninin zarar görmesi halinde- hekim, çocuğun çalışma gücündeki kayıp gibi zararları nedeni ile çocuğa karşı tazminat ödemekle yükümlü olacaktır<sup>76</sup>. Ne var ki burada hekimin kusuruna bağlı olmayan nedenlerle ceninde mevcut olan anomali, hekimin kusuru nedeni ile

<sup>75</sup> Bu hususa işaret eden Yargıtay kararının ilgili kısmı şöyledir: “*Davalı doktor, çocuğun sol kol dirsek altındaki kemiğinin bulunmaması ve elinin prematüre olup bilek yerine dirsekte olmasından doğrudan sorumlu değil ise de, hamileliğin takibi sırasında belirlenmesi mümkün olan arızanın zamanında fark edilmemesi sonucu davacıların uğradığı zarardan kusuru var ise sorumludur.*” Yarg. 13. HD. T. 21.12.2006 E.2006/13122 K. 2006/16638 (naklen; Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s. 115).

<sup>76</sup> Türk Medeni Kanunu md.28/f.I hükmü uyarınca kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar. Kişiliğin başlangıcı sağ ve tam doğum şartına tabi olsa da geriye etkili olarak hüküm eder. Zira, çocuk sağ doğmak şartı ile ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetini elde eder. (TMK md. 28/f.II). Doğumdan önceki dönemde cenin annenin bir parçası olup kendi bağımsız kişiliği bulunmamaktadır. Ancak sağ ve tam doğumu geciktirici değil bozucu şart kabul eden yazarların görüşü esas alındığında ceninin doğumdan önce de hak ehliyetine sahip olacağı kabul edilmektedir. Biz, sağ ve tam doğum şartının geciktirici şart olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız. Özellikle kayyım atanmasına gerek olmaksızın on haftalık gebelik süresinin bitimine kadar rahim tahliyesine cevaz verilmesi bu görüşü desteklemektedir. Görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.11; Gülçin Elçin Grassinger, **Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md.347, md.348)**, İstanbul, On iki Levha, 2009, s.52-57; Aydın, **Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Kazanılması**, s. 6-20; Rona Serozan, “Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara, 2006, s. 313-324, s. 313. Bu kapsamda çocuk sağ ve tam doğmak şartı ile anne karnında yapılan müdahale nedeni ile uğradığı zararın giderimini talep edebilir. (Gökyayla, **Ölüm ve Bedensel Zarar**, s. 945). Benzer şekilde döllenmenin harici ortamda gerçekleşmesi ve embriyonun anne karnına naklinden evvel hasarlı hale gelmesi mümkündür. Sağ ve tam doğum gerçekleşse dahi hekimin kusurlu davranışı neticesinde çocuğun fiziksel ya da zihinsel engelli doğması hali ile karşılaştırılabilir. Dilşad Keskin, “Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa.1-2, 2013, s. 743-774, s. 749. Ceninin, anne ve hekim arasındaki hekimlik sözleşmesinin koruma sahasına dahil olduğu yönünde Gehrlein, **Grundwissen Arzthaftungsrecht**, s. 60.

doğum öncesi dönemde tespit edilememiştir. Bu kapsamda özellikle çocuğun tazminat istemi, kendi istenmeyen yaşamına dayanması dolayısıyla oldukça tartışmalıdır.

Fransız Hukukunda bu alanda kanunlaşma hareketine de öncülük eden vaka<sup>77</sup> konumuz açısından da oldukça önemlidir. *Perruche davası* olarak bilinen bu olayda; Perruche ailesine mensup dört yaşındaki kız çocuğunda kızamıkçık hastalığı tespit edilmiştir<sup>78</sup>. Benzer belirtilerin anne- Josette Perruche’de de bulunması nedeni ile bazı tetkikler önerilmiştir. Bu esnada gebe olan Anne-Josette Perruche bu tetkikler esnasında kendisinde kızamıkçık hastalığının bulunması ve çocuğunun sağlıksız olması halinde gebeliğe son verilmesini talep ettiğini hekime söylemiştir. Anne-Josette Perruche’ye, ilki 12 Mayıs 1982 ikincisi 27 Mayıs 1982 tarihinde olmak üzere iki kere kızamıkçık testi uygulanmıştır. İlk test negatif, ikinci test ise pozitif sonuç vermiştir. Yeniden incelenen ilk test verileri de bu defa pozitif çıkmıştır. Kızamıkçık testlerinin her ikisinin de pozitif çıkması esasen annenin hastalığı daha evvel geçirmiş olması nedeni ile hastalık belirtilerini taşıdığını göstermektedir. Bu durumda anne karnındaki cenin açısından tıbbi bir sakınca yoktur. Testlerden ilki negatif ikincisi pozitif çıktığında ise daha evvel kızamıkçık hastalığı geçirmeyen kişinin hastalığa yeni yakalandığı anlaşılmaktadır. İşte bu ihtimalde anne karnındaki ceninin bu hastalıktan etkilenmesi ve büyük bir ihtimalle sağlıksız çocuğun dünyaya geleceği düşünülmektedir. Perruche davasına konu olayda ise ilk test sonucu önce negatif ardından yeniden incelendiğinde pozitif çıkmıştır. Bu tutarsız sonuca rağmen hekim, doğum yapılmasında tıbbi bir sakınca bulunmadığı kararını vermiştir. 14 Ocak 1983 tarihinde dünyaya gelen Nicolas Perruche isimli küçükte, nörolojik birçok rahatsızlık, her iki kulağında tamamen işitme kaybı bir gözünde tamamen görme kaybı ve kalp rahatsızlığı tespit edilmiştir. Josette Perruche ve eşi; doğum öncesi teşhis hatası nedeni ile uğradıkları maddi ve manevi zarar ile oğulları Nicolas Perruche’nin sağlıksız olarak dünyaya gelmiş olması nedeni ile oğulları adına

---

<sup>77</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Cem Özcan, “Perruche Davası ve Doğum Öncesi Teşhis Hatası Nedeniyle Tazminat”, *TAAD*, S.21, 2015, s. 105-122; Aydın, **Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Kazanılması**, s.80-82; Brigitte Feuillet, “The Perruche Case and French Medical Liability”, (Çevrimiçi), pdfsemanticsscholar.org., s. 139-148, s. 140.

<sup>78</sup> Özcan, **Perruche Davası**, s. 107; Feuillet, **French Medical Liability**, s. 140.

uğradığı zararın tahsilini talep etmiştir. Dava, doğum öncesi teşhis hatası yapan hekime, testleri gerçekleştiren laboratuvara ve sigorta şirketlerine yöneltilmiştir.

İlk derece mahkemesi, kızamıkçık hastalığının tespit edilememiş olması nedeni ile hem anne ve baba hem de küçük- Nicolas Perruche lehine tazminat ödenmesine karar vermiştir. Paris İstinaf Mahkemesi ise kararın anne ve baba lehine verilen tazminat kısmını kısmen onamış, küçük Nicolas Perruche lehine hükmedilen tazminatı ise zarar ile hekimin hatası arasında illiyet bağı bulunmadığı gerekçesi ile bozmuştur. Josette Perruche ve eşi, Paris İstinaf Mahkemesi kararını temyiz etmiş ve dava Fransız Yargıtay'ının önüne gelmiştir. Yargıtay; anne ve babanın, çocuklarının sağlıklı olarak dünyaya geleceğini bilselerdi rahmin tahliyesi yoluna başvuracaklarını hekime bildirdiklerini tespit ettikten sonra küçük Nicolas'ın uğradığı zararın hekim hatasından ileri geldiğine yönelik karar vermiştir. Usul hukuku gereği başka bir İstinaf Mahkemesi önüne gelen dosyada Orleans İstinaf Mahkemesi, illiyet bağı yokluğundan küçük lehine tazminat talebinin reddi gerektiğine karar vermiştir. Bu kararın temyizi üzerine dava son olarak 17 Kasım 2000 tarihinde Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir. Kurul; hekimin ve testleri gerçekleştiren laboratuvarın, anne Josette Perruche'nin gebeliği sonlandırma imkanını elden aldıkları ve bunun çocuğun doğumuna neden olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Bu kapsamda, anne ve babanın uğradığı zararın yanı sıra çocuğun uğradığı zararın da tazmin edilmesi gerektiği kararı verilmiştir. Anne ve babanın, çocuklarının sağlıklı doğması nedeni ile uğradıkları zararın giderimi hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Tartışma, çocuğun uğradığı iddia edilen zararın tazminine ilişkindir.

Ahlaki tartışmalar bir yana bırakılırsa çocuğa yönelik verilen karar sorumluluk hukuku açısından iki temel kavramın eksikliği üzerinden eleştirilmiştir. Bunlardan ilki karara konu olayda uygun illiyet bağının bulunmadığıdır. Çocuğun annede mevcut olan kızamıkçık hastalığından olumsuz etkilenerek sağlıklı doğmasında hekimin kusuru etkili olmamıştır. Hekimin özen yükümlülüğüne aykırı teşhisi ile çocuğun sağlıklı olması arasında illiyet bağı mevcut değildir. Keza hekim doğru teşhiste bulursa dahi çocuğun sağlıklı olması kaçınılmazdır. Halbuki anne ve babanın uğradığı zarar ile hekimin kusuru arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır.

Keza hekimin hatalı teşhisteki kusuru olmasaydı rahmin tahliyesi yönünde karar verecek olan anne ve babanın mevcut durumda çocuğun sağlıksız olması nedeni ile uğradığı zarar oluşmayacaktı. Bu kapsamda anne ve babanın uğradığı zararın tazmini mümkünken çocuğun talebinin uygun illiyet bağı yokluğu nedeni ile reddi gerekmektedir<sup>79</sup>.

Karara yönelik eleştirilerin diğer bölümü ise olayda küçük-Nicolas Perruche'nin dünyaya engelli olarak gelmesinin bir zarar olarak değerlendirilemeyeceği noktasındadır. Diğer bir ifade ile olayda diğer tüm koşullar gerçekleşmiş kabul edilse dahi zarar koşulu oluşmamıştır. Keza zarar; zarara yol açan olay evvelinde kişinin malvarlığı ve kişilik varlığındaki değerler ile bu değerlerin olay akabindeki hali arasındaki farktır. Burada hekimin teşhis hatasındaki kusuru çocuğa yapılan tecavüz olarak kabul edildiğinde çocuğun bu tecavüzdten önceki ve sonraki hali arasındaki farktan söz etmek mümkün değildir. Zira bu fark; çocuğun dünyaya gelmesi ile ilgili olup çocuğun doğması bir zarar olarak değerlendirilemez<sup>80</sup>.

Karara yönelik bu eleştirilerden hareketle Fransa'da 4 Mart 2002 tarihinde kanunlaştırma hareketi olmuştur. Kimsenin, doğmuş olması nedeni ile doğumdan kaynaklanan bir zararın tazminini isteyemeyeceğine ilişkin düzenleme Fransa iç hukukuna dahil edilmiştir. Bu kapsamda sağlıksız doğan çocuğun, teşhis hatası nedeni ile hekimden tazminat talep edemeyeceği yasal zemine oturtulmuştur. Çocuk; ancak kendisindeki hastalığa hekimin kusurunun neden olması ya da durumunu ağırlaştırması veya azalması için gerekli önlemlerin alınmaması halinde talepte bulunabilecektir. Kamuoyunda Anti-Perruche Kanunu olarak bilinen bu düzenleme, anne ve babanın tazminat hakkını da belirli şartlar ile sınırlandırmıştır. Buna göre sorumluluğun ilk şartı, hekimin doğum öncesi teşhiste ağır kusurlu olmasıdır. Ağır kusuru ile doğum öncesinde gerekli özeni gösterseydi tespit edebileceği bir anomaliyi tespit edemeyen hekiminse anne ve babanın manevi zararını gidermesi söz konusu olacaktır. Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere hekim, anne ve babanın çocuğa

---

<sup>79</sup> Özcan, **Perruche Davası**, s. 111-112 ve adı geçen yazarlar; Feuillet, **French Medical Liability**, s.141-142.

<sup>80</sup> Özcan, **Perruche Davası**, s. 113-114 ve adı geçen yazarlar.

ilişkin bakım masraflarını da kapsayan maddi zararından değil ancak manevi zararından sorumludur. Anne ve babanın maddi zararı ise devlet tarafından sosyal yardımlar yolu ile karşılanmalıdır<sup>81</sup>.

Türk Hukukunda ise bu konu ilk defa 12.12.2002 tarihinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir<sup>82</sup>. Karara konu olayda gebe kadın, bir özel hastane işletmecisi ile doğum öncesi kontrol ve gebelik takibi hususunda sözleşme akdetmiştir. Sağlık hizmeti özel hastane işletmecisine bağlı hekimler tarafından yürütülmüş ve bu süreçte sağlıklı bir çocuk dünyaya getireceği söylenmiştir. Ne var ki çocukta anüs ve erkeklik organı yokluğu gibi birçok anomali ile doğmuştur. Anne, riskli gebelik geçirdiğine dair mevcut belirtileri özenle değerlendirmeyen hekimin teşhis hatası yaptığını ve çocuklarının engelli olarak doğumuna neden olduğunu iddia ederek kendisi ve kocası ile çocuğu için ayrı ayrı maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Annedeki AFP hormonu değerinin sınırdan gösterilmesine rağmen hekimlerin hassasiyet göstermediği oysa bu değer yüksekliği ile cenindeki anomalinin fark edilebileceği bilirkişiler vasıtası ile tespit edilmiştir<sup>83</sup>. Zararın öğrenildiği tarih ve zamanaşımına ilişkin tartışmalar hariç tutulduğunda Hukuk Genel Kurul kararından hem anne ve baba hem de çocuk lehine maddi ve manevi tazminata hükmedilmesinin hukuka uygun olduğu sonucu çıkarılmaktadır. Aşağıda anne ve baba ile çocuğun hekime yöneltecekleri tazminat talebi ayrı ayrı incelenmiştir.

### 1. Anne ve Babanın Tazminat Talebi

Yargıtay kararlarından görüleceği üzere anne ve baba, çocuklarının sağlıklı olarak dünyaya geleceği hususunda yanlış bilgilendirildiği ve doğru tespit edilmiş

---

<sup>81</sup> Özcan, **Perruche Davası**, s. 115; Feuillet, **French Medical Liability**, s. 146. Anti-Perruche Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte devam etmekte olan davalara da uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak bu durumun insan haklarına aykırı olduğu iddiası ile konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelmiştir. AİHM, Perruche kararı ile benzer doğrultuda olan diğer vakalardaki ilgililerin alacak hakkı kazandığı ve Kanun'un yürürlük tarihinden evvel açılmış davalarda uygulanmasının insan haklarına aykırı olduğu kararını vermiştir. Özcan, **Perruche Davası**, s. 116.

<sup>82</sup> Y.HGK, T. 11.12.2002 E.2002/13-1011 K. 2002/1047 (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 24 Mayıs 2018. Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 40; Tülay Aydın, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi", **İÜHFİM**, C.LXIV, Sa.2, 2006, s. 327-342.

<sup>83</sup> Aydın, **Karar İncelemesi**, s. 335.

olsaydı sağlıklı bir çocuk dünyaya getirmek istemedikleri iddiası ile hekim aleyhinde tazminat talebinde bulunabilmektedir. Bu talep, anne ve babanın, çocuğa ilişkin bakım masrafları gibi maddi zararları ile yaşadıkları ızdırıp nedeni ile meydana gelen manevi zararlarının giderimine ilişkin olmaktadır. Kanaatimizce Yargıtay kararlarının aksine anne ve baba ile çocuğun taleplerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 327/f.I fıkrası uyarınca çocuğun eğitimi, bakımı ve korunması için gerekli olan giderler anne ve baba tarafından karşılanır<sup>84</sup>. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşü, hekimin kusuru ile anne ve babanın nezdinde doğan bakım masrafları arasında uygun illiyet bağının bulunduğu görüşünden hareketle anne ve babanın bakım masraflarına ilişkin talebinin kabul edilebilir olduğu kanaatindedir<sup>85</sup>. Keza anne ve babanın aile planlamasına yönelik takdir yetkisi vardır; ancak bu yetki, hekimin kusuru ile neden olduğu hatalı teşhis nedeni ile ellerinden alınmıştır. Hekim teşhis yükümlülüğünü özenle ifa etmiş olsaydı anne karnındaki çocuktaki anomali ya da fetal rahatsızlık tespit edebilecek, sağlıklı çocuk dünyaya getirmek istemeyen anne ve baba da bu tespit akabinde rahmin tahliyesine yönelik karar verebilecekti. Şu halde sorumluluğun tüm şartlarının mevcut olduğu bu durumda bakım masraflarının tazmininden hekimi muaf tutmak için geçerli bir neden yoktur. Ancak belirtmek gerekir ki, bakım masraflarının bir zarar teşkil etmediği yönünde görüşler de mevcuttur<sup>86</sup>. Bu görüşler, çocuğun varlığının zarar teşkil etmediği ve bakım masraflarının da çocuğun varlığı ile bir bütün niteliğinde olduğu, çocuğun varlığından ayrıca değerlendirmeye

---

<sup>84</sup> TMK md. 327 hükmü uyarınca çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması, velayetten bağımsız olarak soybağının kurulmuş olmasına bağlanan bir sonuçtur.

<sup>85</sup> Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 60 ve dn.26'da belirtili yazarlar. Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu 4.3.2013 tarihli kararının ilgili kısmı şöyledir: "(..)Davalıların kusuru çocukta var olan fiziksel sakatlığın ortaya çıkmasında ve oluşmasında olmayıp kürtaj imkanın olması halinde özen borcuna aykırı davranışları nedeniyle davacı anne ve babanın kürtaj hakkının elinden alınıp alınmamasına ilişkindir. Bu durumda, davacı küçüğün var olan fiziksel sorunlarının 2857 sayılı yasanın 5. maddesinde yer bulan tahliye koşullarına uygun olup olmadığı hususunda rapor alınması gerekir. Hamileliğin süresi ve küçükteki var olan fiziksel noksanlığın 2857 sayılı yasanın 5. maddesi uyarınca gebeliğin sonlanmasına olanak verdiğinin tespiti halinde, davacı küçük çocuğun kürtaj yoluyla tahliye edilmesine kusurları ile engel olan davalıların bu eylemleri ile kürtaj olunmaması arasında uygun illiyet bağı bulunduğundan davalıların talebinin değerlendirilerek sonuca ulaşılması, tahliyenin mümkün olmadığından tespiti halinde ise mevcut sakatlık ile davalıların eylemi arasında illiyet bağı olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekir(...)"Yarg. 13. HD. T. 4.3.2013 E. 2012/7843 K. 2013/5023 (Çevrimiçi), Lexpera, 10 Nisan 2019.

<sup>86</sup> Bkz. Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 61 ve dn.29'da belirtili yazarlar.

tutulamayacağı noktasında toplanmaktadır. Biz de çocuğun doğmuş olmasının zarar teşkil etmediği noktasındaki görüşe katılmaktayız. Bu nedenle çocuğun hekime karşı hatalı teşhis iddiası ile tazminat talebinin dinlenebilir olmadığı kanaatindeyiz. Ne var ki bakım masraflarının çocuğun varlığından ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulabileceğini düşünmekteyiz. Burada TMK md. 327/f.I hükmü uyarınca anne ve babanın bakım masraflarını giderme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün ifasının anne ve babanın aile planlamasına dair takdir hakkı ile ilişkisi önemlidir. Bakım masraflarını giderme yükümlülüğü, çocuğun sağ ve tam doğumu ile ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda çocuğun doğumu ile bakım masrafları arasında bir sebep sonuç ilişkinin bulunduğu söylenebilir de sorumluluk hukuku bu ilişkinin ekonomik boyutunu ele almaktadır<sup>87</sup>.

Anne ve babanın aile planlamasına ilişkin hakkı, onların çocuk sahibi olma, olmama veya çocuk sahibi olacağı zamanı belirleme gibi alanlarda karar verme özgürlüğünü işaret etmektedir<sup>88</sup>. Bu özgürlük bünyesinde üreme faaliyetlerine ilişkin tıbbi müdahale yöntemlerini seçme imkanını barındırmaktadır. Bu kapsamda çiftler, embriyonun dondurulması, suni dölleme gibi çocuk sahibi olmaya yönelik müdahalelere rıza verebileceği gibi sterilizasyon veya rahim tahliyesi gibi önleyici müdahalelere de rıza verebilmektedir. Tüm bu kararlar, annenin veya anne evli ise anne ve babanın aile planlamasına yönelik takdir yetkisinden ileri gelmektedir. Bu yetkinin aynı zamanda kişilik hakkının somut, münferit görünüşlerinden biri olduğu kanaati mevcuttur<sup>89</sup>. Bu kapsamda annenin veya anne evli ise anne ve babanın aile

---

<sup>87</sup> Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 86.

<sup>88</sup> Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 108 ve adı geçen yazarlar.

<sup>89</sup> Kişilik hakları konusunda sınırlı sayı prensibinin geçerli olmadığı keza kişiyi kişi yapan değerlerin teker teker sayılmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 174. Kişilik haklarının içeriğine dahil değerlerin tespitinin hakime bırakıldığı yönünde Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 101. Çocuk sahibi olma, olmama ya da ne zaman çocuk sahibi olacağına karar verme hakkı kişisel niteliği ağır basan bir karardır. Aile planlamasının, Anayasa ile teminat altına alınmış maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkını etkileyen bir karar olması nedeni ile devlete aile planlamasının uygulanması yönünde gerekli önlemleri alma ödevi yüklenmiştir. Bu minvalde Nüfus Planlaması Hakkında Kanun md. 5 hükmü uyarınca belirli hallerde rahim tahliyesi imkanı tanınması bireylere doğumu kontrol etme fırsatı vermektedir. Yine kişilerin aile planlamasına yönelik kararlarını verebilmek amacı ile başvurdukları modern tıp araçları, bu kararlara üçüncü kişilerin dahil olması sonucunu doğurmaktadır. Diğer bir ifade ile gelişen teknolojiye anne ve babanın aile planlamasına yönelik vereceği karar, kendileri dışındaki üçüncü kişilerin davranışları ile sekteye uğrama ihtimali altındadır. Hastanın vücut ve ruh bütünlüğü gibi kişilik haklarına saygı duymakla yükümlü olan hekim, hastanın özel yaşam sahası içerisinde kabul edilen aile planlama hak ve özgürlüğüne de saygı duymakla yükümlüdür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 116.

planlamasına yönelik haklarının ihlali anlamına gelen doğum öncesi yanlış teşhis durumunda hem anne hem de baba ayrı ayrı bakım masrafına yönelik zararının giderilmesini talep edebilecektir. Ancak baba; anne ile hekim arasındaki hekimlik sözleşmesinin tarafı değildir. Bu kapsamda babanın tazminat talebinin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı çerçevesinde değerlendirilmesi uygun olacaktır<sup>90</sup>. Zira sözleşmeye taraf olmayan baba, hekimin edimine bağlı tehlikelerden sözleşmenin tarafı anne kadar etkilenmektedir. Yine TMK md. 327/f.I hükmü uyarınca bakım masraflarına ilişkin yükümlülük anne ve babanın her ikisine aittir. Bu kapsamda sözleşme tarafı olmayan babanın, hekim ile anne arasındaki sözleşmenin koruma sahasına dahil edilmesinde menfaati bulunmaktadır<sup>91</sup>.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus, anne ve babanın talep edeceği maddi tazminatın kapsamıdır.

Maddi tazminatın kapsamına öncelikle çocuğun bakım masrafları girmektedir. Burada tazmine konu bakım masraflarının kapsamına sağlıksız dünyaya gelmiş olması hasebi ile bu rahatsızlığına bağlı ilave masrafların değil çocuğun tüm

---

<sup>90</sup> Bu yönde Yusuf Büyükkay, **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 114.

<sup>91</sup> Üçüncü kişinin, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin koruma sahasına dahil edilebilmesi, belirli koşulların varlığını gerektirmektedir. Aksi halde sözleşmeye yabancı belirsiz ve çok sayıda üçüncü kişinin, borçluya yönelik talep ileri sürmesi beklenebilecektir. Bu kapsamda aranan ilk şart, üçüncü kişinin edime yakın olmasıdır. Bununla kast edilen borçlunun edimine bağlı tehlikenin en az alacaklı kadar üçüncü kişi açısından da yakinen hissedilmesidir. İkinci şart, edim alacaklısının, üçüncü kişinin sözleşmenin koruma sahasına dahil edilmesinde ilgisinin mevcudiyetidir. Alacaklının kendilerine karşı koruma ve bakım yükümlülüğü altında olduğu kişilerin aranan bu şartı yerine getirdiği kabul edilmelidir. Üçüncü şart, belirtilen ilk iki şartın borçlu tarafından bilinebilir olmasıdır. Nihayet aranan son şart üçüncü kişinin, alacaklı dahil herhangi bir kişiye sözleşme sorumluluğuna dayalı aynı içerikte talep hakkına sahip olmamasıdır. Aksi halde üçüncü kişinin, korunmaya ihtiyaç duymadığından söz edilebilir. (Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.22-23). Anne ile hekim arasındaki sözleşmeye taraf olmayan babanın bu anlamda üçüncü kişi olarak kabulü için gerekli şartların mevcut olduğu kanaatindeyiz. Baba, edime yakın olup korunmasında annenin ilgisi mevcuttur. Zira TMK md. 327 hükmü uyarınca çocuğun bakım ve eğitim giderlerinden baba ile anne müteselsilen sorumludur. Babanın edime bağlı tehlike alanı içerisinde olduğu ve annenin ilgi alanına dahil olduğu hekim tarafından bilinebilir bir durumdur. Babanın anne, hekim ya da herhangi bir kişiye aynı içerikte sözleşmesel talepte bulunma imkanının mevcut olmadığı durumlarda sözleşmenin koruma sahasına dahil edilmesi uygun olacaktır. Babanın tazminat talebinin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı çerçevesinde değerlendirilmesi aynı zamanda baba lehinedir. Keza belirli şartları taşıması hasebi ile sözleşmenin koruma sahasına dahil olan babanın talebi, haksız fiil hükümlerine göre daha elverişli olan sözleşme zeminine oturmaktadır. Burada sözleşmesel sorumluluk yerine haksız fiil sorumluluğuna dayanıldığında ise babanın tazminat talebi bizzatli kişilik hakkı olarak kabul edilen aile planlaması hakkının ihlaline dayanacaktır. Bu kapsamda baba, aile planlamasına yönelik kişilik hakkının ihlal edilmiş olması nedeni ile hekim aleyhine TBK md. 49 hükmü uyarınca maddi zararının tazminini talep edebilecektir.



bakım masraflarının girdiği kanaatindeyiz<sup>92</sup>. Keza hekim, doğum öncesi teşhise yönelik edim yükümlülüğünü özenle yerine getirmiş olsaydı, anne karnındaki çocuğun sağlıklı olduğunu öğrenen aile gebeliği sonlandıracaktı. Burada anne ve babanın, hekimin doğum öncesi hatalı teşhisi nedeni ile malvarlığı değerleri arasındaki fark çocuğun toplam bakım masraflarından oluşmaktadır<sup>93</sup>. Bakım masrafları içerisinde çocuğun eğitim, sağlık (tedavi giderleri, bakıcı masrafları<sup>94</sup>) sosyal ve kültürel ihtiyaçları için yapılacak masraflar girmektedir<sup>95</sup>. Burada, istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuklardan farklı olarak bakım masraflarının çocuk ergin olduğunda sona ermeyeceği ve çalışma gücüne sahip olana dek doğacak olan bakım masraflarının hesaplanması gerektiği kanaati mevcuttur<sup>96</sup>.

Anne ve baba, hekimin hatalı teşhisi nedeni ile hekim aleyhine manevi tazminat talebinde de bulunabilir. Burada da maddi tazminat talebinde olduğu gibi, tazminata dayanak olan husus çocuğun varlığı değil, anne ve babanın aile planlamasına yönelik hakkının ellerinden alınmış olmasıdır.

## 2. Çocuğun Tazminat Talebi

Yukarıda ifade edildiği üzere Perruche davasına konu olayda küçük Nicolas-Perruche adına annesi, hekimden, laboratuvar ve sigorta şirketinden maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur<sup>97</sup>. Karar, çocuğun tazminat talebinin hukuka

---

<sup>92</sup> Bu görüşte Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 142. Aksi görüşte Erdem Büyüksağış, “Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellemek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi?” **e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Sa. 48, Şubat 2006, <http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=Ebeveynleri%20taraf%FDndan%20d%FCnyaya%20gelmesi%20arzu%20edilmemi%FE%20%e7ocu%F0un%20do%F0umunu%20engellemek%20hekimin%20sorumlulu%F0un%20gerektirir%20mi%20?&kimlik=825382108&url=makaleler/ebuyuksagis-1.htm> (Çevrimiçi), 18 Eylül 2019. Parg. 45. Yazar, barınma ve konaklama gibi genel masrafların değil, çocuğun sağlıklı olarak dünyaya gelmesi nedeni ile meydana gelen tedavi giderleri, özel eğitim, bakıcı gideri ve çocuğun bakımı ile ilgilenmeleri nedeni ile yoksun kalan gelirin talep edilebileceğini belirtmektedir.

<sup>93</sup> Anne ve babanın, çocuklarının sağlıklı olduklarını düşündükleri bu kapsamda sağlıklı çocuğun bakım masraflarını karşılamaya hazır oldukları gerekçesi ile sadece anomali ya da fetal hastalıklara bağlı ilave bakım masraflarının talep edilmesi gerektiği hk. bkz. Büyüksağış, **Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuk**, Parg.45; Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 142 dn. 12’de belirtili yazarlar.

<sup>94</sup> Bakıcı masraflarının da bakım masrafları arasında girmesi nedeni ile hekimden ayrıca kazanç kaybına bağlı zararın talep edilemeyeceği yönünde Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 148.

<sup>95</sup> Çocuk için devletten alınan para, vergi indirimleri gibi menfaatlerin zarardan mahsup edilmesi gerektiği yönünde Büyükkay, **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk**, s. 135.

<sup>96</sup> Büyükkay, **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk**, s. 133; Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 147.

<sup>97</sup> Özcan, **Perruche Davası**, s. 107 vd.

uygun olduğu yönünde kesinleşmiştir. Bir dizi ahlaki, etik ve hukuki tartışmalar akabinde Fransa’da anti Perruche olarak bilinen kanuni düzenleme ile kimsenin, doğmuş olmasını zarar kabul ederek hak iddia edemeyeceği ilkesi yasal zemine kavuşmuştur.

Perruche davasının kesinleşen mahkeme sürecinde olduğu gibi Türk Hukukunda Yargıtay kararları incelendiğinde de çocuğun hekim aleyhine tazminat taleplerinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Burada anne ve babanın tazminat talebinden farklı olarak çocukta doğduğu iddia edilen zarar ile hekimin kusurlu davranışı arasında illiyet bağının yokluğu söz konusudur<sup>98</sup>. Keza çocuğun sağlıksız olmasına hekimin hatalı teşhisi neden olmamıştır. Hekimin doğum öncesi teşhisi doğru olmuş olsaydı dahi çocuğun sağlıksız olması kaçınılmazdır. Bu nedenle çocuk tazminat talebine dayanak olarak mevcut duruma hekimin davranışının neden olduğunu ileri sürmemektedir. Çocuğun tazminat talebi, sağlıksız olarak doğmuş olması nedeni ile ızdırap veren varlığına dayanmaktadır<sup>99</sup>. Zira hekimin teşhise yönelen edim yükümlülüğünü özenle yerine getirmesi halinde çocuk doğmayacak ve bu ızdıraplı yaşama sahip olmayacaktı. Şu halde, burada çocuğun hekime yönelik tazminat talebi, anne veya babasının ileri sürdüğü gibi fazla masrafa gereksinim duymaktan ziyade kendi yaşamına dayanmaktadır<sup>100</sup>. Talebin kabul olabilmesi için çocuğun hiç var olmama, dünyaya gelmemeye yönelik bir kişilik hakkının mevcut olması gereklidir<sup>101</sup>. Bu hak ise sağlıksız doğan çocuğun yaşama hakkının sağlıklı doğan çocuğa nazaran daha değersiz olduğu sonucunu işaret edeceğinden insan onuruna aykırıdır<sup>102</sup>. Çocuğun hiç var olmamaya yönelik kişilik hakkından söz edilemeyeceğinden onun, anne ile hekim arasındaki sözleşmenin koruma sahasından faydalanması da mümkün

---

<sup>98</sup> İlliyet bağının kurulması için, hekim tarafından anomali teşhis edilebilseydi cenindeki anomalinin giderilebiliyor olması gerekmektedir. Bu yönde Keskin, **Doğum Öncesi**, s. 751. Aynı zamanda gebeliği sonlandırmanın hukuka aykırı olmaması da gerekmektedir. On haftayı aşan gebeliklerde Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Yönetmelik’e ekli (2) sayılı listede yer almayan hastalıklar açısından gebeliğe son verilmesi hukuka uygun olmayacaktır.

<sup>99</sup> Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s.155.

<sup>100</sup> Serozan, **Kişiliğin Korunması**, s. 319.

<sup>101</sup> Büyükay, **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk**, s. 115 ve dn. 511.

<sup>102</sup> Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 156. Ayrıca bkz. Metin, **Biyo-Tıp Etiği**, s. 137-159.

olmayacaktır<sup>103</sup>. Çocuğun, hekime yönelik haksız fiilden kaynaklı talepte bulunması da mümkün görünmemektedir<sup>104</sup>. Keza daha evvel ifade edildiği üzere çocukta anomaliye hekimin kusurlu davranışı neden olmadığından çocuğun vücut bütünlüğünün ihlali söz konusu değildir<sup>105</sup>.

### C. İSTENMEDEN DÜNYAYA GELEN SAĞLIKLI ÇOCUK

İstenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuk durumlarına genel olarak daha evvel yapılmış hatalı sterilizasyon (kısırlaştırma) işlemi yol açmaktadır. On haftalık yasal süre içerisinde rahim tahliyesi talebine rağmen müdahalenin başarısızlıkla sonuçlanması ve sağlıklı bir çocuk meydana gelmesi ihtimalinde de durum böyleyse de kararlar incelendiğinde bu durumla sıklıkla karşılaşılması görülmektedir.

Nüfus Hizmetleri Kanunu md. 4/f.I’de sterilizasyon; bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale olarak tanımlanmıştır. Sterilizasyon işlemi gerçekleştiren kişinin çocuk yapma kabiliyeti bertaraf edileceğinden benzer bir kavram olan kastrasyon

---

<sup>103</sup> Aksi görüşte Aydın, **Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Kazanılması**, s. 112; Aydın, **Karar İncelemesi**, s. 338. Çocuğun, anne ve hekim arasında akdedilen ve konusu doğum öncesi tanı işlemlerini kapsayan sözleşmenin koruma sahasına dahil olduğu yönündeki görüşler için bkz. Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s.156. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun uyarınca onuncu haftayı aşmayan gebeliklerin istek üzerine sonlandırılabilmesi ve bu süreyi aşan hallerde mevcut kimi hastalıklarda yine istek üzerinde rahim tahliyesine izin verilmesi karşısında öncelikle gebe kadının vücut bütünlüğünün korunduğundan söz edilebilir. Elbette, ceninin, daha evvel doğru teşhis yapılsaydı bu teşhise uygun tedavi ile sağlığına kavuşacağı iddiası ile hekim aleyhine tazminat talebinde bulunulması mümkündür. Ancak tartışma, down sendromu ya da iskelet displazisi gibi rahim tahliyesinin yasal endikasyonu mevcut olmasına rağmen bu yönde takdir yetkisinin kullanılamaması nedeni ile doğan ve tespit edilseydi dahi tedavi edilemeyecek ceninin doğmuş olması nedeni ile yöneltilen tazminat talebine ilişkindir.

<sup>104</sup> Aksi görüşte Aydın, **Karar İncelemesi**, s. 339. Yazar, 2002 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararının incelemesinde hekimin özen borcuna aykırı davranışının çocuğun sağlıksız doğumuna neden olduğunu belirtmektedir. Halbuki cenin anne karnındayken anomaliye sahiptir; ancak bu duruma hekimin davranışı neden olmamıştır. Hekim özen yükümlülüğüne uygun davranarak AFP hormonundaki anomaliyi tespit etmiş olsaydı ceninin tahliyesi söz konusu olacaktı. Hekimin haksız fiil sorumluluğunun mevcut olabilmesi için cenindeki anomaliye hekimin hukuka aykırı davranışının neden olması gerekmektedir. Hekimin sorumluluğunun haksız fiile dayandığı yönünde İnal, **Cerrahi Uygulama**, s. 767; Büyüksağış, **Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuk**, Parg. 16. ve Parg. 5’te atıf yapılan eserler; Aydın, **Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Kazanılması**, s.101.

<sup>105</sup> Gebelik takibinde hekim çoğunlukla sadece ceninini izlemekte ve bu esnada fark ettiği olumsuz durumlar hakkında ebeveynleri bilgilendirmektedir. Cenine yönelik tıbbi müdahale çoğunlukla mevcut olmayıp müdahalelerin yöneldiği kişi annedir. Bu kapsamda cenine yöneltilen hukuka aykırı fiilden söz edilemeyecektir. Aksi görüşte Büyüksağış ise çocuğun, doğumu engellememiş olan hekime haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat talebinde bulunabileceğini belirtmektedir. Ancak hekimin haksız fiilden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun, çocuğun uğradığı zararın ağır olması şartına bağlanması mümkündür. 2002 tarihli HGK’nın yol göstermesi ile çalışma gücünün %100 kaybedilmiş olması hali ağır zararın tipik bir örneğidir. Büyüksağış, **Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuk**, Parg.15-Parg.18.

(hadımlaştırma) ile karıştırılmaya müsaittir. Ancak kastrasyondan farklı olarak sterilizasyon işleminde, işlemi gerçekleştiren tarafın cinsel yeteneği ve arzusu varlığını korumaktadır<sup>106</sup>. Erkeklerde vasktomide kadınlarda ise tüpligasyon olarak adlandırılan ve kadın ile erkeğin tüplerinin bağlanması yöntemi ile gerçekleştirilen sterilizasyon işleminde başarı oranı çok yüksektir<sup>107</sup>. Ancak tıp biliminin doğası gereği bu işlemin de başarı ihtimali mutlak olmayıp istatistiki olarak nadir olsa da işleme rağmen gebelik durumu ile karşılaşılabilir. Bu nedenle sterilizasyon işleminden sonra ve bu işleme rağmen meydana gelen gebelikte hekimin kusurlu olduğu hemen söylenemez. Böyle bir durumda gebelik; hekimin tıbbi müdahale hatasından ya da koruma aydınlatması yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden ileri gelebileceği gibi hekim tüm özeni göstermiş olmasına rağmen meydana gelen bir komplikasyondan da kaynaklanabilir.

Örneğin, hekimin, vasktomide işlemi esnasında sperm kanalını kestikten sonra kanal uçlarını düzgün bağlayamaması örneğinde bir tıbbi müdahale hatası mevcuttur<sup>108</sup>. Cerrahi müdahale başarılı geçmesine rağmen hekim, operasyonu takiben ilk üç ay içerisinde diğer koruma yöntemlerinin kullanılması gerektiği yönündeki koruma aydınlatması yükümlülüğünü de yerine getirmemiş olabilecektir<sup>109</sup>. Bu durumda koruma aydınlatmasındaki eksiklik kendini hekimin asli ediminin özensiz ifasında göstermektedir. Burada, hekimin sözleşmeden doğan asli edimini gereği gibi ifa etmediği değerlendirilmelidir. Tüm bu belirtilenler haricinde cerrahi müdahalenin başarıyla geçmiş olmasına ve koruma aydınlatmasının özenle ifasına rağmen dahi gebelik gerçekleşebilmektedir<sup>110</sup>. Nadir gerçekleşen komplikasyonlardan birini teşkil eden bu duruma sperm kanalının müdahaleden birkaç yıl sonra tekrar oluşması neden olabilmektedir<sup>111</sup>. İşte bu gibi komplikasyon

---

<sup>106</sup> Kern, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztes**, § 38, Nr. 29. Büyükay, **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk**, s. 17-18.

<sup>107</sup> Erhan Temel, “Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010**, Ankara Barosu, 2011, s. 62-85. s. 62.

<sup>108</sup> Temel, **Sterilizasyon**, s. 77.

<sup>109</sup> Yarg. 13. HD. T. 25.01.2016 E. 2014/47020 K. 2016/1395, (Çevrimiçi), Lexpera, 20 Eylül 2019.

<sup>110</sup> Hastanın müdahaleye rağmen gebe kalabileceğine yönelik aydınlatmadaki eksiklik, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali niteliğindedir. Zira hastanın, bu komplikasyonu bilseydi, sterilizasyon işleminden vazgeçeceği düşünülebilir. Janda, **Medizinrecht**, s. 317. Karş. Gehrlein, **Grundwissen Arzthaftungsrecht**, s. 64.

<sup>111</sup> Temel, **Sterilizasyon**, s. 77.

harici ve hekimin hatalı tıbbi müdahalesi neticesinde gebelik yaşanan durumlarda doğan çocuğun bakım masraflarının zarar olarak istenip istenemeyeceği tartışılmalıdır.

Her şeyden önce istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuğun tazminat talebinde bulunamayacağını evveliyatla belirtmek gerekmektedir. Keza hekimin hatalı teşhiste bulunması ya da teşhiste bulunamaması nedeni ile doğan sağlıklı çocuğun tazminat talebini açıklarken ifade ettiğimiz üzere çocuğun varlığı bir zarar kalemi teşkil etmemektedir. Esasen böyle bir talebin ileri sürülmesiyle de karşılaşılacaktır. Keza bu ihtimalde çocuğun hekime karşı ileri sürebileceği bir ızdırıp ya da acı içerisinde olduğundan söz edilemeyecektir.

Anne ve babanın tazminat talebi ve tazminatın kapsamı ise ayrıca tartışılmalıdır.

Yargıtay kararları tarandığında, başarısız sterilizasyon işlemi sonrasında yaşanan gebelik ve bu gebeliğe bağlı zarar talebini konu alan bir adet karar tespit edilmiştir<sup>112</sup>. Karara konu olayda davacılar; anksiyete bozukluğu rahatsızlığı nedeniyle tekrar çocuk sahibi olmak istemediklerini, bu nedenle meni kanallarının bağlatıldığını; ancak davacı eşin gebe kaldığını ve gebeliğin hekimin hatalı müdahalesinden kaynaklandığını iddia ederek her bir eş için maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda meni kanallarının tam kapatılmaması nedeni ile davacının gebe kaldığı ifade edilmiştir<sup>113</sup>. Hatalı tıbbi müdahalenin tespit edilmesine rağmen davacıların maddi tazminat

---

<sup>112</sup> Bkz. Yarg. 13. HD. T. 25.01.2016 E. 2014/47020 K. 2016/1395, (Çevrimiçi), Lexpera, 20 Eylül 2019.

<sup>113</sup> Mahkemece alınan bilirkişi raporunun ilgili kısmı şöyledir: “(...) Mahkemece alınan bilirkişi raporlarında özetle; “hastanın spermijogram tetkik sonucundan mevcut olan canlı ve hareketli sperm sayılarının kendiliğinden gebelik için yeterli olduğu, vasktomisi sonrası üç kez yapılan kontrol spermijogramlarında devam eden sperm varlığının nedenini değerlendirmek ve kesin kanaat bildirebilmek için cerrahi eksplorasyon ve aynı seansta görüntüleme yöntemlerini de (vazografi) içeren ek işlemlere ihtiyaç bulunduğu, gerçekleştirilen ameliyatın olağan neticesi olarak dünya genelinde olguların % 0.04’ünde 1 yıl içinde kendiliğinden canlı sperm çıkabildiği, yine aynı oranda eşlerde gebelik görülebildiği, sperm çıkışının her olguda mutlak kesileceği garanti olmadığı için bilgilendirme ve takibinin yapılması gerektiği, yapılan tedavide hekim ve hastanenin ihmalinin olduğu ve ameliyatın yetersiz olduğu kanısına varıldığı, hastanın bilgilendirme konusu ve takiplerinin eksiklikler hakkında kesin kaniye varlamadığı” belirtilmiş, dosyadaki bilgi ve belgelerden özellikle vasktomisi operasyonu sonrasında dair 3 aylık dönemde korunma yöntemini kullanıp kullanmadığı ve davacı ...’in ameliyat edildiği tıp merkezine başvurarak kontrol spermijogram tetkiki ile vasktomisi ameliyatının başarısı teyit edilmemiştir.(...)” Yarg. 13. HD. T. 25.01.2016 E. 2014/47020 K. 2016/1395, (Çevrimiçi), Lexpera, 20 Eylül 2019.

talebinin reddi yönünde verilen yerel mahkeme kararı onanmıştır. Davacı eşin manevi tazminat talebinin kısmen kabulü yönünde verilen kararın ise bozularak makul miktarda manevi tazminata karar verilmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir.

Burada belirtmemiz gerekir ki, sterilizasyon amaçlı cerrahi müdahale uygulamasının sonucunda üreme yeteneği bertaraf edilmekteyse de bu işlemin farklı gerekçeleri bulunabilir. Çoğunlukla tekrar çocuk yapmak ve örtülü olarak çocuğun bakım masrafları yükünden muaf olma amaçlı yapılsa dahi, sterilizasyon işlemi sağlık nedenleri ile de yaptırılabilir. Örneğin kadının önceki doğumu veya geçirdiği diğer ameliyatlar nedeni ile tekrar hamile kalmasının kendisi açısından tıbben riskli olması halinde durum böyledir. Esasen böyle bir sağlık nedeni ile sterilizasyon yapılmış; ancak hekimin özen yükümlülüğüne aykırılığı neticesinde kadın gebe kalmışsa bakım masraflarının sözleşmenin koruma sahasına girmediği değerlendirilmelidir<sup>114</sup>. Keza burada gebe kalmama endikasyonu başta mevcut olsa dahi gebelik sorunsuz geçmiş ve sağlıklı bir çocuk doğmuştur. Bakım masraflarının tazmin talebinin kabul edilebilmesi, bu masrafların sözleşmenin koruma sahasına dahil olması halinde kabul edilebilir<sup>115</sup>. Ailenin aile planlaması yetkisi kapsamında yeni bir çocuğun bakım masraflarını üstlenmek istememesi nedeni ile sterilizasyon işleminin gerçekleştirildiği halde durum böyledir.

Bu görüşün yol göstermesi ile yukarıda aktarılan Yargıtay kararı incelendiğinde; davacının sterilizasyon işlemini yaptırmasına neden olan anksiyete bozukluğu rahatsızlığının neye ilişkin olduğunun saptanması gerektiği anlaşılmaktadır. Davacıların kaygı bozukluğu yeni bir çocuğun bakım, eğitim, barınma gibi masraflarının yarattığı kaygıdan kaynaklanan bir durum ise sterilizasyon işleminin aile planlaması amacı ile yapıldığından söz edilebilir. Ancak belirtilen kaygısal bozukluk doğum sürecine ilişkinse (gebe kalmaktan korku, tekrar doğum yapmaktan korku ve benzeri nedenler) sözleşmenin koruma sahası dışında

---

<sup>114</sup> Rahim tahliyesi endikasyonunun tespit edilememesi nedeni ile doğan sağlıklı çocuğun bakım masrafları, sözleşmenin koruma sahasına dahildir. Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 123 ve dn.160-162'de belirtili görüşler. Temel, **Sterilizasyon**, s. 81 ve dn. 107'de belirtili görüşler.

<sup>115</sup> Büyüksağış, **Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuk**, Parg.26; Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen**, s. 123; Gehrein, **Grundwissen Arzthaftungsrecht**, s. 64.

kalındığından söz edilebilecektir. Ancak bu tip durumlar istisnai niteliktedir. Bu kapsamda ispat yükünün bu iddiayı ileri süren hekim üzerinde olduğunun kabulü gerekir. Hekim, sterilizasyon gerekçesinin eşlerden birinin sağlık durumu nedeni olduğunu iddia etmekteyse bu iddiasını ispatlama noktasında hasta dosyasından ya da tanıklardan faydalanabilecektir.

Zararın kapsamına, çocuğun bakım giderleri ve hekimin kusuru ile neden olduğu borca aykırılık nedeni ile meydana gelen doğum giderleri girmektedir<sup>116</sup>.

Hekimin özen yükümlülüğüne aykırı yürüttüğü tüpligasyon işlemine rağmen gebe kalması halinde annenin, manevi tazminat talebinin kabul edilmesi gerekmektedir<sup>117</sup>. Zira taraflar arasında akdedilen ve annenin üreme yeteneğini bertaraf etmeyi amaçlayan bu sözleşme, hekimin kusurlu eylemi neticesinde ihlal edilmiştir. Sözleşmenin hekim ile baba arasında akdedilmiş olması halinde (babanın vasetomi yaptırmış olması halinde) hem babanın hem annenin manevi zararının giderimi gerekmektedir. Babanın manevi tazminat talebi, hekim ile kendi arasında akdedilen hekimlik sözleşmesine dayanırken annenin talebi haksız fiil sorumluluğuna dayanabileceği gibi üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı çerçevesinde de değerlendirilebilecektir.

#### IV. İLLİYET BAĞI

Hekimin sözleşmesel sorumluluğunun mevcut olması için gerekli son şart hekimin borca aykırı davranışı ile zarar arasında illiyet bağı bulunmasıdır.

Sorumluluğun kurucu şartlarından biri olan illiyet bağı üzerine çeşitli teoriler mevcuttur. Bu teorilerden şart teorisine göre, meydana gelen olayın mevcudiyeti, zorunlu olarak onu oluşturan her bir şartın varlığına bağlıdır<sup>118</sup>. Bu şartlardan her

---

<sup>116</sup> Fiili zararın belirlenmesinde hakkaniyetin esas alınması gerektiği yönünde Büyükay, **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk**, s. 130. Aksi görüşte Büyüksağış, **Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuk**, Parg.42. Yazar, TMK md. 327/£I uyarınca çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin karşılanmasının anne ve baba açısından yükümlülük olduğunu belirtmektedir. Bu görüş uyarınca çocuğun sağlıklı doğması halinde çocuk için yapılan fazladan bir harcama bulunmadığından sadece doğum giderlerinin karşılanması gerekmektedir.

<sup>117</sup> Aksi görüşte Büyüksağış, **Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuk**, Parg. 23. ve 39 numaralı dipnotta belirtili görüşler.

<sup>118</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 607-608; Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-2**, p.136, s. 45.

biri, meydana gelen olayın doğmasına etkili olduğundan herhangi bir şartı gerçekleştiren kişi meydana gelen olaydan sorumlu tutulmalıdır.<sup>119</sup> Türk ve İsviçre Hukukunda hakim olan uygun illiyet bağı teorisine göre ise meydana gelen olayın arkasındaki tüm şartlar değil sadece hayatın olağan akışına göre zararı doğurmaya elverişli olan şartlar nazara alınmalıdır<sup>120</sup>. Bu teori uyarınca, meydana gelen olayın arkasındaki şartlardan biri, olayın gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmakta ya da kolaylaştırmaktaysa bu şart ile zarar arasında uygun illiyet bağının mevcudiyeti kabul edilecektir. Böylece sorumluluğu sınırlayan bu teori gereğince hekim; borca aykırı davranışının objektif ihtimal dahilindeki elverişli ve tipik sonuçlarından sorumlu tutulurken fevkalade durumların birleşmesi ile meydana gelen tesadüfi sonuçlardan sorumlu olmayacaktır<sup>121</sup>. Diğer bir ifade ile zararın hayatın olağan akışına ve tecrübelerle göre borca aykırı davranışın uygun bir neticesi olması ve zarar ile borca aykırı davranış arasında bir sebep sonuç ilişkisi bulunması aranacaktır.

Borca aykırı davranışın elverişli bir sonucu olmayan zarar ile bu davranış arasında uygun illiyet bağının bulunmadığı ifade edilmelidir<sup>122</sup>.

Kimi durumlarda meydana gelen zararlı sonuç ile buna neden olan sebebin arasında uygunsuzluk olması mümkündür. Bu duruma uygun illiyet bağının yokluğu ya da var olan illiyet bağının kesilmesi neden olabilmektedir.

İlliyet bağının yokluğu olarak adlandırılacak ilk durumda, meydana gelen zararlı sonuç ile buna neden olan sebep arasında sadece tabii illiyet bağı

---

<sup>119</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 608; Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-2**, p.136, s. 45; Hatemi/Gökayla, **Genel Bölüm**, s. 138. Uyuşmazlık konusu olayda hasta ısrarlı şekilde ve belirsiz şikayetleri ile hekime başvurmuştur. Hekim, kapsamlı incelemelerine rağmen hastada herhangi bir sağlık sorunu saptayamamıştır. Hastanın ısrarlı başvuruları nedeni ile hekim daha fazla rahatsız edilmek istemediğini söylemiş; ancak hasta bu ifade sonrasında beyin kanaması geçirecek kadar tedirginlik yaşamıştır. Her ne kadar hekimin bu tür bir ifadesi olmasaydı hastanın beyin kanaması geçirmeyeceği düşünülebilirse de (conditio sine qua non) hastada meydana gelen zarar, hekimin davranışının uygun sonucu olmadığından illiyet bağı mevcut değildir. BGH, NJW 1976, 1143. (Janda, **Medizinrecht**, s. 323).

<sup>120</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-2**, p.138vd. s. 45vd.; Eren, **Genel Hükümler**, s. 610.

<sup>121</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 611.

<sup>122</sup> "Genel anestezinin mutad komplikasyonu (anestezî şoku) neticesinde ölümün gerçekleştiği anlaşılmıştır. Yaralının bünyesinden kaynaklanan, önceden var olduğu halde olaydan sonra meydana çıkan narkoza karşı dayanıksızlık sebep-sonuç bağımlı kesmez. Ancak davalılara yüklenemeyen ve önceden göremeyecekleri olağanüstü hal nedeniyle (narkozun olağan komplikasyonu) zarar artmıştır. Zararın artması ve ölümle sonuçlanması narkozun olağan komplikasyonu olduğuna göre, zararın tümünden davalıların sorumlu tutulması adalete uygun düşmez" İstanbul Barosu Dergisi, 1985/2, s. 57. (naklen; Deryal, **Hemşirenin Hukuki Sorumluluğu**, s. 428).



bulunmaktadır. Ne var ki uygun illiyet bağına yeter derecede illiyet olmaması nedeni ile hukuken sorumluluk doğmamaktadır. Örneğin hekimin, hasta ile kararlaştırdığı muayene saatine yetişememesi nedeni ile hastanın başka bir hekimden randevu alması ve ikinci hekimin verdiği ilaca olan alerjisi nedeni ile ölmesi halinde ilk hekimin davranışı ile ölüm arasında tabii illiyetin varlığı söz konusudur. Hastanın ölümü ile ilk hekimin muayeneye yetişememesi arasında zorunlu şart mevcut olmakla beraber uygun illiyet bağının yokluğu söz konusudur. Zira hayatın olağan akışı ve normal tecrübelerle göre hastanın ölmesi, ilk hekimin borca aykırı davranışının elverişli sonucu değildir<sup>123</sup>.

Uygunsuzluğun ikinci şekli olan illiyet bağının kesilmesi hali ise doktrinde mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zarar görenin ağır kusuru olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir<sup>124</sup>. Burada, ilk durumdan farklı olarak zararlı sonuç ile hekimin davranışı arasında uygun illiyet bağı mevcuttur. Ne var ki ortaya çıkan yeni sonuç ile ilk sebep arka plana atılmış ve elverişsiz hale gelmiştir<sup>125</sup>. Uygun illiyet bağı kesen ve esasen tesadüfi olayların iki ayrı türü olarak değerlendirilebilecek mücbir sebep ile fevkalade hal (umulmayan hal) arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Gerçekten mücbir sebep, borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında bulunan ve sadece borçlu açısından değil herkes açısından borcun ihlaline neden olabilecek mutlak ve kaçınılmaz bir olayı işaret etmektedir<sup>126</sup>. Fevkalade hal ise mücbir sebeple kıyaslandığında daha az yoğunlukta olan ve borçlunun işletme ve faaliyet sahasına dahil olabilen durumlardır. Mücbir sebep her durumda illiyet bağına

---

<sup>123</sup> Yarg. 4. HD. T 13.5.2014 E. 2013/11333 K.2014/7645: “(...)M..S..’nin davalılar tarafından gerçekleştirilen ameliyatta vücudunda gazlı bez unutulması nedeniyle vefat etmemesi, gazlı bez çıkarıldıktan sonra kanser hastalığı nedeniyle vefat etmesi, iş yoğunluğu ve sağlık sistemindeki bozukluklar dikkate alınarak davalı lehine BK’nın 43 ve 44. Maddeleri gereğince karar altına alınan tazminat miktarından uygun bir indirim yapılması gerekir(...)” (Çevrimiçi), Lexpera, 14 Eylül 2019. Bize göre, hastanın ölümüne neden olan sebep hekimin vücutta gazlı bez unutulması olmadığından hekimin davranışı ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının yokluğu söz konusuyken tazminatta indirim yapılması hatalı olmuştur.

<sup>124</sup> Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s. 815; Eren, **Genel Hükümler**, s. 627vd.; Hatemi/ Gökyayla, **Genel Bölüm**, s. 138-139. Muayene esnasında deprem olması, hekimin yazdığı reçeteye rağmen eczacının yanlış ilaç vermesi ya da güneş alerjisi olan hastanın hekim tarafından tersi yönde aydınlatılmış olmasına rağmen güneşe çıkması bu durumlara örnek olarak verilebilir. Örnekler için Özyay, **Estetik**, s. 121, dn. 301-303. Hastanın bünyesinden kaynaklanan özelliklerin hekimin sorumluluğunu belirleme esnasında dikkate alınıp alınmayacağı konusunda hekimin doğan zarardan sorumlu olduğu; ancak tazminattan indirim yapılabileceği görüşü mevcuttur. Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-2**, p. 397, s. 129; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 168; Eren, **Genel Hükümler**, s. 623.

<sup>125</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 627.

<sup>126</sup> Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-1**, p. 1345, s. 431-432; Eren, **Genel Hükümler**, s. 628-629.

keserken fevkalade halin her durumda illiyet bağıını kestiğinden söz edilemeyecektir<sup>127</sup>. Bu ayrımın konumuz açısından önemi, hekimin sözleşme ile amaçlanan başarılı sonuca ulaşmasında en büyük engeli olan komplikasyonların hukuki niteliğinin saptanmasına hizmet ediyor olmasıdır.

Daha önceki açıklamalarımızı tekrar etmemek adına komplikasyonun, hekimin bilebileceği; ancak kaçınamayacağı şekilde borcu ihlal etmesine neden olan bir fevkalade hal niteliğinde olduğu yönündeki görüşümüzü aktararak ilgili yerdeki açıklamalarımıza yollama yapmakla yetinmekteyiz<sup>128</sup>. Burada üzerinde durulması gereken konu, fevkalade hal niteliğinde olan komplikasyonun illiyet bağıını kesen bir sebep olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Kanaatimizce bu değerlendirmenin yapılması için somut uyuşmazlığın göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu durumu örnek üzerinden izah etmek uygun olacaktır:

Tıbbi literatürde laparoskopik yöntemle gerçekleştirilen safra kesesi ameliyatlarının komplikasyonları arasında safra yolu yaralanmaları ve kanamalar görüldüğü belirtilmektedir<sup>129</sup>. Bu komplikasyonlar arasında yer alan safra yolu yaralanmasına hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı neden olmuş olabilecektir<sup>130</sup>. Bu halde hastada meydana gelen zarar ile hekimin davranışı arasında uygun illiyet bağıının mevcudiyetinden söz edilecektir. Gerçekleşme riski %1 ile 2 arasında değişen<sup>131</sup> kanamanın meydana gelmesi halinde hekimin daha önceden öngördüğü; ancak kaçınmadığı fevkalade hal niteliğinde bir komplikasyondan söz edilebilir. Bu ihtimalde ise hekimin cerrahi müdahalesi ile kanamaya bağılı zarar arasındaki illiyet bağıının kesildiğinden söz edilmelidir.

Bir başka örnek olarak aort yaralanmaları verilebilir. Şöyle ki; aort yaralanması sonucu müdahale edilen hastanın alacağı risk, müdahale esnasında kanayan damarı sıkıştırmak veya tutmak için kullanılan aletin (klemp) altında kalan

---

<sup>127</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s. 629.

<sup>128</sup> Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm/III/C/1/b.

<sup>129</sup> Alaattin Öztürk/ Talha Atalay ve ark., "Laparoskopik Kolesistektomi Sonrası Kanama: Nadir ama Önemli Bir Komplikasyon", **Şişli Etfal Hastanesi Bülteni**, C.49, Sa.4, 2015, s. 274-278, s. 275.

<sup>130</sup> Tıbbi literatürlerde yer alan komplikasyon ifadesinin hukukumuzda yer alan "izin verilen risk" kavramı ile her zaman örtüşmediği hakkındaki açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm/III/ C/1/b.

<sup>131</sup> Öztürk/ Atalay **Laparoskopik Kolesistektomi**, s. 276.

organların hasar görecektir<sup>132</sup>. Burada klemp konulmazsa aort yaralanması tedavi edilemeyecek ve hasta ölecektir. Ancak klemp konulursa bu alet ile sıkıştırılan damarın aşağısında kalan organa kan akışı sağlanamayacağından organ hasara uğrayacaktır<sup>133</sup>. Şu halde hastanın ölmemesi amacı ile bazı organlarının hasara uğramasına razı olunması söz konusu olmaktadır. Ancak bu gibi durumların hukuken komplikasyon olarak algılanması hatalıdır. Keza burada gerçekleşmesi tesadüfi durumlara bağlı bir risk bulunmamakta aksine aortta yaralanma ile birlikte başlayan, cerrahi müdahale ile ilintili olan ve hekimden tamamen bağımsız ve illiyet bağı konusunun kapsamı dışında bir zarar söz konusudur<sup>134</sup>.

Hekimin tıbbi müdahalesi sonucu meydana gelen zararın oluşumunda hastanın bünyesinden kaynaklı sebeplerin etkili olması halinde ise bu durum sorumluluktan kurtulma sebebi olmayıp tazminattan indirim nedeni olarak görülmektedir<sup>135</sup>.

İlliyet bağı konusunda tartışılması gereken önemli bir diğer konu, hekimin kusurlu davranışı neticesinde hastanın halihazırda sınırlı olan yaşama şansını ya da iyileşme şansını yitirmesi halidir. Burada hastaya hekimlik sözleşmesi çerçevesinde müdahalede bulunmadan evvel de hastada kanser hastalığı gibi yaşama şansını sınırlayan bir hastalık mevcuttur. Hekimin kusurlu davranışı ile hastada meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının mevcudiyetinin bu konu nezdinde ayrıca tartışılması gerekmektedir.

Bu durumu bir örnekle açıklamak uygun olacaktır: Hastanın gırtlığında bulunan tümörlü bölge hekim tarafından tespit edilememiştir. Hekim teşhis koymak için gerekli tüm özeni göstermemiş, tıbbi standartlara uygun her yöntemi denememiştir. Bir başka hekim (ya da hastayı takip eden ilk hekim), ilk muayeneden altı ay sonra kanser teşhisini koyabilmiştir. Burada hastayı takip eden ilk hekim altı

---

<sup>132</sup> İlker Alat, "Kalp Damar Cerrahisiyle İlgili Adli Tıp Sorunları", **Anadolu Kardiyol Dergisi**, Sa.5, 2005, s. 334-335, s. 334.

<sup>133</sup> Alat, **Kalp Damar Cerrahisi**, s. 335.

<sup>134</sup> Bu gibi müdahalenin direkt sonucu olan zararların komplikasyon dışında başka bir kavram ile açıklanmasının uygun olacağı yönünde Alat, **Kalp Damar Cerrahisi**, s. 335.

<sup>135</sup> Hastanın bünyesinden kaynaklı umulmayan hal durumlarının farazi illiyet teşkil ettiği ve tazminattan indirim nedeni olacağı yönünde Eren, **Genel Hükümler**, s. 623; Oğuzman/Öz, **Genel Hükümler Cilt-2**, p. 397, s. 129.

ay evvel hastalığa teşhis koyabilseydi hastanın yaşama şansı istatistiklere göre yüzde 30'dur. Ancak hastaya geç müdahalede bulunulması nedeni ile bir süre sonra hastanın öldüğü ve yakınlarının destekten yoksun kalma tazminatı talep ettiğini varsaydığımızda bu örneğin illiyet bağı ve zarar açısından ayrıca ele alınması gerekecektir. İstatistiklere göre yüzde 30 oranında mevcut olan yaşama şansının hekimin teşhisteki kusuru nedeni ile kaybedilmesi halinde zarar ile borca aykırı davranış arasındaki illiyet ilişkisi nasıldır<sup>136</sup>? Burada hastanın kusurlu davranışı ile ölüm arasındaki tabii illiyet görünürdür. Ancak uygun illiyet bağının mevcut olup olmadığı hususunda açık bir yorumda bulunmak güçtür. Benzer başka bir örnek olarak öleceği beklenen hastanın uygun ve özenli bir tedavi ile yaşam süresini aylar belki yıllar uzatma imkanının hekimin zamanında teşhis koyamaması nedeni ile elinden alınması hali verilebilir<sup>137</sup>.

Zürih Yüksek Mahkemesi'nin şans kaybı ve illiyet bağına değerlendirdiği karara<sup>138</sup> konu bir olayda hasta 1971 yılı Nisan ayında tümör şüphesi ile hekime başvurmuş ve hekim tarafından tetkikler yapılmışsa da şüpheli bir şey bulunamamıştır. Hastanın Temmuz ayında yapılan ikinci kontrolünde testikülde kalınlaşma fark edilmişse de buna tümör değil ameliyatın neden olduğu düşünülmüştür. Hastanın yeniden ameliyat yapılması yönündeki talebi, gerek olmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Nihayet Eylül ayında yeni bir ameliyat yapılmış ve ameliyat esnasında tümörün tüm testikülü sardığı anlaşılmış ve gerekli müdahalede bulunulmuştur. Ekim ayında metastaza uğrayan kısım çıkarılmış, radyoterapi başlatılmıştır. Ancak hasta 1972 yılı Ekim ayında ölmüştür. Hastanın yakınları tarafından hekim aleyhine yöneltilen davada, zarar ile hekimin teşhiste gecikmesi arasındaki illiyet bağı tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme, illiyet bağının değerlendirilmesi hususunda, hekimin zamanında müdahalede bulunması gerektiği tarihte (örneğin kalınlaşmanın fark edilip lenf damarının alınması gereken 1971 Ağustos ayında) mevcut yaşama şansının dikkate alınması yönünde karar vermiştir. Bu kapsamda yaşama şansı yüzde 60 veya daha fazlaysa ölüm ile hekimin kusurlu

---

<sup>136</sup> Benzer bir örnek için bkz. Büyüksağış, **Yaşama Şansının Yitirilmesi**, s. 129vd.

<sup>137</sup> Prince, **General Principles of Liability**, s. 226.

<sup>138</sup> Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Yıldız Abik, "Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı", **AÜHFĐD**, C.54, Sa.3, 2005, s.242- 287, s. 261.

davranışı arasında uygun illiyet bağının mevcudiyetinden söz edilebileceği belirtilmiştir. Zira bu halde hekimin kusurlu davranışının ağırlıklı bir olasılıkla ölümün nedeni olduğu ifade edilmiştir. Fakat hastanın o tarihte yüzde 40 ihtimalle ölebileceği yönündeki riskin de İsv. BK md. 43/f.I (TBK md. 51/f.I) hükmü uyarınca göz önünde bulundurulacağı ayrıca işaret edilmiştir<sup>139</sup>.

Zürih Yüksek Mahkemesi Kararı tartışmaya açıktır. Mahkemenin her ne kadar şans kaybından doğan zararı açıkça zikretmese de ilk defa böyle bir karar verdiği ve daha sonra benzer başka karar vermediği belirtilmektedir. Bu kararda özellik arz eden bir husus şans kaybı teorisinin açıkça illiyet bağı kavramı çerçevesinde tartışılmasıdır<sup>140</sup>. İkinci ve daha önemli olan husus yaşama şansının daha az olduğu herhangi bir vakada illiyet bağının yokluğundan söz edilebileceği ve bunun da hekimin sözleşmesel sorumluluğunun dışlanması anlamına gelebileceğidir.

Şunu vurgulamak gerekir ki hastanın yüzde 60 olan yaşama şansının yitirilmesi ile hekimin kusuru arasında doğrudan bir orantı söz konusu değildir<sup>141</sup>. Hekim, geç teşhiste yüzde 100 oranında kusurlu dahi olabilir. Yine TBK md. 114/f.I hükmü uyarınca hekim hafif kusurundan dahi sorumludur. Bu kapsamda hekim geç teşhiste hafif kusurlu olsa dahi zararın tümünden sorumlu olacaktır. Ne var ki verilen bu örnekte ve Zürih Yüksek Mahkemesi kararında hekimin kusuru, borca aykırı davranış ve zarardan bağımsız olarak illiyet bağının mevcudiyeti bahsinde tartışılmıştır.

Bir görüş, illiyet bağıni belirlemedeki belirsizlik yerine şansın yitirilmesi kavramını maddi zarar kavramı altında ele almaktadır. Bu sayede hekimin, meydana gelen zarardan sorumluluğunu istatistiki ve belirsiz oranlara göre tespit etmek ve belki de sorumluluğu tamamen dışlamak yerine hekimin sorumlu olduğu zarar

---

<sup>139</sup> Abik, **İyileşme Şansının Kaybı**, s. 262; Özgün Çelebi, “Şans Kaybının Tazmini”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.34, Sa.2, 2018, s. 121-196, s. 151.

<sup>140</sup> Abik, **İyileşme Şansının Kaybı**, s. 262-265.

<sup>141</sup> Burada hekimin kusurlu hareketinin yol açtığı sonuç, hastanın ölmesi değil, kusurlu hareket olmasaydı hastanın sağlığına kavuşma ya da yaşama yönünde sahip olduğu şansın kaybedilmesidir. Zira hekimin kusurlu hareketi olmasaydı hastanın yaşayıp yaşamayacağı belirli değildir. Nasıl sonuçlanacağı önceden belirsiz olan bir olayda bu belirsizlik hekimin hareketi neticesinde ortadan kalkmaktadır. Fransız Hukukunda özellikle tıbbi müdahalelerden kaynaklanan şans kaybı teorisine yer verilmektedir. Ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Çelebi, **Şans Kaybının Tazmini**, s. 132 vd.

miktarında istatistiki oranlardan faydalanmak mümkün olacaktır. Burada Türk Hukukunda benimsenen ve mahrum kalınan fırsat gerçekleşmiş olsaydı elde edilecek faydadan farklı olarak yitirilen şansın gerçekleşme ihtimalinin ifade ettiği ekonomik değer zarara esas alınmaktadır<sup>142</sup>.

Zarar hesaplamasına şu örnek verilebilir: Destekten yoksun kalan eşi, hastanın hekim doğru zamanda müdahalede bulunsaydı yüzde 40 olan yaşama şansını hekimin geç teşhisteki kusuru nedeni ile yitirdiği iddiası ile tazminat talebinde bulunmaktadır. Burada hekimin kusurlu davranışı olmasaydı (hekim, hasta ona başvurduğunda gerekli özeni göstererek teşhiste bulunabilseydi) elde edilecek fayda, eşin yoksun kaldığı destektir. Destek miktarının bilirkişiler aracılığı ile 100.000 Türk Lirası olarak belirlendiğini varsayalım. Burada hastanın yüzde 40 yaşama şansını illiyet bağı kavramı çerçevesinde değerlendirmemiz halinde hastanın ölümüne hekimin hatalı davranışının neden olmayabileceği düşünülerek hekimin sorumluluğu dışlanabilir. Yitirilen şansın maddi zarar kalemi olarak ele alınması halinde ise elde edilememiş olan fayda ile faydanın gerçekleşme ihtimali çarpılarak zarar bulunacaktır. Bu örnekte birinci aşamada destek miktarı hesaplanarak elde edilemeyen fayda tespit edilmektedir. İkinci aşamada ise tespit edilen destek, yaşama şansı olan yüzde 40 ile çarpılacaktır. Bu kapsamda hekim, geç teşhis şeklinde tezahür eden özen yükümlülüğüne aykırı davranışında kusurlu olması nedeni ile desteğin tümünü değil faydanın ifade ettiği ekonomik değer olan (100.000 x %40) 40.000 Türk Lirası ödemekle yükümlü olacaktır<sup>143</sup>.

Türk Hukukunda Yargıtay'ın 2014 tarihli bir kararında açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte geç teşhis nedeni ile yitirilen şansın manevi zarara neden olduğu belirtilmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

---

<sup>142</sup> Büyüksağış, **Yaşama Şansının Yitirilmesi**, s. 131.

<sup>143</sup> Büyüksağış, **Yaşama Şansının Yitirilmesi**, s. 132. Fransız Hukukunda da nihai zarar ile şansın gerçekleşme ihtimali çarpılarak bulunacak zararın giderimi amaçlanmaktadır. 13 Mart 2017 tarihli reform projesi ile şans kaybının gideriminin yasal zemine oturtulması öngörülmüştür. Projede zarar kalemleri arasında şans kaybı da sayılmış olup bu kavram, "*olumlu bir ihtimalin fiilen ve kesin olarak kaybı*" şeklinde tanımlanmıştır. Ancak şans kaybı kavramının kabul edildiği durumlarda hükmedilecek tazminatın şans gerçekleşseydi sahip olunacak değer ile eşdeğer olamayacağı ifade edilmiştir. Çelebi, **Şans Kaybının Tazmini**, s. 140-141.

“(…)Somut olayda her iki kurul raporunda da açıkça belirlendiği üzere davacının akciğer kanseri rahatsızlığı ilk grafinin çekildiği anda bellidir. 1-1,5 cm lik kitle, 7,5 ay içerisinde yaklaşık 5 katına çıktıktan sonra konulan doğru teşhisle kendisine özgü tedaviye ulaşabilmiştir. Bu süreç zarfında hastalıktan haberdar olmayan kişinin ilk anda teşhisin konulabilir olduğunu öğrenmesi, bilhassa konu zaman kaybına tahammülü olmayan sağlık ise, ciddi travma yaratacak mahiyettedir. Yukarıdaki açıklamalarda belirtildiği üzere vekil neticeyi garanti edemese de bu yolda sarf ettiği çabalarındaki en hafif kusurundan dahi sorumludur. Mahkemece bu ilkeler ışığında oluşa uygun ve makul miktarda takdir olunacak manevi tazminat isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken (...)”<sup>144</sup>

Benzer tartışmalar Anglosakson Hukukunda<sup>145</sup> da mevcuttur. Bu hukuk sisteminde de hasta, hekimin ihmalinin zarara neden olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Örneğin parmağı kopmuş bir hasta hekimin ihmali olmasaydı parmağının tekrar eli ile birleştirilebileceğini iddia ediyorsa parmağının el ile başarılı şekilde birleştirilebilmesinin mümkün olduğunu ispat etmekle yükümlüdür<sup>146</sup>. Bu örnekte hastanın yaralanmadan bir gün sonra hekime başvurduğu ve doku kaybı nedeni ile parmağın dikilmesinin mümkün olmadığını varsaydığımızda hastada oluşan zarara hekimin ihmalinin neden olmadığı anlaşılmaktadır. Daha uzun bir hayat veya daha iyi bir tedavi için şans (fırsat) kaybı (*loss of opportunity, loss of chance*) ise tüm ülkede genelinde değil sadece bazı eyaletlerde zarar olarak kabul edilmektedir. Bu eyaletlerin çoğunda da davacı yitirdiği şans oranının en az yüzde 51 olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Bu minvalde örneğin hekimin zamanında ve özenli bir müdahale gerçekleştirseydi yaşama şansının yüzde 51 olduğu iddiasını ispat etmek şartı ile ölenin yakınlarının açtığı tazminat davası kabul edilebilir bulunmaktadır<sup>147</sup>. Burada istatistiki olarak yüzde 51 oranında yaşama şansının mevcudiyeti ile illiyet bağı kurulmuş olmaktadır. İlliyet bağının bir kere kurulması

<sup>144</sup> Yarg. 13. HD. T. 25.09.2014 E. 2014/10135 K. 2014/29243 (Çevrimiçi), Lexpera, 12 Ağustos 2018.

<sup>145</sup> Bu hukuk sisteminde hekim aleyhine açılan davalar ekseriyetle haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmaktadır. Nadiren sözleşmesel sorumluluğa da dayandırıldığı görülmektedir. Prince, **General Principles of Liability**, s. 221.

<sup>146</sup> Prince, **General Principles of Liability**, s. 225.

<sup>147</sup> Prince, **General Principles of Liability**, s.227. Son dönemde mahkemeler bu yaklaşımı değiştirmeye başlamıştır. Yeni yaklaşımlar sonrasında şans kaybını yaralama gibi değerlendirerek kaybedilen şans oranına bağlı olarak tazminata hükmedilmeye başlanılmıştır. John Culhane, “ABD Uygulamasında Tıbbi Müdahale Nedeniyle Bedensel Zararların Tazmini Esasları”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini**, C.1, Ankara, 2016, s. 575-585, s. 584.

ile birlikte hekim artık tüm zararı gidermekle yükümlü tutulmaktadır. Yoksa hekimin şans kaybına neden olan davranışı olmasaydı elde edilecek faydanın ekonomik değeri ile şansın istatistiki oranının çarpılması ile elde edilecek değer giderilmesi kabul edilmemektedir<sup>148</sup>.

## V. HEKİMİN SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUNDA İSPAT MESELESİ

Hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı ile hastayı zarara uğrattığı iddiasını temel alan tazminat davasında ispat meselesi oldukça önem arz etmektedir.

Türk Hukukunda ispat meselesinde temel ilke Türk Medeni Kanunu md.6 hükmü ile hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme şöyledir: “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” Bu maddeye paralel bir düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 190/f.I fıkrasında yer almaktadır. Buna göre ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir. İspat kavramına yönelik bu temel ilke doğrultusunda hekimin sözleşmesel sorumluluğu için gerekli şartların olayda mevcut olduğunu iddia eden ve buna bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak davacı hasta veya yakınlarının sorumluluğun tüm şartlarını ispatla yükümlü olması gerekmektedir. Bu kapsamda hekimin sözleşmeye aykırılığı, kusuru, illiyet bağı ve meydana gelen zararın ispatlamakla yükümlü olduğundan söz edilir. Ne var ki Türk Hukukunda sözleşmesel sorumlulukta ispat yükü Kanun’da özel olarak düzenlenmiştir. Kanunun TMK md.6 hükmünden farklı olarak ispat yükünü özel olarak düzenlediği bu ve benzeri diğer hallerde, özel hükümler uygulama alanı bulacaktır<sup>149</sup>.

Türk Borçlar Kanunu md. 112 hükmü uyarınca borçlu kusurlu olmadığını ispat etmedikçe, alacaklının, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olmasından doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Bu genel sorumluluk maddesi uyarınca

---

<sup>148</sup> Büyüksağış, *Yaşama Şansının Yitirilmesi*, s. 135.

<sup>149</sup> Oğuzman/Barlas, *Medeni Hukuk*, s. 341vd.



borçlu, borca aykırılıkta hiçbir kusuru olmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Alacaklı ise sözleşmenin ihlalini, ihlal nedeni ile uğradığı zararı ve illiyet bağı ispat yükü altındadır.

Hekim, kusuru olmadığını iki şekilde ispatlayabilir: İlk olarak hekim, sözleşmenin ihlaline neden olan fiili esnasında temyiz kudretinin bulunmadığını ispat ederek kusurun sübjektif şartının olayda mevcut olmadığını ispat edebilir. İkinci ihtimaldeyse hekim, TBK md. 506/f.III fıkrası gereği benzer alanda iş veya hizmet üstlenen basiretli hekimin göstermesi gereken davranışı göstermiş olduğunu ispat edebilir. Bu halde hekim, objektifleştirilmiş kusur ölçüsünü yerine getirmiş olduğunu ispat etmektedir<sup>150</sup>.

Hasta ise hekimin, hekimlik sözleşmesini ihlal ettiğini ve bu ihlal nedeni ile zarar meydana geldiğini ispat etmekle yükümlüdür. Burada hastanın, hekimin sözleşmeyi ihlal ettiğini (konumuz açısından hekimin özen yükümlülüğünü ihlal etmesi şeklinde tezahür eden borca aykırılığı) ispat yükü altında olması onu kimi güç durumlarla karşı karşıya bırakacaktır. Keza taraflar arasındaki sözleşme kapsamında alınan hasta öyküsü, ameliyat notları, teşhis için gerekli tetkikler, tedavi dokümanları gibi kayıtlar asıl olarak hekimin uhdesinde bulunmaktadır. Yine hasta, zararın ispatından farklı olarak sözleşmenin ihlal edildiği iddiasını ispatlarken tanık gibi ispat araçlarından genellikle mahrumdur. Aynı zamanda uzmanlık gerektiren bu alanda neyin ihlale yol açtığı ve ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağı gibi kavramların hasta tarafından ispatı oldukça güçtür. Özen kavramının hem sözleşmenin ihlalinde hem kusurun tayininde belirleyici olması ispatı güçleştiren unsurlardan diğeridir. Bu ve benzeri nedenlerle ispat yükünün ve ispat meselesinin hekimlik sözleşmesinde, hukukun diğer hiçbir alanında olmadığı kadar esnetildiği ifade edilmektedir<sup>151</sup>.

Belirtilen bu zorlukları göz önünde bulunduran Alman Mahkemeleri, hekimin sorumluluğunu konu alan davalarda hasta lehine ispat kolaylıkları tanımıştır<sup>152</sup>. Alman Hukukunda 2013 yılına kadar yasal mevzuat ile düzenlenmemiş olan

---

<sup>150</sup> Gümüş, **Vekilin Özen Borcu**, s 381.

<sup>151</sup> Katzenmeier, (Laufs/Katzenmeier/Lipp), **Arztrecht**, s. 385.

<sup>152</sup> Kılıç, **Usuli Sorunlar**, s. 85.

hekimlik sözleşmelerinde, ispat meselesi daha ziyade doktrin ve yargı içtihatları ile gelişmiştir<sup>153</sup>. Türk Hukukundan farklı olarak hekimin kusurunu da ispat ile yükümlü olan hastanın yaşadığı ispat güçlükleri göz önünde bulundurularak ispata dayalı hak kaybına neden olmaması adına kimi durumlarda hasta lehine ispat kolaylıkları sağlanmıştır.

Alman Hasta Hakları Kanun'u ile değişik BGB § 630 h bendinde tedavi hatası ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde ispat meselesi kendine özgü düzenlemeleri ile yer bulmuştur. Bu bent incelendiğinde kayıtların hekimin uhdesinde olması ya da riskin hekim tarafından tamamı ile kontrol edilebilir olması durumu gibi hastanın haklı olsa dahi ispatlamakta güçlük çekebileceği durumların önüne geçmenin ve muhakeme safhasında silahların eşit olmasının amaçlandığı görülmektedir. Bu amaçla ispat yardımcısı olarak işlev gören ve esasen kati bir değerlendirmede gerekli kimi dayanakların eksikliğine rağmen mahkemelerde kanaate ulaşılmasını sağlayan ispat kolaylıklarından faydalanılmıştır<sup>154</sup>. Süregelen yıllarda doktrin ve yargı kararları ile gelişip 2013 yılı içerisinde yasal zemine oturan ispat meselesi ile ilgili düzenlemelere aşağıda yer verilmiştir.

BGB § 630 h (1) ile hekimlik sözleşmesinde öncelikle kontrol edilebilir risklerde ispat meselesi düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile hekim ya da hastane gibi tedaviyi gerçekleştiren tarafından tamamen kontrol edilebilecek nitelikte riskin gerçekleşmesi nedeni ile hastanın hayatına, uzvuna ya da sağlığına yönelik meydana gelen zararların, tedaviyi gerçekleştiren tarafın hatası olduğu varsayılmaktadır.

Bu düzenlemede fiili bir karine mevcuttur<sup>155</sup>. Burada hasta, meydana gelen zararın tedaviyi gerçekleştiren hekim ya da hastanenin tamamen kontrol edebileceği risk alanına girdiğini ispat etmekle yetinecektir. Hastanın buna yönelik ispatı, tedavi hatasının varlığı için karine teşkil edecektir. Hakim, ispat edilen olgunun tedavi hatasının varlığına dair fiili bir karine olduğu kanaatine varırsa bu hususun ayrıca

---

<sup>153</sup> 2013 tarihli Kanun öncesinde yargı içtihatları ile getirilen ispat kolaylıkları için bkz. Benedikt Buchner, "Alman Hukukuna Göre Hekimin Özel Hukuk Alanındaki Sorumluluğu Bağlamında Yargılama Usulü ve Sigorta Hukukuna İlişkin Sorunlar", Çev. Tahir Muratoğlu, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Adalet Yayınevi, 2012, s. 321-329, s. 322vd.

<sup>154</sup> Elif İrmak Kılıç, **İspat**, s. 70.

<sup>155</sup> Janda, **Medizinrecht**, s. 337; Olzen/Kaya, **Der Behandlungsvertrag, §§ 630a–h BGB**, s.668.

ispatı aranmayacaktır<sup>156</sup>. Ancak bir fiili karine olmasından mütevellit hekimin, karine ile ortaya konulan hususun aksini ispatlaması mümkündür. Bu minvalde hekim, zarara neden olan şeyin kendi kontrol edilebilir risk alanından değil hastada mevcut yapısal durum nedeni ile doğduğunu ispat edebilecektir<sup>157</sup>.

Hekimin kontrol edilebilir risk alanına sokulan durumların başında hijyen kurallarına uymamadan, hastanın tedavi ve sonrası dönemde doğru konumlandırılmamasından doğan zararlar ile organizasyon kusurlarından doğan zararlar gelmektedir<sup>158</sup>.

Federal Mahkeme kararına konu bir olayda<sup>159</sup> hijyenden kaynaklanan riskin hekimin tehlike alanına girdiği ve hastanın tedavi hatasını ispatlamasının hastadan beklenemeyeceğini belirtmiştir. Olayda, infüzyon uygulanan hastada bu işlemi takiben titreme, yüksek ateş gibi belirtiler görülmüştür. Yapılan tetkiklerde hastanın septik şok geçirdiği anlaşılmış, hasta muayene edilmiş ve hasta ancak on bir gün sonra taburcu edilebilmiştir. Bilirkişi raporu ile septik şokun nedenini kirli infüzyon sıvısı olduğu anlaşılmış ve sıvının hastaya tatbik edilen testler esnasında kirlendiği tespit edilmiştir. Mahkeme, kirli infüzyon sıvısına bağlı zararın hastanenin kontrol edilebilir risk alanına dahil olduğunu ve bu tür zararların doğmasını engellemek amacı ile gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, hastanenin tehlike alanına dahil bu tip hataların ispatının hastaya yüklenmesinin hakkaniyete aykırı olduğunu belirterek, hastanenin infüzyon sıvısının temiz kalmasını sağlamak amacı ile ne tür önlemler aldığını ortaya koyarak kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>160</sup>. Burada Federal Mahkeme sözleşmenin ihlalinin (hastaya hijyen kurallarına uymayan, kirli sıvı verilmesi) hasta tarafından ispatının beklenemeyeceğine karar vermiştir. Burada hastanenin tehlike alanına dahil riskin gerçekleşmiş olması nedeni ile tedavi hatasının varlığına dair fiili karine mevcuttur. Hastane, fiili karinenin aksini ispat

---

<sup>156</sup> Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 346-347 ve dn. 632.

<sup>157</sup> Kılıç, **İspat**, s. 75.

<sup>158</sup> Ute Graf, **Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess**, Münschen, 2002, s. 145-149, (naklen; Kılıç, **İspat**, s. 75 dn. 29). Bu yönde kararlar için bkz. Kern, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztrechts**, §157, s.39vd.

<sup>159</sup> BGH NJW 1982, 699, Kılıç, **İspat**, s.75-76.

<sup>160</sup> Kılıç, **İspat**, s.76.

ederek sıvıya mikrobun hasta ya da üçüncü kişi<sup>161</sup> tarafından bulaştırıldığını ispat edebilir. Federal Mahkeme, ikinci olarak tedaviyi gerçekleştiren tarafın (bu olayda hastanenin) kusursuzluğunu ispatlaması gerekliliğine yönelik karar vermiştir.

Alman Hukukunda hekimlik sözleşmesinde ispat meselesine ilişkin ikinci düzenleme aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halini düzenlemektedir.

BGB § 630 h (2) fıkrası uyarınca hasta, kendisine aydınlatma yapılmadığını ya da eksik aydınlatma yapıldığını iddia ediyorsa hekim, BGB § 630 d uyarınca hastanın rızasını aldığını ve hastayı BGB § 630e maddesinde belirtilen koşula riayet ederek aydınlatmış olduğunu ispat edecektir<sup>162</sup>. Bu madde ile hasta, aydınlatmanın yapılmadığı ya da eksik aydınlatma yapıldığı yönündeki menfi iddiasını ispatlamakla yükümlü kılınmamış, aydınlatmanın yapıldığı ve buna uygun rızanın alındığını ispat yükü tedaviyi gerçekleştiren taraf üzerinde bırakılmıştır. Bu düzenleme oldukça isabetlidir. Keza hastanın, aydınlatmanın yapılmadığına ilişkin menfi durumu ispatı mümkün gözükmemektedir. Diğer taraftan tıbbi kayıt ve dokümantasyonu uhdesinde bulunduran tedaviyi gerçekleştiren taraf açısından bu durumun ispatı mümkündür. Hekim ya da hastane, bu amaçla tıbbi kayıtlar içerisinde yer alan onam formlarını ibraz edebileceği gibi bu durumu ispatlamak amacı ile tanıktan da faydalanabilir. Yargıtay kararlarında da aydınlatmanın yapıldığının hekim tarafından ispat edilmesi gerektiği yönünde içtihat birliği bulunmaktadır<sup>163</sup>.

Maddenin devamında aydınlatmanın eksik, hatalı yapılması ya da hiç yapılmamış olması hali ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, aydınlatmanın

---

<sup>161</sup> Hemşire ya da hastanede görevli hasta bakıcı ve diğer sağlık çalışanları üçüncü kişi olarak kabul edilemez. Üçüncü kişi, hastanenin ifa yardımcısı konumunda olmayan (hastanın yakınları ve benzeri) kişilerdir.

<sup>162</sup> Aydınlatmanın yapıldığının hekim tarafından ispatlanması gerekliliği, müdahalenin hastanın vücut bütünlüğünü ihlal etmesine ve bu ihlalin, hastanın rızası ile hukuka uygun hale gelmesine dayanmaktadır. İngiliz ve Fransız hukuklarında ise aydınlatmanın yapılmadığını ispat yükü hasta üzerindedir. Deutsch, **Dienstleistungsberufe**, s. 279.

<sup>163</sup>Bu yönde bazı kararlar için bkz. Yarg. 13. HD. T. 9.4.2014 E. 2013/30822 K. 2014/10772; Yarg. 13. HD. T. 17.4.2016 E. 2015/11729 K. 2016/9861; Yarg. 13. HD. T. 13.12.2013 E. 2013/27946 K. 2013/31316 (Çevrimiçi), Lexpera, 27 Aralık 2018. Karar aydınlatmasının, hastanın rızasının ön şartı olması ve hukuka uygunluk sebebi olması nedeni ile aydınlatma yapıp yapılmadığına ilişkin ispat yükü hekim üzerindedir. Koruma aydınlatması yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ise özen yükümlülüğünün ihlalinin işaret etmektedir. Bu kapsamda özen yükümlülüğünün yerine getirilmediğini iddia eden hastanın bu iddiasını ispatla mükellef olması gerekecektir. (Laufs, (Laufs, Kern), **Handbuch des Arztrechts**, §59, Nr. 3; **NomosK/Wever**, BGB § 630c, s. 480). Ne var ki hekimin tıbbi kayıt ve dokümanlara daha kolay ulaşabiliyor olması ve benzeri ispat kolaylarını haiz olması nedeni ile burada da ispat yükü hekim üzerindedir. Gönenç Gürkaynak/ Ceyda Karaoğlan vd. "Hastanın Aydınlatılması Noktasındaki Şekil Serbestisinden İleri Gelen İspat problemleri", **Tıp Hukuku Dergisi**, Sa.4, 2014, s.179-194, s. 186.

BGB § 630 e maddesine uygun yapılmamış olduğu hallerde hekim, aydınlatma uygun şekilde yapılmış olsaydı dahi hastanın müdahaleye rıza göstereceği iddiasına dayanabilecektir. İlgili düzenlemeden görüleceği üzere hekimin eksik, hatalı ya da hiç aydınlatma yapmamış olduğu hallerde hekime sorumluluktan kurtulma imkanı getirilmiştir. Buna göre hekim, hastanın farazi rızasına dayanarak yine de müdahaleye rıza vereceği iddiasına dayanabilecektir<sup>164</sup>.

Farazi rızasına dayanılan hallerde hasta, uygun aydınlatmanın varlığı halinde olaydaki tıbbi müdahale haricinde başka bir tedavi yöntemi seçeceği ya da tedaviyi reddedeceği gibi bir iddia ileri sürebilir<sup>165</sup>. Bu kavram doktrinde karar çatışması olarak ifade edilmektedir<sup>166</sup>. Keza uygun aydınlatma yapılmış olsaydı hekim hastanın müdahaleye rıza vereceğine yönelik kararına dayanırken hasta böyle bir aydınlatma yapılmış olsaydı dahi kararının farklı olacağı iddiasındadır. Taraflar arasındaki karar çatışmasında, tıbben uygun olan karar ya da makul bir hastanın bu durumda nasıl davranacağına yönelik farazi kararı yeterli değildir. Bizatihi sözleşmenin tarafı olan hasta tarafından ileri sürülen dayanakların makul gerekçeleri içerip içermediği hakim tarafından araştırılmalıdır<sup>167</sup>.

Yargıtay uygulamalarında ise hekime böyle bir savunma imkanı tanınmadığı ve müdahalenin olası tüm riskleri hakkında hastasını aydınlatmakla yükümlü olduğu görülmektedir<sup>168</sup>. Yargıtay'ın 2016 tarihli kararında<sup>169</sup>, tonsillektomi (bademcik)

---

<sup>164</sup> Kılıç, **İspat**, s. 81.

<sup>165</sup> Janda, **Medizinrecht**, s. 323; Franzki, **Der Behandlungsvertrag**, s.120.

<sup>166</sup> Franzki, **Der Behandlungsvertrag**, s. 120; NomosK/Wever, BGB § 630d, s. 488; Kılıç, **İspat**, s. 82 ve dn. 55'te belirtilen yazarlar.

<sup>167</sup> Kılıç, **İspat**, s. 82.

<sup>168</sup> Belirtmemiz gerekir ki, Türk Hukukunda aydınlatmanın yazılı yapılmasını öngören bir düzenleme mevcut değildir. Burada şekil serbestisi söz konusu olmakla beraber ispat kolaylığı açısından hekimin yaptığı aydınlatmanın yazılı olması uygun olacaktır. Ancak yazılı onam formları, sözlü aydınlatmanın yerini tutmayacaktır. Ozanoğlu, **Aydınlatma Yükümlülüğü**, s. 73. Standart ifade içeren maktu onam formları aydınlatma yükümlülüğünün özenli ifası için yeterli değildir. Hastanın sosyoekonomik durumu ve eğitim düzeyi dikkate alınarak hazırlanan özel onam formlarının kullanılması uygun olacaktır. Gürkaynak/ Karaoğlu, **İspat Problemleri**, s.187. Alman Hukukunda bu yönde, Olzen/Kaya, **Der Behandlungsvertrag**, §§ 630a–h BGB, s. 664.

<sup>169</sup> “(...) 22.03.2013 tarihli raporda tonsillektomi ameliyatından sonra 4.gün gibi geç oluşan kanamalarda kanamanın sebebinin ameliyat esnasında yapılan işlemler olmayacağı, ameliyat sonrası ameliyat sahasında gelişen nekrozdan dolayı kanama meydana geleceği, bunun da hekim tarafından öngörülemeyeceği kanaatinin belirtildiği, yine mahkemece alınan 19.02.2014 tarihli raporda da ameliyat sonrası gerçekleşen kanamaların bu tür ameliyatlarda %1 ile %10u arasında oluşan komplikasyon niteliğinde olduğu, davalıların sorumluluğunun olmadığı belirtilmiştir. (...) Dosya içinde bulunan 29.03.2010 tarihli hasta onam formunun ameliyatın riskleri başlıklı bölümünün a bendinde ameliyattan sonra ilk iki hafta içinde kanama oluşabileceği geç ortaya çıkan

ameliyatlarından sonra görülen kanamanın, ameliyatın %1 ile %10 arasında sıklıkta değişen komplikasyon niteliğinde olduğu bu kanamanın ameliyat sahasında gelişen nekrozdan ileri geldiği tespit edilmiştir. Burada hasta onam formunda ameliyat riski olarak kanama ve kanamaya bağlı yeniden ameliyat riski belirtilmiştir. Ancak kanamanın hastanın yoğun bakımda kalmasına ve nihayetinde dişlerinin çekilip dilinin kesilmesi ile sonuçlanacağı onam formunda belirtilmemiştir. Yargıtay, ameliyatın olası tüm risklerinin hastaya bildirilmesi gerektiği yönünde karar vermişse de bu karar birkaç yönden oldukça hatalıdır.

Öncelikle, hekimden cerrahi müdahaleye ilişkin her riski hastaya bildirmesi beklenmemelidir. Aksi düşüncenin hastayı fazla endişe ve tedirginliğe sokması mümkündür. Dahası, tıbben bu risklerin sonu yoktur. Keza olayda görüleceği üzere ameliyatın birincil komplikasyonu olan kanama konusunda hasta aydınlatılmışsa da birincil komplikasyonun neden olduğu (ikincil ve devam eden) riskler hususunda da ayrıntılı aydınlatılması aranmaktadır. Ameliyata birincil dereceden yakınlık teşkil etmeyen bu risklerin hastaya bildirilmemesinin hekimi sorumlu kılmaya yetmeyeceği kanaatindeyiz. Burada hekimin, bu tip aydınlatma yapılmış olsaydı dahi tıbbi müdahaleye rıza göstereceği hususunda hekime savunma imkanı tanımak gerekmektedir<sup>170</sup>. Özellikle onam formunda cerrahi müdahalenin riskleri arasında ölümün de yer alması halinde, ölüm riskine rağmen tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın bu boyuta ulaşmayan zararlara rıza göstereceği düşünülmelidir.

Hekimlik sözleşmesinde üçüncü olarak kayıt tutma yükümlülüğünü ihlal halinde ispat meselesi düzenlenmiştir. Gerçekten, tedaviyi gerçekleştirenin yükümlülüğünde bulunan usulüne uygun şekilde tıbbi kayıtları yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması halinde hastanın ispat vasıtasında güçlkle karşılaşması

---

*kanamalarda tekrar hastaneye yatırılarak müdahale edilebileceği, ameliyat edilebileceği ve kan kaybı nedeniyle de kan transfüzyonu gerekebileceği hususlarının açıkça yazılmış olmasına rağmen, davacının bu komplikasyon sonra yoğun bakımda kalabileceği, sağ tarafını gereği gibi kullanamayabileceği, dilinin kesilip, dişlerinin sökülebileceği hususlarının formda açıkça yazılmadığı, bu durumda hastada kanama sonrası yaşadığı sağlık sorunları ile ilgili yeterince aydınlatılmadığı anlaşılmıştır. Hekimin, komplikasyon nedeniyle sorumlu olmadığı kabulü için hastanın bu komplikasyon sonrası yaşadığı süreç ile ilgili ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmiş olması gerekmektedir. (...)” Yarg. 13. HD. T.7.3.2016, E. 2014/46695 K. 2016/6790K (Çevrimiçi), Lexpera, 10 Mart 2018.*

<sup>170</sup>Risk hakkında bilgilendirilmemiş hastaya yapılan müdahale sırasında risk gerçekleşmezse ve hasta bu konuda bilgilendirilseydi dahi başka bir tedavi seçeneği bulunmayacaktıysa hekimin bu müdahaleden cezai sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde Erman, **Tıbbi Müdahaleler**, s. 121.

muhtemeldir. Kendisine tıbbi kayıt yükümlülüğü yüklenmiş olan tarafın bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasından olumsuz olarak etkilenecek taraf lehine ispat kolaylığı getirilmiştir.

BGB § 630 h (3) fıkrası uyarınca, gerçekleşen müdahale ve alınan önlemler BGB § 630 f (1) ya da (2) fıkrası hilafına kaydedilmemiş veya BGB § 630 f(3) hilafına muhafaza edilmemişse bu tedbirlerin gerçekleşmediği varsayılmaktadır. Burada belirtmek gerekir ki, böyle bir durum, olayda tedavi hatası olduğuna dair fiili bir karineyi işaret etmemekte, tedaviyi gerçekleştiren ancak tıbbi kayıt yükümlülüğüne riayet etmemiş olan tarafın tedavi hatasından sorumlu olduğu anlamına gelmemektedir. Ne var ki, kayda geçirilmemiş olan söz konusu işlemin yapılmadığı ya da tedbirin alınmadığı varsayılacaktır<sup>171</sup>. Hekimin diğer ispat vasıtalarına dayanması mümkündür.

Federal Mahkeme kararına konu bir olayda hasta safra kanalındaki taşın alınması amacı ile safra kesesi ameliyatı olmuştur. Safra kanalındaki taşın tamamen temizlenmemiş olması nedeni ile komplikasyonla neticelenen mide operasyonları geçirmiştir. Hasta, safra kesesi ameliyatında safra kanalının tamamen temizlenmediği ve kalan taş parçası nedeni ile sonraki mide operasyonunun gerçekleştiğini iddia etmiştir. İlk ameliyat akabinde safra kesesinde kalan taşın röntgende belli olup olmadığı incelemeye alınmışsa da röntgen filmi hastaneye bulunamamıştır. Mahkeme, tıbbi kayıtları usulüne uygun kaydetme ve muhafaza etme yükümlülüğünün tedaviyi gerçekleştiren hastaneye ait olduğunu, hastanenin bu yükümlülüğe riayet etmemiş olması nedeni ile hastanın delil ikamesinde güçlükle karşılaştığını tespit etmiştir. Burada Mahkeme, hastanın değil, hastanenin safra kesesindeki taşın röntgenden anlaşılmadığını ispat ile yükümlü olduğu kanaatine varmıştır<sup>172</sup>. Türk Hukukunda da tarafların belgeyi ibraza hangi şartlarda zorunlu olduğu ve belgeleri ibraz etmemesinin sonuçları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. HMK md. 219/f.I hükmü uyarınca taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek

<sup>171</sup> Buchner, **Alman Hukukuna Göre Hekim**, s. 323. Türk Hukukunda bu yönde Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s. 480; Şenocak, **Tıbbi Kayıt**, s. 627.

<sup>172</sup> BGH VersR 1996, 330. Kılıç, **İspat**, s. 86.

zorundadır. Tarafların belgeyi İbraz etmemesinin sonuçları ise HMK md. 220 hükmünde düzenlenmiştir<sup>173</sup>. Bu madde uyarınca mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda belgenin ibrazını talep eden tarafın beyanını kabul edebilecektir.

İspat meselesine ilişkin bir diğer düzenleme BGB § 630 h (4) fıkrasında yerini bulmuştur. Buna göre, tedaviyi gerçekleştiren tarafın, tıbbi müdahale için ehil olmaması ve bu müdahalenin hastanın yaşam, vücut ya da sağlığına zarar vermesi halinde müdahale ile zarar arasında illiyet bağının var olduğu kabul edilecektir. Maddeden görüleceği üzere uzmanlık niteliklerinin eksikliğinin ispatı, hastaya verilen zararın bu müdahale neticesinde meydana geldiğine yönelik fiili bir karine teşkil etmektedir.

Tedavi ya da tıbbi herhangi bir gereksinim ile hastane veya hekime başvuran hastanın, müdahalenin ehil kişilerce gerçekleştirileceğine yönelik haklı bir beklentisi vardır. Keza müdahale esnasında tıpta kabul gören standartlara ehil kişiler aracılığı ile ulaşılmaması beklenir. Burada ehil olmayan örneğin henüz Tıp Fakültesinden mezun olmamış öğrenci ya da uzmanlığını almamış olan asistan tarafından gerçekleştirilen bir müdahale neticesinde hastada zarar oluşması halinde bu zarara, tedaviyi gerçekleştiren kişinin uzmanlık niteliklerindeki eksikliğin neden olduğu varsayılacaktır<sup>174</sup>. Tedaviyi gerçekleştiren tarafın, fiili karineyi çürüterek zararın uzmanlık niteliklerindeki eksiklik nedeni ile meydana gelmediğini ispatlama imkanı mevcuttur.

---

<sup>173</sup> HMK md. 220 hükmü şöyledir: “(1) İbrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir.

(2) Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir.

(3) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir.”

<sup>174</sup> Bu yönde kararlar için bkz. Kern, (Laufs, Kern), Handbuch des **Arztrechts**, §157, s. 32 vd.



Hekimlik sözleşmesinde ispat konusuna ilişkin BGB kapsamına alınan son düzenleme ağır hata durumunu kapsamaktadır<sup>175</sup>. BGB § 630 h (5) fıkrası uyarınca, ağır tedavi hatasının varlığında, hastanın yaşamı, vücudu ya da sağlığında meydana gelen zararın, ağır tedavi hatası neticesinde meydana geldiği varsayılmaktadır. Burada ağır tedavi hatası olarak kabul edilen durumun varlığı halinde zarar ile tedavi hatası arasında illiyet bağının mevcut olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile ağır tıbbi uygulama hatasının, hastanın uğradığı zararın sebebi olduğu varsayılmaktadır<sup>176</sup>. Buna gerekçe olarak, herkes tarafından mevcut tıbbi standartlardan sapma olarak kabul edilebilecek ağır hata durumlarında hastayı illiyet bağını ispatla yükümlü tutmanın hakkaniyete uymayacağı belirtilmektedir<sup>177</sup>.

BGB § 630 h (5) fıkrasının devamında ise tedaviyi gerçekleştiren tarafın zamanında teşhis için gerekli tıbbi işlemleri yapma ve bu işlemleri muhafaza etme yükümlülüğünün ihlalinin aynı zamanda ağır hatayı işaret etmesi halinde illiyet bağının karine olarak mevcut olduğu düzenlenmiştir.

Burada teşhis hatası (ya da yanlış teşhis) değil teşhis için gerekli incelemelerin tamamlanması hususunda eksiklik mevcuttur. Hekim, özen yükümlülüğüne uygun incelemeler akabinde doğru teşhise ulaşabilecek ya da tüm özeni göstermesine rağmen hatalı teşhis koyma ya da teşhis koyamama ihtimali ile karşı karşıya kalabilecektir. Ancak burada hekimin ilk aşamada ihmali mevcuttur. Teşhise yönelik tetkikler yapılmadığı için olası bir hastalığın teşhisi imkanı elden kaçabilecektir. Benzer şekilde tetkikler yapılmasına rağmen muhafaza edilmemişse hastaya uygun tedavi yönteminin seçimi gibi doğru tedbirlerin alınıp alınmadığı ispat edilemeyecek ve hasta zararı ile bu eksiklik arasındaki illiyet bağını ispatlamada güçlük yaşayacaktır. Bu nedenle BGB § 630 h(5) fıkrası uyarınca, gerekli incelemelerin yapılması yönünde tereddüte yer olmayan durumlarda bu incelemeleri

---

<sup>175</sup> Yargıtay ameliyat sahasında yabancı cisim unutulmasını ağır hata olarak kabul etmektedir. Yarg. 13. HD. T. 14.3.1983 E. 1982/7237 K.1983/1783: “(...)Öyleyse, gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye inceletirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır.(...)”, (Çevrimiçi), Kazancı İçtihat Bankası, 9 Kasım 2018. Sağ bacak yerine sol bacağın ameliyat edilmesi örneğinde olduğu gibi herkesçe bilinebilir ağır hatalarda bilirkişi incelemesine gerek olmayacaktır. Prince, **General Principles of Liability**, s. 223.

<sup>176</sup> Buchner, **Alman Hukukuna Göre Hekim**, s. 323.

<sup>177</sup> Kılıç, **İspat**, s. 91.

yapma hususundaki ihmalin zarara yol açtığı varsayılmaktadır. Federal Mahkeme kararına konu olayda<sup>178</sup> olduğu gibi, kanama ve sırt ağrısı şikayeti ile birçok kez hastaneye başvuran 26 haftalık gebe kadına sadece idrar tahlili yapıp, vajinal muayene yapılmaması nedeni ile erken doğumun fark edilememesi halinde teşhis hatası değil, uygun teşhisin konulması amacı ile gerekli tetkiklerin yapılmaması söz konusudur. Teşhise yönelik gerekli incelemelerin (olayda erken doğum bulgusunu gösterecek vajinal muayenenin) yapılmamış olması ağır hata teşkil etmektedir. Bu nedenle bu tür durumlarda, ağır hata halindeki genel kural uygulanarak illiyet bağının ispatı davalı hekim üzerinde bırakılmaktadır.

---

<sup>178</sup> BGH NJW 1995, 778 (Kılıç, **İspat**, s.96).

## SONUÇ

Hekimin özen borcundan doğan sözleşmesel sorumluluğu konulu çalışmamız kapsamında ulaştığımız çeşitli sonuçlar aşağıdaki gibidir:

Tıp bilimindeki gelişmelerle birlikte günümüzde kabul gören birçok müdahaleyi kapsamına alması amacı ile tıbbi müdahale kavramının yeniden tanımlanması yerinde olacaktır. Buna göre bir müdahalenin, tıbbi müdahale olarak nitelendirilmesinde kullanılan, doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelmesi ölçütünün ön şart olarak değerlendirilmemesi düşünülebilir. Tıbbi müdahale ile hukuka uygun tıbbi müdahale kavramı arasındaki farkı dikkate alarak; tıbbi müdahale kavramını, yetkili kişilerce tıp biliminin yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilen, kişinin fiziki ve ruhi varlığına yönelik her türlü faaliyet olarak tanımlamak uygun olacaktır. Bu tür müdahaleler bünyesinde, kendiliğinden hukuka uygunluk vasfını ihtiva etmemektedir. Tıbbi müdahaleye hukuka uygunluk vasfı, müdahale dışındaki diğer olgularla kazandırılacaktır.

Hekimin özen borcunun kapsamını tayin edebilmek amacı ile öncelikle hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Pozitif hukuka bakıldığında bu sözleşmenin esaslı unsurlarının özel olarak düzenlenmediği görülmektedir. Ancak sağlık mevzuatında yer alan dağınık düzenlemelerden hekimin, tıbbi müdahaleyi de kapsayan faaliyetlerini özenle yürütmekten sorumlu olduğu, taraflarca arzulanan amacın gerçekleşmemesi nedeni ile sorumlu tutulamayacağı anlaşılmaktadır.

Kanunda özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme olmaması nedeni ile sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemek amacı ile kapsamlı bir irdeleme yapmak gerekmektedir. Esasen çoğunluk görüşü, olağan tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğunu belirtmektedir. Ancak bu görüşte olan yazarların bir kısmı, bu değerlendirmeyi TBK md. 502/II düzenlemesinin yol göstermesi neticesinde yapmaktadır. Bu kapsamda hekimlik sözleşmesinin, vekalet sözleşmesinin özel bir görünümü mü yoksa TBK md. 502/II fıkrası uyarınca, niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekaletle ilişkin

hükümlerin uygulandığı kendine özgü bir iş görme sözleşmesi mi olduğu incelenmiştir. Çalışmamızın ilk bölümünde varılan sonuç, hekimlik sözleşmesini kendine özgü bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirmeyi gerektiren farklılıklarının olmadığıdır. Bu tespitin temel gerekçesi, kendine özgü iş görme sözleşmelerinin TBK md. 512 hükmünde düzenlenen tek taraflı sona erdirme imkanını dışlaması; ancak özel bir güven ilişkisi barındıran ve özellikle hastanın kişiliğinin korunması ihtiyacı karşısında TBK md. 512 hükmünde düzenlenen bu özel sona erdirme imkanının hekimlik sözleşmesinde tanınması gerekliliğidir.

Olağan tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerini vekalet sözleşmesinin bir görünümü olarak kabul etmemiz neticesinde, geriye, doktrinde oldukça tartışmalı olan bazı özel müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin hukuki tasnifini belirlemek kalmaktadır. Bunlardan ilki, estetik amaçlı müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmeleridir.

Estetik amaçlı müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğini belirlemek amacı ile öncelikle bu sözleşmelerin tanımı ve hukuka aykırılığı sorunu irdelenmektedir. Çalışmamızda estetik amaçlı müdahalelerin tanımı hususunda tıp biliminde yer alan sınıflandırmadan faydalanılmaktadır. Bu sınıflandırma ve Sosyal Sigortalar Kanunu md 64 hükmünün yol göstermesi ile estetik amaçlı müdahaleleri, doğuştan var olan ya da sonradan meydana gelmesi itibari ile bedensel ve ruhsal bütünlüğünü bozan anomali ya da deformasyonlar haricinde kalan ve sadece güzelleştirme amacına yönelmiş müdahaleler olarak tanımlamanın uygun olacağı kanaatine varılmıştır. Doktrinde aksi yönde görüşler ileri sürülmekle beraber, biyo-tıp etik ilkeleri ve kişilik haklarına uygun kalmak kapsamı ile bu müdahalelerin hukuka aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Çalışmamızda estetik amaçlı müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Zira burada da hekim, canlı bir organizma olan insan vücudu üzerinde müdahalede bulunmaktadır. Taraflarca arzulanan estetik sonuca ulaşma konusunda hekimin inisiyatifinde olmayan ve gerekli tüm özeni gösterse dahi engelleyemeyeceği tesadüfi ya da hastanın vücuduna bağlı etkenlerin varlığı söz

konusudur. Hekimin, çok nadir dahi olsa, müdahalenin başarılı sonucunu taahhüt etmesi halinde de sözleşme vekalet sözleşmesi niteliğini koruyacaktır. Bu değerlendirmenin bir diğer gerekçesi, hekimlik sözleşmesini eser sözleşmesi olarak kabul ettiğimiz vakit TBK md. 512 hükmünün uygulama bulamayacak olmasıdır. Bu ihtimalde taraflar; ancak haklı nedenle fesih ya da tam tazminat karşılığı fesih gibi eser sözleşmesine ilişkin sona erme nedenlerinin mevcut olması halinde sözleşmeyi sona erdirebilecek olup bu durum hekimlik sözleşmesinin doğası ile bağdaşmamaktadır.

Estetik amaçlı müdahalelerde herhangi bir tıbbi zorunluluk bulunmaması ve kimi durumlarda hekimin müdahale sonucunu taahhüt etmesinin sözleşmenin niteliğini değiştirmeyeceği, bu durumların, hekimin özen borcu kapsamında tartışılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Hekimin, müdahalenin başarılı sonucunu açıkça taahhüt etmesi halinde sözleşmenin niteliğinin vekalet sözleşmesi olarak kabulü; ancak hekimin garanti sorumluluğunun mevcut olacağı yönündeki değerlendirme aynı zamanda hasta lehinedir. Bu değerlendirme ile estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinde TBK md. 512 hükmü ve vekalet sözleşmesine özgü yükümlülükler uygulama bulmakta; ancak sonucun gerçekleşmemesi halinde hastanın ifa menfaatine yönelik zararı karşılanmaktadır.

Tartışmalı bir diğer sözleşme olan aile hekimliği sözleşmesinin kamu hukukuna tabi bir sözleşme olduğu; ancak hekimin gerekli özeni gösterip göstermediği hususunda özel hukukta ileri sürülen görüşlerden faydalanılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

İşyeri hekimliğinde ise hekim ile işyeri arasında hizmet sözleşmesi bulunmakla beraber bu sözleşmenin, üçüncü kişi (işçi) yararına vekalet sözleşmesi olarak kabul edilebileceği kanaatine varılmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde varılan sonuç, hekimin tıbbi müdahalelerini konu edinen hekimlik sözleşmelerinin, müdahalenin niteliğinden bağımsız olarak, vekalet sözleşmesi olarak kabulüdür. Kamu hukukuna tabi ilişkiler hariç tutularak vardığımız bir diğer sonuç, doktrinde oldukça tartışmalı olan estetik amaçlı

müdahale gibi tıbbi zorunluluk bulundurmeyen müdahalelerin sözleşmenin hukuki niteliği konusunda değil hekimin özen borcu kapsamında tartışılması gerekliliğidir.

İlk bölümde varılan sonuçlar neticesinde hekimin, vekalet sözleşmesi niteliğinde olan hekimlik sözleşmesindeki özen borcunun kapsamını tayin etmek gerekmiştir. Bu kapsamda çalışmamızın ikinci bölümünde hekimin özen borcu aktarılmaya çalışılmıştır. Özen kavramının hekimin sözleşmesel sorumluluğunda çeşitli fonksiyonları olduğu tespit edilmiştir.

Bu fonksiyonlardan ilki, hekimin sözleşmenin ihlaline neden olmamak amacı ile göstermesi gereken özendir. TBK md. 506/f.II hükmünde vekilin, üstlendiği iş ve hizmetleri vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Bu fıkra, hekimin özen yükümlülüğünü işaret etmektedir. Hekimin özen yükümlülüğüne uyması, asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifasına hizmet etmektedir. Özen yükümlülüğünün ifası, hekimin asli ediminden ayrı olarak talep ve dava edilememekte, alacaklının tazminat talebinin dayanağı hekimin asli görme edimini özen yükümlülüğüne aykırı olarak ifa etmesinden ileri gelmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda özen yükümlülüğünün hukuki niteliği hususunda bu yükümlülüğün, asli borç-yan borç ya da edim yükümlülükleri yan yükümlülükler sınıflandırmasına dahil olacak bağımsızlığa sahip olmadığı; ancak asli edimin gereği gibi ifasının koşulu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

TBK md. 506/f.II hükmü uyarınca hekimin, sözleşmenin ihlaline neden olmaması için göstermesi gerekli özenin ölçütünde mesleğe özgü ideal hekimin uygun davranışı esas alınacaktır. Bu ölçütün somut olayda yerine getirilip getirilmediği hususunda tıp biliminin o anki bilinen ve genel kabul gören kurallarından ve tıbbi standartlardan istifade edilebilecektir. BGB § 630a/2 fıkrası da, hekimin müdahale zamanında genel olarak kabul görmüş tıbbi standartlara uymakla yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Bu düzenleme, hekimin özen yükümlülüğünü işaret etmektedir.

Hekimin sözleşme ile üstlendiği asli edimini özenle görme yükümlülüğü konusu kapsamında, hekimin faaliyetleri şahsen ifa etme yükümlülüğü incelenmiştir. Bu bahiste hekimlik sözleşmesindeki yardımcı kişi kavramının hem TBK md. 116 hükmündeki ifa yardımcılarını hem de TBK md. 506 hükmü uyarınca ikameyi işaret edebileceği anlaşılmaktadır. Ne var ki her iki kavrama bağlanan sonuçlar birbirinden farklıdır. Bu nedenle hekimin hangi hallerde ifa yardımcısından yararlandığı hangi hallerde ise işi ikame ettiğini ayırmak oldukça önemlidir. Burada, çalışmamız çerçevesinde temel aldığımız ölçüt, hekimin yardımcı kişiye kendi iradesi, hesabı ve kendi çıkarına başvurduğu durumlarda ifa yardımcısının söz konusu olacağı, iş görmeyi kendi ifa programından çıkararak bağımsız olarak yardımcı kişiye devrettiği hallerde ise ikamenin söz konusu olacağı yönündedir.

Bu ölçüt dikkate alınarak hekimin; intörn, asistan, hemşire, konsültan hekimin fiillerinden sorumluluğu ve borcun ifasında kullanılan araçlardan sorumluluğu incelenmiştir.

İntörn ve asistan hekimlerin fiillerinden sorumluluğun tipik olarak TBK md. 116 hükmünü işaret ettiği; ne var ki burada kamu hukukuna tabi bir sorumluluğun söz konusu olduğu tespit edilmiştir.

Hemşirelerinse, hemşirelik girişimi ve hemşirelik tanılama süreci olarak tanımlanan bazı işlerde hekimden ayrı ve bağımsız görevleri olduğu tespit edilmiştir. Hekimin, hemşirenin fiillerinden sorumluluğunu belirlerken birden fazla ihtimalinin nazara alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Hekim ile bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi ya hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi akdedildiği varsayımında hemşirenin, hekimin değil, hastanenin ifa yardımcısı olduğu tespit edilmiştir. Bu belirtilen tespit, hemşirenin tıbbi bakım esnasında verdiği zarara ilişkindir. Tıbbi faaliyet yürütülürken hemşirenin bağımsız görevlerini icrası esnasında meydana gelen zararlardan hekimin TBK md. 116 hükmü kapsamında sorumlu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Hekimin konsültan hekime başvurması halinde ise ikamenin söz konusu olacağı ve müdavi hekimin sorumluluğunun, konsültan hekimi seçmede özen göstermekle sınırlı olacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Hekimin, borcun ifasında tıbbi robotlardan faydalanması halinde bu robotların yardımcı kişi sayılıp sayılmayacağı tartışılmaya müsaittir. Günümüz teknolojisinde tıbbi robotlar otonom olmayıp hekimden bağımsız hareket edememektedir. Bu kapsamda tıbbi robotun kullanımını neticesinde hastada bir zarar doğması halinde burada kusurun hekime izafe edilip edilmeyeceği sorusu akla gelecektir. Hekimin hatalı komutu neticesinde robotun zarara yol açması örneğinde bizatihi hekim kusurludur. Hekime kusur izafe edilemeyen hallerde, örneğin hekimin sağ yöne komut vermiş olmasına rağmen robotun sol yöne doğru hareket etmiş olması varsayımında hekimin tıbbi robotun verdiği zarardan TBK md.116 hükmünün kıyasen uygulanması ile sorumlu olabileceği kanaatine varılmıştır. Zira burada ifa yardımcısı yerine tıbbi robottan faydalanan hekimin, yardımcı kişinin başarısız olması ihtimali yerine robotun gereği gibi çalışmaması rizikosunu üstlendiği ileri sürülebilecektir. Yakın gelecekte hekimden bağımsız, otonom robotların hekimlik faaliyetlerine katılımı ile birlikte sorumluluğun dağılımı da farklılaşacaktır. Keza bu ihtimalde tıbbi müdahale hekim tarafından değil, otonom robot tarafından yürütülecektir. Burada borcun ifasını bağımsız olarak devretmesinden hareketle hekimi, TBK md. 507 hükmü uyarınca işi ikame eden kişi olarak sorumlu tutmak uygun olacaktır. Ancak robotların, gerçek kişilerin yapacağı insani hataları yapmayacağı düşünüldüğünde hekimin, işi ikame edeceği kişiyi seçme konusunda özen yükümlülüğüne uygun hareket ettiği düşünülebilecektir. Bununla birlikte otonom tıbbi robotların hekimlik faaliyetlerinde yaygınlaşması ile birlikte, hastaların daha ziyade hastaneye tam kabul sözleşmesi tarafı olarak değerlendirilebileceği düşünülebilecektir. Bu kapsamda hastanenin, tıbbi otonom robotun hastaya verdiği zarardan sorumluluğu hususunda ifa yardımcılarında dolayı sorumluluk (TBK md. 116) hükmünün kıyasen uygulanması mümkün olabilecektir.

Özen kavramının hekimin sözleşmesel sorumluluğunda ikinci fonksiyonu, hekimin kusurunu tespit etmektir. TBK md. 506/f.III hükmünde ise, hekimin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde ölçüt alınacak davranış



düzenlenmiştir. Bu ölçüt, benzer alanda iş veya hizmet sürdüren basiretli hekimin davranışdır.

Hekimin kusurlu olup olmadığının tespitinde her ne kadar objektif bir model temel alınsa da hem somut durumun hem de hekime ait bazı özelliklerin hekimden beklenen özene etki edebileceği tespit edilmiştir. Bunların başında tarafların sözleşme ile özen borcunu artırması ve estetik amaçlı müdahaleler gelmektedir.

Tarafların sözleşme ile özen borcunu artırdığı duruma örnek olarak hekimin, müdahalenin sonucunu taahhüt etmesi verilebilecektir. Nadiren de olsa karşımıza çıkabilecek böyle bir durum, estetik amaçlı müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerine müstesna değildir. Aksine, hekim, olağan tıbbi müdahalelerde de müdahalenin başarılı olacağına yönelik taahhüt verebilecektir. İşte bu gibi hallerde, hekimin açıkça vermiş olduğu taahhüdün geçerli olacağı ve kusurun tespitinde esas alınacak özen ölçütünün yükseleceği kanaatine ulaşılmaktadır. Ancak hasta tarafından imzalanmış geçerli bir rıza formunun varlığı halinde hekimin, iş görmenin başarılı sonucunu üstlenmediği yönünde karinenin varlığından söz edilmelidir.

Hekimin, ortalamanın üstünde mesleki bilgiyi haiz olması, estetik amaçlı müdahaleler, yeni tıbbi müdahaleler halinde kusur bakış açısı altında esas alınacak özenin farklılaşp farklılaşmayacağı incelenmiştir. Bu belirtilenlerden, hekimin, ortalamanın üzerinde mesleki bilgisi hekimin asli ediminin özenli ifasında etkiliyken, estetik amaçlı müdahaleler ve yeni tıbbi müdahalelerde özellikle yan yükümlülük olan aydınlatma yükümlülüğün kapsamının genişlediğinden söz edilmelidir.

Tüm bu hallerde TBK md. 506/f.III hükmünün yol göstermesi ile temel alınan basiretli hekim ölçütünün asgari düzeyi gösterdiği, bu düzeyi aşağı çeken kişisel ve sübjektif etkenlerin değerlendirme dışı olacağı ancak somut ve bilinebilir kimi faktörlerin, kusur bakış açısı altında esas alınacak özen ölçütünde değişiklik yapabileceği tespit edilmiştir.

Çalışmamızın son kısmında hekimin özen borcuna aykırılığının sonuçları incelenmiştir. Hekimin sözleşmesel sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, diğer şartların yanında, sözleşmenin ihlalinin zarara neden olması gerekmektedir.

Zarar kurucu şartını somutlaştırabilmek amacı ile uygulamada da sorumluluğa en fazla yol açan vakalardan biri olan prenatal teşhisteki özen yükümlülüğüne aykırılık konusu ayrıca irdelenmiştir. Çalışmamızın bu kısmında varılan sonuç, rahim tahliyesi endikasyonu mevcut olmasına rağmen, özen yükümlülüğüne aykırı davranarak bu durumu tespit edemeyen hekimin sorumluluğunun mevcut olacağıdır. Burada hekimin davranışı çocuğun sağlıksız doğmasına yol açmamış olmakla beraber anne ve babanın aile planlamasına yönelik takdir hakkı hekim tarafından ihlal edilmektedir. Bu kapsamda anne ve babanın, manevi zararlarına ilaveten çocuğun bakım masraflarına yönelik zararının da giderilmesi gerekmektedir. Annenin tazminat talebinin dayanağı, bizatihi hekim ile arasında akdedilen hekimlik sözleşmesiyken babanın talebi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Çocuğun tazminat talebi hususunda ise farklı bir değerlendirmeye ulaşılmaktadır. Çocuğun sağlıksız doğmasına hekimin davranışı neden olmamaktadır. Çocuğun tazminat talebi, onun ızdırap ve acı duyduğu kendi varlığına dayanmaktadır. Çocuğun tazminat talebinin kabul edilebilmesi için, onun yaşamama, hiç var olmamaya yönelik kişilik hakkının tanınması gerekmektedir. Çocuğun hiç var olmamaya yönelik kişilik hakkından söz edilemeyeceğinden onun, anne ile hekim arasındaki sözleşmenin koruma sahasından faydalanması da mümkün olmayacaktır. Bu nedenle çocuğun tazminat talebinin dinlenebilir olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Anne veya babanın, hekimin sterilizasyon işlemi özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olması nedeni ile sağlıklı bir çocukları dünyaya gelmesi halinde de zararlarının giderilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ne var ki burada, rahim tahliyesi endikasyonuna rağmen dünyaya gelen sağlıksız çocuğun durumundan farklı olarak bakım masraflarının çocuğun ergin olması ile sona ereceği düşünülebilecektir. Her halükarda çocuğun tazminat talebinin kabulünün mümkün olmayacağı kanaatine varılmıştır.

## BİBLİYOGRAFYA

Abanador, Michelle	<b>Die Zulässigkeit der Substitution ärztlicher Leistungen durch Leistungen nichtärztlichen Pflegepersonals</b> , Düsseldorf Rechtswissenschaftliche Schriften 94, 2011. <b>(Die Zulässigkeit der Substitution)</b>
Abik, Yıldız	“Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı”, <b>AÜHFD</b> , C.54, Sa.3, 2005, s.242- 287. <b>(İyileşme Şansının Kaybı)</b>
Adıgüzel, Sibel	“Yoğun Bakım Ünitelerinde Aydınlatma ve Onam Alma Yükümlülüğü”, <b>İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü</b> , (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2011. <b>(Yoğun Bakım)</b>
Akartepe, Alpaslan	“Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, <b>Sağlık Hukuku Sempozyumu: Erzincan 15-16 Mayıs 2006</b> , Yetkin, 2007, s.13-21. <b>(Tedavi Sözleşmesi)</b>
Akıncı, Şahin	<b>Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi</b> , Konya, 2004. <b>(Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi)</b>
Akgül, Aydın	“İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı”, <b>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , Sa.1, C.XX, 2016, s. 269-302. <b>(Danıştayın Yeni Yaklaşımı)</b>
Akipek, Şebnem	<b>Alt Vekalet</b> , Ankara, Yetkin, 2003. <b>(Alt Vekalet)</b>
Akipek Şebnem, Öcal,	“Hastanın Tedaviyi Reddetmesi ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, <b>III. Ulusal Sağlık Hukuku “Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi”</b> , 2017, s. 111-125. <b>(Hastanın Tedaviyi Reddetmesi)</b>
Akkanat, Halil	“Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, <b>Özer Seliçi’ye Armağan</b> , Ankara, 2006, s.25-41. <b>(Hastaneye Kabul Sözleşmesi)</b>

Akman, Sermet	<b>Sorumsuzluk Anlaşması</b> , Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976. ( <b>Sorumsuzluk Anlaşması</b> )
Akyılmaz, Bahtiyar	“Kamu Zararının Genel Esasları, Kamu Zararında Rücu ve Rücu Sorumluluğu”, <b>Kamu Zararı ve Sorumluluk Çalıştayı</b> , Ankara, 2015, s. 43-63. ( <b>Kamu Zararının Genel Esasları</b> )
Akyol, Şener	<b>Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme</b> , İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008. ( <b>Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme</b> )
Alat, İlker	“Kalp Damar Cerrahisiyle İlgili Adli Tıp Sorunları”, <b>Anadolu Kardiyol Dergisi</b> , Sa.5, 2005, s. 334-335. ( <b>Kalp Damar Cerrahisi</b> )
Aral, Fahrettin	<b>Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa</b> , Ankara, Yetkin, 2011. ( <b>Kötü İfa</b> )
Archard, David, W	“Children’s Consent to Medical Treatment”, <b>Principles of Health Care Ethics</b> , Second Edition, John Wiley & Sons, Ltd, s. 311- 318. ( <b>Children’s Consent</b> )
Arda, Berna / Şahinoğlu Pelin, Serap	“Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları”, <b>Ankara Tıp Mecmuası</b> , Sa.48, 1995, s. 323-336. ( <b>Tıbbi Etik</b> )
Arı, Elçin	“Estetik Cerrahin Hukuki Sorumluluğu”, <b>İzmir Barosu Dergisi</b> , Y.67, 2002, Sa.1, s.12-43. ( <b>Estetik Cerrah</b> )
Arkan, Sabih	<b>Ticari İşletme Hukuku</b> , Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş Yirmi beşinci Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2019. ( <b>Ticari İşletme</b> )
Arpacı, Abdülkadir	“Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, <b>Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , <b>Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza</b>

	<b>Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, VI/2, 2009, s. 5-15. (Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı)</b>
Aşçıoğlu, Çetin	<b>Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar: Doktorların Devlet'in ve Özel Hastahanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki), Ankara, 1993. (Tıbbi Yardım ve El Atmalar)</b>
Atabek, Reşat/ Sezen Merih	“Hekimin Mes’uliyeti”, <b>İstanbul Barosu Dergisi, S.2, 1954, s.135-166. (Hekimin Mes’uliyeti)</b>
Ayan, Mehmet	<b>Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Kazancı, 1991. (Tıbbi Müdahaleler)</b>
Aydaş, Selma	“Hekimlerde Malpraktis Kaynaklı Defansif Tıp Davranışları”, <b>Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2014. (Malpraktis Kaynaklı Defansif Tıp Davranışları)</b>
Aydın, Erdem	“Tıp Etiğinde Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi”, <b>Erciyes Tıp Dergisi, C. 25, Sa. 2, 2003, s. 92-97. (Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi)</b>
Aydın, Erdem/ Ersoy, Nermin	“Tıp Etiği İlkeleri”, <b>Türkiye Klinikleri, 1995, Sa.2-3, s. 48-52. (Tıp Etiği)</b>
Aydın, Tülay	“Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Korunması”, <b>İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2007. (Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Kazanılması)</b>
Aydın, Tülay	“Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi”, <b>İÜHFİM, C.LXIV, Sa.2, 2006, s. 327-342. (Karar İncelemesi)</b>
Aydınlı, İbrahim	<b>Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara, Seçkin, 2004. (Sosyal Temas)</b>

Bağçeci (Tacir), Hamide	“Biyotıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramına Güncel Bir Bakış ve İnsan Geliştirme Uygulamaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması”, <b>Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C. 15, Sa. 2, 2018, s. 1-52. ( <b>İnsan Onurunun Korunması</b> )
Baker, Dennis, J	“Should Unnecessary Harmful Nontherapeutic Cosmetic Surgery Be Crimininalized?”, <b>New Criminal Law Review</b> , Sa.17, 2014, s. 587-630. ( <b>Nontherapeutic Cosmetic Surgery</b> )
Baş Süzel, Ece	“Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa”, <b>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi</b> , C.24, Sa.2, 2018, s. 966-998. ( <b>İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa</b> )
Başalp, Nilgün	<b>Sorumsuzluk Anlaşmaları</b> , İstanbul, On iki Levha, 2012. ( <b>Sorumsuzluk Anlaşmaları</b> )
Başalp, Nilgün	“Sorumsuzluk Anlaşması, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk”, <b>Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansı I: Anılar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borçların İfası-Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları</b> , 2014, s. 386-409. ( <b>İsmet Sungurbey’e Armağan</b> )
Başalp Yıldırım, Nilgün	“Haksız Fiil Sorumluluğunun Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Yeni Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler”, <b>Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C.14, Sa.177, 2019, s. 1017-1061. ( <b>Hukuka Aykırılık Unsuru</b> )
Başpınar, Veysel	“Hekimin Özen Borcu”, <b>Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006</b> , Ankara, 2007, s. 23-39. ( <b>Hekimin Özen Borcu</b> )
Başpınar, Veysel	<b>Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu</b> , Yetkin, 2004. ( <b>Vekilin Özen Borcu</b> )
Başpınar, Veysel	“Yargıtay Uygulamaları Açısından Hekimin Özen Borcunun Tıbbi Standartlarla İlişkisi”, <b>Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan</b> , C.1, Ankara, 2010, s. 365-395. ( <b>Özen</b> )

	<b>Borcunun Tıbbi Standartlarla İlişkisi)</b>
Başterzi Süleyman	“Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, <b>Sicil İş Hukuku Dergisi</b> , Sa.17, 2010, s. 175-199. ( <b>Avukatla Bağtlanan Sözleşme</b> )
Bayraktar, Köksal	<b>Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu</b> , İstanbul, Sermet Matbaası, 1972. ( <b>Cezai Sorumluluk</b> )
Belgesay, Mustafa Reşit	“Doktorun Hukuki Borçları”, <b>İÜHFM</b> , C.11, S. 3-4, 1945, s.108-128. ( <b>Doktorun Hukuki Borçları</b> )
Belgesay, Mustafa Reşit	<b>Tıbbi Mesuliyet</b> , İstanbul, Sıralar Matbaası, 1954. ( <b>Tıbbi Mesuliyet</b> )
Bergmann, Karl Otto/ Middendorf, Max	<b>Nomos Kommentar Gesamtes Medizinrecht</b> , §§630a-630b BGB, 3. Auflage, 2018. ( <b>NomosK/Bergmann-Middendorf</b> )
Bergmann, Karl Otto/Wever, Carolin	<b>Die Arzhaftung: Ein Leitfaden für Ärzte und Juristen</b> , 4. Auflage, Springer, 2014. ( <b>Die Arzhaftung</b> )
Bilge, Necip	<b>Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri</b> , Ankara, 1962. ( <b>Özel Borç Münasebetleri</b> )
Bilici, Tuğçe	“Serbest Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkiye Dair Bir Değerlendirme”, <b>Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı (80. Yıl Sempozyumu Tebliğleri)</b> , On iki Levha, 2018, s. 591-613. ( <b>Serbest Çalışan Hekim</b> )
Bucher, Eugen	<b>Obligationenrecht</b> , Besonderer Teil, 3. Auflage, 1988. ( <b>OR 394-406</b> )
Buchner, Benedikt	“Alman Hukukuna Göre Hekimin Özel Hukuk Alanındaki Sorumluluğu Bağlamında Yargılama Usulü ve Sigorta

	Hukukuna İlişkin Sorunlar”, Çev. Tahir Muratoğlu, <b>VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu</b> , Adalet Yayınevi, 2012, s. 321-329. ( <b>Alman Hukukuna Göre Hekim</b> )
Bulut, Uğur	“Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, <b>Ankara Barosu Dergisi</b> , Sa.2, 2012, s. 321-349. ( <b>Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemeleri</b> )
Busche, Jan	<b>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch</b> , §§ 631 - 651 BGB, 7. Auflage, 2018, ( <b>MüKoBGB-Busche</b> )
von Büren, Bruno	<b>Schweizerisches Obligationenrecht</b> , Besonderer Teil, (Art. 184-551), Zürich, 1972. ( <b>Besonderer Teil</b> )
Büyükkay, Yusuf	<b>İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu</b> , İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006. ( <b>İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuk</b> )
Büyükkay, Yusuf	“Tıbbi Hatalar Nedeniyle Ortaya Çıkan Tazminatın Müdahaleyi Gerçekleştiren Sağlık Ekibi Arasında Paylaştırılması”, <b>Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan</b> , 2011, 307-343. ( <b>Tazminatın Paylaştırılması</b> )
Büyüksağış, Erdem	“Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellemek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi?” <b>e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi</b> , Sa. 48, Şubat 2006, (Çevrimiçi), 18 Eylül 2019. ( <b>Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuk</b> )
Büyüksağış, Erdem	“Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, <b>AÜHFD</b> , C.54, Sa.4, 2005, s. 119-148. ( <b>Yaşama Şansının Yitirilmesi</b> )



Canbolat, Ferhat	“Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, <b>TBB Dergisi</b> , Sa.80, 2009, s. 156-181. ( <b>Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahale</b> )
Canyürek, Murat	“Özellikle “Maddi Fiillere İlişkin Vekalet” Yönünden Vekalet Sözleşmelerinin Bazı Özellikleri”, <b>Argumentum</b> , 1991, C.1, Sa.10, s.182-188. ( <b>Maddi Fiillere İlişkin Vekalet</b> )
Civaner, Murat	“Malpraktis yerine “hizmet kaynaklı zarar” <b>Türk Pediatri Arşivi</b> , 2011, Sa.46, s. 6-11. ( <b>Hizmet Kaynaklı Zarar</b> )
Culhane, John	“ABD Uygulamasında Tıbbi Müdahale Nedeniyle Bedensel Zararların Tazmini Esasları”, <b>Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini</b> , C.1, Ankara, 2016, s. 575-585. ( <b>ABD Uygulamasında Tıbbi Müdahale</b> )
Çağlayan, Ramazan	“Aile Sağlığı Merkezi Personelinin Hukuki Statüsü”, <b>Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Serdar Özgüldür Armağanı</b> , S.7, 2016, s. 399-416. ( <b>Aile Sağlığı Merkezi Personeli</b> )
Çağlayan, Ramazan	“İdarenin Sorumluluğu Anlamında Bedensel Zarar Kavramı ve Uygulaması”, <b>Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini</b> , C. 2, Ankara, 2016, s. 225-268. ( <b>Bedensel Zarar</b> )
Çağlayan, Ramazan	<b>İdare Hukuku Dersleri</b> , 7. Baskı, Adalet, 2019. ( <b>İdare Hukuku</b> )
Çakır, Hüseyin Melih	“Aile Hekimlerinin Hukuki Statüsü”, <b>İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , Sa.2, 2015, s.113-156. ( <b>Aile Hekimlerinin Hukuki Statüsü</b> )
Çamoğlu, Ersin	<b>Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu</b> , Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. ( <b>Yönetim Kurulu Üyeleri</b> )

Çelebi, Özgün	“Şans Kaybının Tazmini”, <b>Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi</b> , C.34, Sa.2, 2018, s. 121-196. ( <b>Şans Kaybının Tazmini</b> )
Çelik, Ahmet Çelik	<i>Can Zararları Tüketici Yasası'nın Konusu Değildir</i> , (Çevrimiçi), <a href="http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/381_can-zararlari-tuketici-yasasi-nin-konusu-degildir.pdf">http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/381_can-zararlari-tuketici-yasasi-nin-konusu-degildir.pdf</a> , 27 Mayıs 2019. ( <b>Can Zararları</b> )
Çilingiroğlu, Cüneyt	<b>Tıbbi Müdahaleye Rıza</b> , İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993. ( <b>Tıbbi Müdahaleye Rıza</b> )
Çinpolat, Salih	“Yahudilik, Hristiyanlık ve İslam'da Sünnetin Yeri”, <b>Kırıkkale İslami İlimler Fakültesi Dergisi</b> , S.3, Y2, 2017, s. 109-126. ( <b>Sünnet</b> )
Daly, Aoife	“Children’s Autonomy in Medical Law (Compared to Other Areas of Law): A Different Ball Game?”, <b>Children, Autonomy and the Courts: Beyond the Right to be Heard</b> , Brill Nijhoff, 2018. ( <b>Children’s Autonomy</b> )
Demir, Mehmet	“Hekim- Hastane İlişkisi Temelinde Tıbbi Sorumluluğun Hukuksal Görünüm Biçimleri”, <b>Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu</b> , On iki Levha, 2011, s.287-307. ( <b>Hekim-Hastane İlişkisi</b> )
Demir, Mehmet	<b>Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku</b> , Ankara, Yetkin, 2018. ( <b>Tıbbi Sorumluluk</b> )
Demir, Mehmet	“Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, <b>AÜHFD</b> , C. 57, Sa.3, 2008, s. 225-252. ( <b>Sözleşmeden Doğan Sorumluluk</b> )
Demir, Mehmet	“İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, <b>TBB Dergisi</b> , S. 89, 2010, s.96-128. ( <b>İlaç Kullanımı</b> )
Demircioğlu, Huriye Reyhan	<b>Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)</b> , Ankara, Yetkin, 2009.

	<b>(Sözleşme Görüşmeleri)</b>
Demirörs, Özge/ Hızal, Sevinç Arslan	“Türk Ceza Hukukunda Ötanazi”, <b>AÜHFD</b> , Sa.65, 2016, s. 1481-1516. <b>(Türk Ceza Hukukunda Ötanazi)</b>
Deryal, Yahya	“Hemşirenin Hukuki Sorumluluğu”, <b>III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010</b> , Ankara Barosu Yayınları, 2011, s.416-440. <b>(Hemşirenin Hukuki Sorumluluğu)</b>
Deutsch, Erwin	“Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”, Çev. İrfan Yazman, <b>AÜHFD</b> , C. XXXVI, Sa.1, s.171-186. <b>(Deneysel Tıp)</b>
Deutsch, Erwin	“Die Haftung für Ärzte und Krankenhäuser in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft nach zu erwartendem EG-Recht”, (Deutsch, Erwin/ Taupitz, Jochen: <b>Haftung der Dienstleistungsberufe: Natürliche Vielfalt und europäische Vereinheitlichung</b> ), Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 14, Heidelberg, 1993. <b>(Dienstleistungsberufe)</b>
Deutsch, Erwin/ Spickhoff, Andreas	<b>Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht</b> , 7. Auflage, Springer, 2014. <b>(Medizinrecht)</b>
Doğan, Cahid	“Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi) ile Bölünmüş Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamında Hastaneye Kabul Sözleşmesi)”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , C.3, Sa.6, 2014, s.177-197. <b>(Hastaneye Kabul Sözleşmesi)</b>
Doğan, Murat	“Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı”, <b>Sağlık Hukuku Sempozyumu: Erzincan 15-16 Mayıs 2006</b> , Ankara, 2007, s.39-56. <b>(Hekimin Kusuru ve İspat)</b>
Doğramacı, Yakup Gökhan	<b>Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlkesi</b> , İstanbul, Legal, 2016. <b>(Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği)</b>

Doğramacı, Yakup Gökhan/ Erkol, Zehra Zerrin	“Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , C.5, Sa.10, 2016, s.255-301. ( <b>Çocuklarda Kan Naklinin Reddi</b> )
Donay, Süheyl	“Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, <b>İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi</b> , Sa.10, 1968, s.39-54. ( <b>Doktorun Hukuki Sorumluluğu</b> )
Dölen, İsmail	“Tıbbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?”, <b>V. Sağlık Hukuku Kurultayı 1-2 Kasım 2013</b> , Ankara Barosu Dergisi, 2014, s.35-41. ( <b>Tıbbi Açıdan Fetüs</b> )
Durak, Yasemin	“Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , C.3, Sa.6, Legal, 2014, 147-177. ( <b>Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi</b> )
Dural, Mustafa	“Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğu”, <b>Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu</b> , On iki Levha Yayınları, 2011, s. 249-259. ( <b>Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğu</b> )
Dural, Mustafa	“Hekimin Sorumluluğu ve Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası”, <b>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi</b> , C.14, Sa.4, 2008, s. 153-157. ( <b>Hekimin Sorumluluğu</b> )
Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan	<b>Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku</b> , İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019. ( <b>Kişiler Hukuku</b> )
Ekici, İlkey	“Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısının Fiillerinden Doğan Sorumluluk”, <b>Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü</b> , (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2016. ( <b>Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısı</b> )
Elçin Grassinger, Gülçin	“Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi (Alacaklıya Halef Olma- Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme- Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme)”, <b>Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler</b>

	<b>Konferansı II: Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi, Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı, 2014, s.185-194. (Borç İlişkileri)</b>
Elçin Grassinger, Gülçin	<b>Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md.347, md.348), İstanbul, On iki Levha, 2009. (Velayet Hükümleri)</b>
Emiroğlu, Haluk	“Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, <b>AÜHFD</b> , C.52, Sa.1, 2003, s.101-111. <b>(Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi)</b>
Erdoğmuş, Belgin	<b>Roma Borçlar Hukuku Dersleri</b> , Der Yayınları, 2019. <b>(Roma Borçlar Hukuku)</b>
Eren, Fikret	<b>Borçlar Hukuku Genel Hükümler</b> , 24. Baskı, Ankara, Yetkin, 2019. <b>(Genel Hükümler)</b>
Eren, Fikret	<b>Borçlar Hukuku Özel Hükümler</b> , 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 2019. <b>(Özel Hükümler)</b>
Eren, Fikret	“İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, <b>Turgut Akıntürk’e Armağan</b> , Beta, 2008, s. 85-109. <b>(İsimsiz Sözleşmeler)</b>
Eren, Fikret	“Türk Borçlar Hukukunda Kişiyeye İlişkin Zarar”, <b>Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini</b> , C. 1, Ankara, 2016, s. 57-76. <b>(Kişiyeye İlişkin Zarar)</b>
Ergüne, Mehmet Serkan	“Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, <b>Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan</b> , C.I, İstanbul, 2010, s. 909-927. <b>(Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zarar)</b>
Erlüle, Fulya	<b>Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat</b> , Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin, 2015. <b>(Manevi Tazminat)</b>

Erman, Barış	<b>Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu</b> , Ankara, Seçkin, 2003. <b>(Tıbbi Müdahaleler)</b>
Erman, Barış	“Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı”, <b>Fasikül Hukuk Dergisi</b> , C. 2, Sa. 4, 2010, s. 31-34. <b>(Tıbbi Müdahaleye Rıza)</b>
Erol Sarıyev, Ayşe	“Alternatif Tıbbi Yöntemlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, <b>Gediz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü</b> , (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2014. <b>(Alternatif Tıbbi Yöntemler)</b>
Ersoy, Nermin	“Aydınlatılmış Onam Öğretisi”, <b>Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik</b> , 1995, Sa.1, s.1-5. <b>(Aydınlatılmış Onam)</b>
Ersöz, Ahmed Kürşat/ Özkan, Halid	“Hekim ve Eczacının İlacın Kullanılmasından Kaynaklanan Yasal Sorumluluğu”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , Sa.5, 2014, s. 63-103. <b>(Hekim ve Eczacının Sorumluluğu)</b>
Ersöz, Ahmet Kürşat	<b>Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu</b> , İstanbul, On iki Levha, 2012. <b>(İdaresinin Sorumluluğu)</b>
Ertaş, Şeref	“Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, <b>Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , 1980, Y.1, s. 173-204. <b>(Hekimin Mesleki Kusuru)</b>
Eşelioğlu, Rasime	“İnsan Onuru ve Biyoetik”, <b>Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C. 3, Sa.1, 2017, s. 237-246. <b>(İnsan Onuru ve Biyoetik)</b>
Evren, Çınar Can	“Hizmet Kusuru- Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni”, <b>TBB Dergisi</b> , Sa. 95, 2011, s.175- 197. <b>(Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı)</b>
Franzki, Dominik	<b>Der Behandlungsvertrag: Ein neuer Vertragstypus im Bürgerlichen Gesetzbuch</b> , Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Band 19, Universitätsverlag Göttingen, 2014. <b>(Der Behandlungsvertrag)</b>

Gautschi, Georg	<b>Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht</b> , 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der Einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern, 1971. <b>(Der Einfache Auftrag)</b>
Gehrlein, Markus	<b>Grundwissen Arzthaftungsrecht</b> , 3. Auflage, 2018. <b>(Grundwissen Arzthaftungsrecht)</b>
Gezder, Ümit	“Hekimin Yükümlülükleri”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , Sa.6, 2014, s. 123-147. <b>(Hekimin Yükümlülükleri)</b>
Gezder, Ümit	“Malpractice Liability According to Danish Law”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , Sa.2, 2012, s.11-26. <b>(Danish Law)</b>
Gezder, Ümit	<b>Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu</b> , İstanbul, Beta, 2009. <b>(Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)</b>
Göçmen, Erkin	“Özel Hastanede Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, <b>Legal Hukuk Dergisi</b> , Sa.81, 2009, 2849-2859. <b>(Özel Hastanede Çalışan Hekim)</b>
Gökyayla, K. Emre	<b>Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi</b> , Ankara, Seçkin, 2007. <b>(Avukatlık Sözleşmesi)</b>
Gökyayla, K. Emre	<b>Destekten Yoksun Kalma Tazminatı</b> , Ankara, Seçkin, 2004. <b>(Destekten Yoksun Kalma Tazminatı)</b>
Gökyayla, K. Emre	“Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, <b>Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansı II: Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi, Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı</b> , 2014, s.68- 85. <b>(İsmet Sungurbey’e Armağan)</b>
Gökyayla, K. Emre	“Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, <b>Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan</b> , 2002, s. 785-806. <b>(Özen Borcu)</b>

Gökyayla, Emre	“Eser ve Vekalet Sözleşmeleri”, <b>Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu</b> , Der. Murat İnceoğlu, On iki Levha, 2011, s. 287-295. ( <b>Eser ve Vekalet Sözleşmeleri</b> )
Gökyayla, Emre	“Ölüm ve Bedensel Zarar”, <b>İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu: Madde 1-82</b> , Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s.751-967. ( <b>Ölüm ve Bedensel Zarar</b> )
Graf, Ute	<b>Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess</b> , Münschen, 2002. ( <b>Die Beweislast</b> )
Günel, İlhan	“Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, <b>TAAD</b> , C. 1,Y. 2, Sa. 5, s.585- 642. ( <b>Tıbbi Müdahale Sözleşmesi</b> )
Günel, İlhan	<b>Tıbbi Müdahaleye Rıza</b> , Seçkin, 2018. ( <b>Rıza</b> )
Gümüş, Mustafa Alper	“6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, <b>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi</b> , C.22, Sa.3, s. 2016, s. 1221-1240. ( <b>Basiretli İş Adamı Ölçütü</b> )
Gümüş, Mustafa Alper	<b>6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi</b> , C.1, Madde 1-46, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014. ( <b>Tüketici</b> )
Gümüş, Mustafa Alper	<b>Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu</b> , İstanbul, Beta, 2001. ( <b>Vekilin Özen Borcu</b> )
Günday, Rezzan	<b>Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk</b> , Ankara, Adalet Yayınevi, 2012. ( <b>Malpraktis</b> )
Gürbüz, Nagehan	<b>Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru</b> , On iki Levha, 2014. ( <b>İnsan Onuru</b> )
Güvenç, Özgür	“Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi”, <b>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C. XVIII, Sa.3-4, 2014, s. 363-



	<b>405. (Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi)</b>
Gürelli, Nevzat	“Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, <b>İÜHFM</b> 1979, 1980, 81, C.45-47, S. 1-4, s. 267-275. <b>(Cerrahi Müdahale)</b>
Gürkaynak, Gönenç/ Karaoğlan, Ceyda/ Uluay, Tolga	“Hastanın Aydınlatılması Noktasındaki Şekil Serbestisinden İleri Gelen İspat Problemleri”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , Sa.4, 2014, s.179-194. <b>(İspat Problemleri)</b>
Hacımahmutoğlu, Sibel	“Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü Fonksiyonel Bir Yaklaşım”, <b>Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi</b> , C.31, Sa.3, 2015, s.23-56. <b>(Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü)</b>
Hakeri, Hakan	“Geleneksel Tıp Bakımından Ülkemizdeki Hukuki Durum”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , Sa.7, 2015, s. 17-42. <b>(Geleneksel Tıp)</b>
Hakeri, Hakan	“Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , 2016, Sa.6, s. 17-45, <b>(Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları)</b>
Hakeri, Hakan	“Tıbbi Müdahalelerde Endikasyon”, <b>Tıp Hukuku Atölyesi-I</b> , Ankara, Seçkin, 2013. s.61-77. <b>(Tıbbi Müdahalelerde Endikasyon)</b>
Hakeri, Hakan	<b>Tıp Hukuku</b> , Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018. <b>(Tıp Hukuku)</b>
Hakeri, Hakan	“Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı”, <b>Toraks Cerrahisi Bülteni</b> , C.V, 2014, s.23-28. <b>(Malpraktis)</b>
Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre	<b>Borçlar Hukuku Genel Bölüm</b> , 4. Bası, İstanbul, Vedat, 2017. <b>(Genel Bölüm)</b>
Hatırnaz Erol, Gültezer	<b>Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları</b> , Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2009. <b>(Özel Hastaneler)</b>
Havutçu, Ayşe	“6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a

	Göre Ayıplı Mal veya Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı”, <b>Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini</b> , C. 2, Ankara, 2016, s.91- 112. <b>(Ayıplı Hizmet)</b>
Helvacı, Serap	<b>Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar</b> , İstanbul, Beta, 2001. <b>(Kişilik Hakkı)</b>
Hofstetter, Josef	<b>Schweizerisches Privatrecht</b> , Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, 7. Band, 6. Teilband, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Helbing&Lichtenhahn, 2000. <b>(Der Auftrag)</b>
Holland, Dario	<b>Das Verhältnis von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung</b> , Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Band 21, Universitätsverlag Göttingen, 2017. <b>(Selbstbestimmungsaufklärung)</b>
Honsell, Heinrich	<b>Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil</b> , 3. Neu Bearbeitete Auflage, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern, 1995. <b>(OR Art 394-406)</b>
Howe, Robert S	“Rotine Infant Circumcision: Vital Issues that the Circumcision Proponents may be Overlooking”, <b>Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural and Religious Infringements</b> , Springer, s. 29-55. <b>(Infant Circumcision)</b>
Irwin, W, G	“Medical Ethics”, <b>The Ulster Medical Journal</b> , Vol. 56, No.1, 1987, s. 1-12, (Çevrimiçi), PubMed, 12 Ekim 2019. <b>(Medical Ethics)</b>
İmamoğlu, S., Hülya	“Hasta Vasiyeti”, <b>III. Ulusal Sağlık Hukuku “Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi”</b> , 2017, s.125-152. <b>(Hasta Vasiyeti)</b>
İmamoğlu, S., Hülya	“Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler”, <b>AÜHFD</b> , Sa.65, 2016, s.199-230. <b>(Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler)</b>
İmançlı, Canan	“Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu”, <b>İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü</b> , (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2019. <b>(Kişisel Sağlık Verileri)</b>

İnal, Tamer	“Tıbbi ve Cerrahi Uygulamada Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluk”, <b>Terazi Hukuk Dergisi</b> , C.9, Sa.100, 2014, s.761-784. ( <b>Cerrahi Uygulama</b> )
İnceoğlu, Murat/Paksoy, Meliha Sermin	“Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK md 55)”, s. 1383-1411, s. 1397 vd. (Çevrimiçi), <a href="https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/10-M.-Murat-İNCEOĞLU-Meliha-PAKSOYyy.pdf">https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/10-M.-Murat-İNCEOĞLU-Meliha-PAKSOYyy.pdf</a> 8 Ekim 2018. ( <b>TBK md 55</b> )
Janda, Constanze	<b>Medizinrecht</b> , 3. Auflage, 2016. ( <b>Medizinrecht</b> )
Kahraman, Zafer	“Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, <b>İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C.7, Sa.1, 2016, s. 479-510. ( <b>Hastanın Rızası</b> )
Kaneti, Selim	<b>Akdin İfa Edilmediği Def'i</b> , İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962. ( <b>Akdin İfa Edilmediği Def'i</b> )
Kaneti, Selim	“Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü”, <b>Makaleler</b> , İstanbul, On iki Levha, 2011, s. 629-643. ( <b>Hekimin Hukuksal Sorumluluğu</b> )
Karabacak Furuncı, Semra	“Türk Hukuk Düzeninde Biyoetik Kurullar”, <b>İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü</b> , (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2013. ( <b>Biyoetik Kurullar</b> )
Karabağ Bulut, Nil	“Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları”, <b>Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan</b> , C.1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 825-883. ( <b>Sorumsuzluk Anlaşmaları</b> )
Karakoç, Nurgül/ Çınarlı, Serkan	“Tıbbi Uygulamalarda Etik ve Etikten Kaynaklı Malpraktis”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , Sa.12, 2017, s.339-388. ( <b>Tıbbi Uygulamalarda Etik</b> )
Karataş, Mehmet	“Tıbbi Hata Nedenleri ve Çözüm Yolları”, <b>İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi</b> , Sa.17, 2010, s. 233-236. ( <b>Tıbbi Hata</b> )
Katzenmeier, Christian	<b>Arztrecht</b> , (Laufs, Adolf/ Katzenmeier, Christian/ Lipp, Volker), 7. Auflage, München, 2015. ( <b>Katzenmeier, (Laufs/Katzenmeier/Lipp), Arztrecht</b> )
Kayalı, Uygur	“İşyeri Hekimliği Sözleşmesi”, <b>Kadir Has Üniversitesi</b>

	<b>Sosyal Bilimler Enstitüsü</b> , (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2013. ( <b>İşyeri Hekimliği</b> )
Kempter, Marco	<b>Medizinische Sorgfaltsstandards: Einfluss medizinischer Verhaltensregeln auf den zivilrechtlichen Sorgfaltmaßstab</b> , Logos Verlag Berlin, 2005. ( <b>Medizinische Sorgfaltsstandards</b> )
Kern, Bernd-Rüdiger	<b>Handbuch des Arztrechts</b> , (Laufs, Adolf, /Kern, Bernd-Rüdiger), 4. Auflage, München 2010. ( <b>Kern, (Laufs, Kern) Handbuch des Arztrechts</b> )
Keskin, Dilşad	“Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”, <b>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C. XVII, Sa.1-2, 2013, s. 743-774. ( <b>Doğum Öncesi</b> )
Kestel, Mustafa; Tarhan, Hüseyin; Şahin Hayrettin	Erkek Sünneti (Male Circumcision)”, <b>Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Tıp Dergisi</b> , S.5, 2018, s. 27-31. ( <b>Erkek Sünneti</b> )
Kılıç, Elif Irmak	“Alman Hasta Hakları Kanununun Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Açılan Davalarda İspat ile İlgili Hükümlerinin İncelenmesi”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , Sa.7, 2015, s. 65-101. ( <b>İspat</b> )
Kılıç, Elif Irmak	“Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Hekimlere Açılan Tazminat Davalarında Usuli Sorunlar”, <b>İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü</b> , (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2014. ( <b>Usuli Sorunlar</b> )
Kılıçoğlu, Ahmet, M	<b>Borçlar Hukuku Genel Hükümler</b> , Genişletilmiş 23. Bası, Ankara, Turhan, 2019. ( <b>Genel Hükümler</b> )
Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru	“Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, <b>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi</b> , Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, C.I, Sa.3, 2016, s.1759-1771. ( <b>Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme</b> )
Kızır, Mahmut	“Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi”, <b>Selçuk Üniversitesi Hukuk</b>

	<b>Fakültesi Dergisi, C.19, Sa.2, 2011, s.245-283. (Basiretli İşadamı)</b>
Kocayusufpaşaoğlu, Necip	<b>Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme,</b> (Kocayusufpaşaoğlu, Necip /Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir), Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4üncü Basıdan 7nci Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017. <b>(Borçlar Hukuku Genel Bölüm)</b>
Kocayusufpaşaoğlu, Necip	<b>Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı,</b> İstanbul, 1968. <b>(Hata Kavramı)</b>
Korkmaz, Yakup	“Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu”, <b>TBB Dergisi,</b> Ocak 2019, s. 239-302. <b>(Kusurun Paylaştırılması)</b>
Kök, Ahmet Nezh	“Hekim-Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ile Bağdaşır mı?” <b>Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 70. Yıl Armağanı,</b> Ankara, 2015, s. 605-616. <b>(Hekim-Hasta İlişkisi)</b>
Kulaklı, Emrah	“Teşhis ve Tedavi Sözleşmelerinde Yardımcı Şahsın Fiillerinden Doğan Sorumluluk”, <b>Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan,</b> C.2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s.1147-1173. <b>(Yardımcı Şahıs)</b>
Kural, Ali Rıza/ Atuğ, Fatih	“Ürolojide Robotik Cerrahi Uygulamaları”, <b>Türk Üroloji Dergisi,</b> Sa. 36, 2010, s. 248-257. <b>(Robotik Cerrahi)</b>
Kuntalp, Erden	<b>Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme),</b> Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, 2013. <b>(Karışık Muhtevalı Akit)</b>
Kurşat, Zekeriya	“Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, <b>İÜHFİM,</b> C. 67, Sa.1-2, 2009, s.143-166. <b>(Nitelendirme)</b>
Kurşat, Zekeriya	“Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu”, <b>İÜHFİM,</b> C.66, Sa.1, 2008, s. 293-322. <b>(Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu)</b>
Kurt, Ekrem	“Hekimlik Sözleşmeleri” <b>Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu,</b> On iki Levha Yayınları, 2011, s. 59-77.

	<b>(Hekimlik Sözleşmeleri)</b>
Laufs, Adolf	<b>Arztrecht</b> , (Laufs, Adolf/ Katzenmeier, Christian/ Lipp, Volker), 7. Auflage, München, 2015. <b>(Laufs, (Laufs/Katzenmeier/Lipp), Arztrecht)</b>
Laufs, Adolf	<b>Handbuch des Arztrechts</b> , (Laufs, Adolf, /Kern, Bernd-Rüdiger ), 4. Auflage, München 2010. <b>(Laufs, (Laufs, Kern) Handbuch des Arztrechts)</b>
Lipp, Volker	<b>Arztrecht</b> , (Laufs, Adolf/ Katzenmeier, Christian/ Lipp, Volker), 7. Auflage, München, 2015. <b>(Lipp, (Laufs/ Katzenmeier/ Lipp), Arztrecht)</b>
Loeffler, Walter	<b>Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung</b> , Zürich, 1945. <b>(Die Haftung)</b>
Lorz, Sigrid	<b>Arzthaftung bei Schönheitsoperationen</b> , Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 360, Duncker&Humblot Berlin, 2006. <b>(Schönheitsoperationen)</b>
Mainardi-Speziali, Carla	<b>Ärztliche Aufklärungspflichten bei der pränatalen Diagnostik Die genetische Beratung als vertragliche Leistung des Arztes</b> , Bern, 1992. <b>(Ärztliche Aufklärungspflichten)</b>
Makaracı Başak, Aslı	“Medeni Hukuk Açısından Klinik Araştırmalarda Gönüllülerin Rızası”, <b>Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C.9, Sa. 113, 2014, s. 41-77. <b>(Klinik Araştırma)</b>
Makaracı Başak, Aslı	“Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı”, <b>Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C.11, Sa.145, s. 507-537. <b>(Tüketici)</b>
Makas, Recep	“Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Sonuçları”, <b>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C. XVI, Sa. 4, 2012, s. 149-180. <b>(İşçinin Özen Borcu)</b>
McEwan, Ian	<b>Çocuk Yasası</b> , (Çev. Roza Hakmen), 9. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, 2019. <b>(Çocuk Yasası)</b>
Meshar, John / Todd, Stephen	“Damages for “Lost Years”: Recent Developments in the United Kingdom”, <b>The International and Comparative</b>

	<b>Law Quarterly, Sa.29, 1980, s.719-741. (Lost Years)</b>
Metin, Sevtap	<b>Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk</b> , İkinci Edisyon, İstanbul, Betim, 2019. <b>(Biyo-Tıp Etiği)</b>
Metin, Sevtap	“Tıp Etiği İlkeleri ve Hukuk Açısından Tıbbi Robotlar”, <b>III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı</b> , C.1, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 369-422. <b>(Tıbbi Robotlar)</b>
Neu, Johann	“Haftungsfragen, Schlichtungsstelle für Ärzthaftpflichtfragen der norddeutschen Ärztekammern”, <b>Saarländisches Ärzteblatt</b> , Ausgabe 8, 2013, s. 11-14. <b>(Ärzthaftpflichtfragen)</b>
Nomer, Haluk, N	<b>Borçlar Hukuku Genel Hükümler</b> , Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş Onaltıncı Bası, Beta, 2018. <b>(Genel Hükümler)</b>
Nuhoğlu, Ayşe	“Sünnet ve Ceza Hukuku (Circumcision and Criminal Law)”, <b>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi</b> , (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), C.19, Sa. 2, 2013, s.211-221. <b>(Sünnet ve Ceza Hukuku)</b>
Oğuzman, M, Kemal/ Barlas, Nami	<b>Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar</b> , 25. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019. <b>(Medeni Hukuk)</b>
Oğuzman, M, Kemal/ Öz, Turgut	<b>Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1</b> , Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul, Vedat, 2019. <b>(Genel Hükümler Cilt-1)</b>
Oğuzman, M, Kemal/ Öz, Turgut	<b>Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2</b> , Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, Vedat, 2018. <b>(Genel Hükümler Cilt 2)</b>
Oğuzman, M, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe	<b>Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)</b> , 18. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019. <b>(Kişiler Hukuku)</b>
Oktay, Saibe	“İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, <b>İÜHFİM</b> , C.LV, 1996, s. 263-297. <b>(İsimsiz Sözleşmeler)</b>

Oktay Özdemir, Saibe	“Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler”, <b>Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C.11, Sa.145, 2016, s. 223-243. <b>(Değişiklikler)</b>
Oktay Özdemir, Saibe	“Eser Sözleşmesi”, <b>Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansı III: Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinde Özel Durumlar, Taraf Değişiklikleri, TBK Değerlendirmeleri ve İrdelemeleri</b> , İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 280-289. <b>(Eser Sözleşmesi)</b>
Oktay Özdemir, Saibe	<b>Gezi Sözleşmesi</b> , Beta, 1997. <b>(Gezi Sözleşmesi)</b>
Oktay Özdemir, Saibe	“İsimsiz Sözleşmeler”, <b>İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu: Madde 1-82</b> , Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s.2527-2590. <b>(İstanbul Şerhi)</b>
Oktay Özdemir, Saibe	“Sözleşme Özgürlüğü”, <b>İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu: Madde 1-82</b> , Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 337-441. <b>(Sözleşme Özgürlüğü)</b>
Oktay Özdemir, Saibe	“Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Kimler Tarafından Rıza Verileceği”, <b>Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan</b> , C. II, İstanbul, 2010, s.1315-1353. <b>(Tıbbi Müdahaleye Rıza)</b>
Oktay Özdemir, Saibe/ Aksoy, Gizem	“İnsan Vücudunun Korunmasına Dair Biyotıp İlkeleri”, <b>İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C. 15, Sa.1, 2016, s. 371-389. <b>(Biyotıp İlkeleri)</b>
Oktay Özdemir, Saibe/ Grassinger, Gülçin Elçin	“Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Ölen Mağdurun (Destek Olanın) Müterafik Kusurunun Kusursuz Sorumluluk Hallerinde de Dikkate Alınması”, <b>Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan</b> , C.2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 1243-1267. <b>(Destekten Yoksun Kalma)</b>
Olzen, Dirk / Kaya,	“Der Behandlungsvertrag , §§ 630a–h BGB”, <b>Jura-</b>



Eylem	<b>Juristische Ausbildung</b> , Issue 35, Vol.7, 2013, s. 661–671. ( <b>Der Behandlungsvertrag, §§ 630a–h BGB</b> )
Oral, Tuğçe	“Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Değerlendirilmesi Kapsamında Malpraktis ile Hastalıktan Kaynaklanan Komplikasyon”, <b>Erzurumluoğlu Armağanı</b> , 2012, s. 595-617. ( <b>Hekimin Hukuki Sorumluluğu</b> )
Ott, Eduard Werner	<b>Voraussetzung der zivilrechtlichen Haftung des Arztes</b> , Zürich, 1978. ( <b>Haftung</b> )
Ozanoğlu, Hasan, Seçkin	“Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, <b>AÜHFD</b> , C.52, Sa.3, 2003, s. 55-77. ( <b>Aydınlatma Yükümlülüğü</b> )
Ozanoğlu, Hasan, Seçkin	“Türk Borçlar Hukuku ve Sorumluluk Hukuku Açısından TBK md. 55 ve Bedensel Zararlar”, <b>Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini</b> , C. 1, Ankara, 2016, s. 121-127. ( <b>Bedensel Zararlar</b> )
Öz, Turgut	<b>İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi</b> , İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989. ( <b>Eser Sözleşmesi</b> )
Öz, Turgut	“Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, <b>İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu: Genel Hükümler</b> , Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 1011-1036. ( <b>Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme</b> )
Özay, Merter	<b>Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu</b> , Ankara, Yetkin, 2006. ( <b>Estetik</b> )
Özbilen, Barış, Arif	“Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, <b>İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi</b> , Sa.24, Y.12, 2013, s.99-124. ( <b>Rızanın Aranmadığı Haller</b> )
Özcan, Cem	“Perruche Davası ve Doğum Öncesi Teşhis Hatası Nedeniyle Tazminat”, <b>TAAD</b> , S.21, 2015, s. 105-122. ( <b>Perruche Davası</b> )
Özdemir, Hayrunnisa	<b>Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi</b> , Ankara, Yetkin, 2017. ( <b>Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi</b> )
Özdemir,	“Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır

Hayrunnisa	Saklama Yükümlülüğü”, <b>Sağlık Hukuku Digestası</b> , Sa.1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 148-167. <b>(Kayda Geçirme)</b>
Özel Çağlar/ Büyüktanır Burcu G. Özcan	“Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, <b>İÜHFM</b> , C. LXVI, S.2, 2008, s. 327-344. <b>(Akılcı İlaç Kullanımı)</b>
Özen, Burak	“Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler”, <b>Prof.Dr.Nuri Çelik’e Armağan I</b> , Beta, 2001, s. 598-633. <b>(Borçlar Kanunu 386/II)</b>
Öznur, Murat/ Ercan, Ümmü Gülsüm	“Prenatal Tanı ve Yöntemleri”, <b>Yaşama Sanatı</b> , Turgut Özal Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi, Sa.33, Mart 2014, s. 52-56. <b>(Prenatal Tanı)</b>
Özpınar, Berna	<b>Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları</b> , Ankara Barosu, Ankara, 2007. <b>(Kötü Uygulama)</b>
Özsunar, Erdal	<b>Roma Hukukunda Hekim ve Hekimin Sorumluluğu</b> , Karahan Kitabevi, 2014. <b>(Roma Hukukunda Hekim)</b>
Öztürk, Alaattin/Atalay, Talha/ Karaköse, Yüksel/ Çipe, Gökhan/ Akıncı, Ömer Faruk	“Laparoskopik Kolesistektomi Sonrası Kanama: Nadir ama Önemli Bir Komplikasyon”, <b>Şişli Etfal Hastanesi Bülteni</b> , C.49, Sa.4, 2015, s. 274-278. <b>(Laparoskopik Kolesistektomi)</b>
Parlak, Şafak/ Börü, Levent	“Alt Vekalet”, <b>Türkiye Barolar Birliği Dergisi</b> , S.96, 2011, s. 17-49. <b>(Alt Vekalet)</b>
Petek, Hasan	“Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, <b>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C.8, Sa.1, 2006, s.177-239. <b>(Güzelleştirme Amaçlı Estetik)</b>
Petek, Hasan	“Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması”, <b>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , <b>Özel Sayı (M.Polat Soyer’e Armağan)</b> , C.15, 2013, s. 969-1017. <b>(Tüketici)</b>
Polat, Oğuz	<b>Tıbbi Uygulama Hataları</b> , Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, 2015. <b>(Tıbbi Uygulama Hataları)</b>

Poroy, Reha/ Yasaman, Hamdi	<b>Ticari İşletme Hukuku</b> , Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 18. Baskı, İstanbul, Vedat, 2019. ( <b>Ticari İşletme</b> )
Prince, David	“General Principles of Liability For Medical Doctors”, <b>Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu</b> , On iki Levha Yayınları, 2011, s. 221-232. ( <b>General Principles of Liability</b> )
Reisoğlu, Seza	“Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, <b>Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu</b> , İstanbul, 1983. ( <b>Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu</b> )
Reyhani Yüksel, Sera	“Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, <b>Mehmet Akif Aydın’a Armağan</b> , Yıl 2015, Sa. 2, C. 21, s. 793-804. ( <b>Vekaletsiz İşgörme</b> )
Ries, Hans-Peter/ Schnieder, Karl- Heinz/ Papendorf, Björn/ Großbölting, Ralf	<b>Arztrecht: Praxishandbuch für Mediziner</b> , 3 Auflage, Springer, 2012. ( <b>Arztrecht</b> )
Sanlı, Kerem Cem	“İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt: Hand Formülü”, <b>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi</b> , C.14, Sa.4, 2008, s. 99-131. ( <b>Hand Formülü</b> )
Sarı, Suat	<b>Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi</b> , İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004. ( <b>Vekalet Sözleşmesi</b> )
Sarıal, Enis	<b>Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler</b> , İstanbul, Kazancı, 1986. ( <b>Organ Nakli</b> )
Sarp, Nilgün	“Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü”, <b>V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu</b> , 8-9 Kasım 2013, Adalet Yayınevi, 2014, s. 45-59. ( <b>Tıbbi Özen Yükümlülüğü</b> )
Savaş, Halide	“Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, <b>Sağlık Hukuku Makaleleri</b> , 2012, s. 259-295. ( <b>Tıbbi Malpraktis</b> )
Savaş, Halide	<b>Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları: Tıbbi Malpraktis-Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları</b> ,

	Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013. ( <b>Tıbbi Müdahale Hataları</b> )
Sayın Korkmaz, Bengi	<b>Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatım), Yetkin, 2014. (Roma Hukukunda Vekalet)</b>
Schelling, Philip	“Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung”, <b>MedR Schriftenreihe Medizinrecht</b> , Springer, 2003. ( <b>Die ärztliche Aufklärung</b> )
Selçuk, Mehmet	“Çekinik (Defansif) Tıp”, <b>İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü</b> , (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2015. ( <b>Çekinik (Defansif) Tıp</b> )
Seliçi, Özer	<b>Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi</b> , İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976. ( <b>Sürekli Borç İlişkileri</b> )
Seliçi, Özer	<b>İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu</b> , Fakülteler Matbaası, 1978. ( <b>Müteahhidin Sorumluluğu</b> )
Serozan, Rona	<b>Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme</b> , (Kocayusufpaşaoğlu, Necip /Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir), Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017. ( <b>Borçlar Hukuku Genel Bölüm</b> )
Serozan, Rona	“Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması”, <b>Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan</b> , Ankara, 2006, s. 313-324. ( <b>Kişiliğin Korunması</b> )
Serozan, Rona	<b>Sözleşmeden Dönme</b> , Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2007. ( <b>Sözleşmeden Dönme</b> )
Serozan, Rona	“Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”, <b>Yasa Hukuk İhtihat ve Mevzuat Dergisi</b> , C.15, S.173/4, 1996, s. 579-599. ( <b>Tüketiciyi Koruma Yasası</b> )
Serozan, Rona	“Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiil Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “Culpa in Contrahendo”, <b>İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi</b> , No.18,

	İstanbul, 1990, s. 27-42. ( <b>Culpa in Contrahendo</b> )
Sezginer, Murat	“İdarenin Sorumluluğunun Genel Esasları ve Kamu Zararından Sorumluluk”, <b>Kamu Zararı ve Sorumluluk Çalıştayı</b> , Ankara, 2015, s. 65-81. ( <b>Kamu Zararından Sorumluluk</b> )
Shademan, Azad/ Decker, Ryan, S/ Opfermann, Justin, D/ Leonard, Simon/ Krieger, Axel/ Kim, Peter, C, W	“Supervised autonomus robotic soft tissue surgery”, <b>Science Translational Medicine</b> , Vol.8, Issue 337, 2016, s.1-9. (Çevrimiçi), www.sciencemedicine.org, 12 Ocak 2020. ( <b>STAR</b> )
Somer, Pervin/ Vatanoğlu-Lutz, Elif	“Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin Hukuki ve Etik Açından Değerlendirilmesi”, <b>Anadolu Kınığı</b> , Sa.1, C.22, 2017, s. 58-65. ( <b>Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp</b> )
Somer, Pervin	“Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, <b>Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu</b> , On iki Levha Yayınları, 2011, s. 41-58. ( <b>Hekimin Hukuki Sorumluluğu</b> )
Somer, Pervin	“Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu”, <b>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergisi Sempozyum Özel Sayısı</b> , C.14, Sa.4, 2008, 133-151. ( <b>Roma Hukukunda Hekim</b> )
Söyler, Yasin	"Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", <b>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C. XIV, Sa.2, 2010, s. 555-592. ( <b>Kişisel Kusur</b> )
Spickhoff, Andreas	“Der Behandlungsvertrag und die Arzthaftung”, <b>MedR Schriftenreihe Medizinrecht: Aktuelle Fragen des Medizinrechts</b> , 2018, s. 47-67. ( <b>Die Arzthaftung</b> )
Svoboda, J. Steven	“Tortured Bodies, Tortured Doctrines: Informed Consent as a Legal Fiction Inapplicable to Neonatal Male Circumcision”, <b>Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural and Religious Infringements</b> , Springer, 2013, s.1-29. ( <b>Male Circumcision</b> )
Şen, Ersan	<b>Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması</b> , İstanbul, Kazancı, 1996. ( <b>Özel Hayat</b> )

Şenocak, Zarife	“Ağır Bedensel Zararlar ve Ölüm Halinde Yakınların Manevi Tazminat Talebi”, <b>Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini</b> , C.1, Ankara, 2016, s.599-606. <b>(Manevi Tazminat)</b>
Şenocak, Zarife	“Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları”, <b>Ankara Barosu Dergisi</b> , Sa.2, 1998, s. 5-33. <b>(Avukatın Akdi Sorumluluğu)</b>
Şenocak, Zarife	<b>Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu</b> , Ankara, Dayınlarlı, 1995. <b>(İfa Yardımcıları)</b>
Şenocak, Zarife	<b>İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk</b> , Ankara, 2009. <b>(İstenmeden Dünyaya Gelen)</b>
Şenocak, Zarife	“Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, <b>AÜHFD</b> , S.4, 2001, s. 65-80. <b>(Küçüğün Rızası)</b>
Şenocak, Zarife	<b>Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu</b> , Ankara, 1998. <b>(Hekimin Sorumluluğu)</b>
Şenocak, Zarife	“Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Doğan Hukuki Sorumluluk”, <b>III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010</b> , Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s.622-632. <b>(Tıbbi Kayıt)</b>
Tacir, Hamide	“Tıbbi Müdahaleler Karşısında Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, <b>II. Ulusal Sağlık hukuku “Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları” Sempozyumu</b> , Ankara, Seçkin, 2015, s. 13-51. <b>(Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı)</b>
Tahiroğlu, Bülent	“Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”, <b>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi</b> , C.14, Sa.4, 2008, s. 157-170. <b>(Kusursuz Sorumluluk)</b>
Tandoğan, Haluk	<b>Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri</b> , C.II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. <b>(Özel Borç İlişkileri)</b>
Taşatan, Caner	<b>Hekimin Kayıt Tutma Yükümlülüğü Kapsamında Tıbbi Kayıtlar</b> , On iki Levha Yayınları, 2017. <b>(Kayıt Tutma Yükümlülüğü)</b>

Tekben, Tuğçe	“Hekim ile Hasta İlişkisinin Vekalet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, <b>Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan Özel Sayısı</b> , VIII/2-IX/1, 2011-2012, s. 859-905, s. 867. <b>(Hekim ile Hasta İlişkisi)</b>
Temel, Erhan	“Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişki”, <b>II. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008</b> , Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 223-241. <b>(Alman Hukukunda Estetik)</b>
Temel, Erhan	“Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, <b>III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010</b> , Ankara Barosu, 2011, s. 62-85. <b>(Sterilizasyon)</b>
Temel, Erhan	“Türk ve Alman Hukukunda Estetik Operasyonların Hukuki Niteliği”, <b>Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu: 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku</b> , C.1, Ankara, 2017, s. 281-314. <b>(90. Yıl Armağanı)</b>
Toprak, Dilek/ Doğanay, Mutlu/ Kama, Nuri Aydın	“Tiroid Operasyonlarından Sonra Görülen Komplikasyonlar”, <b>Kocatepe Tıp Dergisi</b> , Sa.5, 2004, s. 1-6. <b>(Tiroid)</b>
Topuz, Seçkin	“Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu”, <b>Kırıkkale Sosyal Bilimler Enstitüsü</b> , (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2001. <b>(Özen Borcu)</b>
Törenli Çakıroğlu, Maral	“Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, <b>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C.12, Sa.2, 2010, Basım Yılı 2012, s. 159-181. <b>(Sır Saklama Borcu)</b>
Türkmen, Sevgi	“Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller”, <b>İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü</b> , (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2019. <b>(Özel Nitelikli Kişisel Veri)</b>
Uygur, Atiye, B	“Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, <b>Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü</b> , (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2009. <b>(Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu)</b>

Ünver, Yener	“Tıbbi Standart”, <b>VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu</b> , Adalet Yayınevi, 2012, s. 37-61. ( <b>Tıbbi Standart</b> )
Wagner, Gerhard	<b>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §630a BGB</b> , 7. Auflage, 2016, ( <b>MüKoBGB/Wagner</b> )
Weber, Rolf, H	<b>Basler Kommentar Obligationenrecht I Art 1-529 OR</b> , 6. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015. ( <b>OR Art 394, OR Art 395, OR Art 398, OR Art 400</b> )
Wever, Carolin	<b>Nomos Kommentar, Gesamtes Medizinrecht , §§630c - 630e BGB</b> , 3. Auflage, 2018. ( <b>NomosK/Wever</b> )
Wiegand, Wolfgang	“Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes”, <b>Arzt und Recht</b> , Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Bern, 1985, s.81-123. ( <b>Der Arztvertrag</b> )
Wiegand, Wolfgang	“Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung”, <b>Recht</b> , Heft 5, 1993, Bern, s.149-159. ( <b>Die Aufklärung</b> )
Will, Jonathan, F	“Religion as a Controlling Interference in Medical Decision Making by Minors”, <b>Law, Religion and Health in the United States</b> , Cambridge University Press, 2017, s. 332-345. ( <b>Minors</b> )
Woolley, S	“Children of Jehovah’s Witnesses and adolescent Jehovah’s Witnesses: what are their rights?”, <b>Archives of disease in childhood</b> , 90 (7), 2005, s. 715–719. ( <b>Children of Jehovah’s Witnesses</b> )
Yalçınduran, Türker	<b>Vekalet Sözleşmesinde Ücret</b> , Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yetkin, 2007. ( <b>Vekalet Sözleşmesinde Ücret</b> )
Yalman, Süleyman	<b>Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk</b> , Ankara, Seçkin, 2006. ( <b>Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk</b> )
Yavuz İpekyüz, Filiz	“Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, <b>Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , C.20, Sa.33, 2015, s. 19-62. ( <b>Tazminat Sorumluluğu</b> )
Yavuz İpekyüz, Filiz	<b>Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi</b> , İstanbul, Vedat, 2006. ( <b>Hekimlik Sözleşmesi</b> )



Yener Coşkun, Hilal	“Gebelikte Yapılan Prenatal Tarama Testleri ve Bu Testlere İstinaden Uygulanan Girişimsel Tanı Yöntemlerinin Hukuki Boyutu”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , C.3, Sa.5, Legal, 2014, s. 25-63. ( <b>Prenatal Tarama Testleri</b> )
Yenerer Çakmut, Özlem	<b>Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi</b> , Legal Yayıncılık, 2003. ( <b>Tıbbi Müdahaleye Rıza</b> )
Yerdelen, Erdal	“Hukuki Açıdan Sünnet (Beschneidung)”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , C.2, Sa.3, Legal, 2013, s. 43-75. ( <b>Hukuki Açıdan Sünnet</b> )
Yılmaz, E, Neval	<b>Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Malpraktis ve Arabuluculuk Uygulamaları</b> , Ankara, Yetkin, 2019. ( <b>Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Malpraktis ve Arabuluculuk</b> )
Yılmaz, Battal	“Aydınlatılmış Rıza”, <b>Sağlık Hukuku Digestası</b> , Sa.1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 167-181. ( <b>Aydınlatılmış Rıza</b> )
Yılmaz Gören, Şerife	“Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi Hastalarında Ameliyat Öncesi ve Sonrası Dönemde Beden İmajı ve Benlik Saygısının Değerlendirilmesi”, <b>Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi</b> , C. 4, Sa.2, s. 61-73. ( <b>Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi</b> )
Yılmaz, Kerem	“Hukuki Sonuçları Bakımından Defansif Tıbbın, Tıbbi Uygulama Hataları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, <b>Terazi Hukuk Dergisi</b> , C.9, Sa. 100, 2014, s. 790-797. ( <b>Defansif Tıp</b> )
Yılmaz, Murat	<b>Vekilin Özen Borcu</b> , Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1997. ( <b>Özen Borcu</b> )
Yılmaz, Sabire Sanem	<b>Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu</b> , Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019. ( <b>Kişisel Veriler</b> )
Yumak, Semih	“Köln Eyalet Mahkemesi’nin Sünnet ile İlgili Kararı”, <b>TBB Dergisi</b> , Sa.104, 2013, s. 433-440. ( <b>Sünnet</b> )
Yüce, Melek Bilgin	“Hasta Hekim İlişkisinde Yapay Zeka Kullanımı ve

	Hukuki Sonuçlar”, <b>7. Tüketici Hukuku Kongresi</b> , İstanbul, Aristo Yayınevi, 2018, s. 481-502. ( <b>Yapay Zeka Kullanımı</b> )
Yücedağ, Nafiye	“Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, <b>İÜHFİM</b> , C.LXXV, Sa.2, s.765-790, 2017. ( <b>Kişisel Veriler</b> )
Yücel, Özge	<b>Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları</b> , Seçkin, 2018. ( <b>Tıbbi Kararlar</b> )
Zevkliler, Aydın	“Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, <b>Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b> , 1983, s.1-37. ( <b>Tedavi Amaçlı Müdahaleler</b> )
Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre	<b>Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri</b> , 19. Bası, Ankara, Turhan, 2019. ( <b>Özel Borç İlişkileri</b> )
Zeytin, Zafer	“İfa Yardımcısının-Sağlık Çalışanlarının Fiillerinden Sorumluluk”, <b>Tıp Hukuku Dergisi</b> , Sa.10, 2016, s. 439-463. ( <b>İfa Yardımcısı</b> )

## ÖZGEÇMİŞ

1987 yılında Samsun’da doğan Nihan KOYUNCU AKTAŞ, 2006 yılında Samsun Milli Piyango Anadolu Lisesi’nden derece ile mezun olmuştur. Lisans eğitimini İstanbul Yeditepe Üniversitesi’nde tam bursla tamamlayarak onur derecesi ile mezun olmuş ve lisans eğitimi esnasında bir dönem Utrecht Üniversitesi’nde değişim öğrencisi olarak öğrenim görmüştür.

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim dalında, “*Türk Hukukunda Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcısı ve Hakları*” başlıklı yüksek lisans tezinin kabulünün ardından aynı Üniversite’de 2014 yılında doktora eğitimine başlamıştır. Doktora eğitimi esnasında, bağımsız tez araştırmacısı olarak Köln Üniversitesi ve Augsburg Üniversitesi’nde altı aylık dönemlerle çalışmalarını sürdürmüştür. Avukatlık stajını tamamlamasından bugüne bir hukuk bürosunda avukatlık yapmakta olan yazar, aynı zamanda sağlık hukukuna ilişkin çeşitli konferanslarda konuşmacı olarak yer almıştır.