

**T.C.**  
**İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİMDALI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİNİN HASTANEYE**  
**KABUL SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE**  
**YÜRÜTÜLEN TIBBİ MÜDAHALEDEN**  
**KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU**

**YASEMİN YILMAZ**

**2501130783**

**TEZ DANIŞMANI**

**YARD. DOÇ. DR. AYÇA AKKAYAN-YILDIRIM**

**İSTANBUL-2016**



T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
MÜDÜRLÜĞÜ



YÜKSEK LİSANS  
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : YASEMİN YILMAZ Numarası : 2501130783  
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : YRD.DOÇ.DR.AYÇA AKKAYAN YILDIRIM  
Tez Savunma Tarihi : 26.05.2016 Saati : 13.00  
Tez Başlığı :  
ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİNİN HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE YÜRÜTÜLEN  
TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR.HALUK NAMİ NÖMER		Kabul
2-DOÇ.DR.AZRA ARKAN SERİM		Kabul
3-DOÇ.DR.BİLGEHAN ÇETİNER		Kabul
4-DOÇ.DR.İPEK SAĞLAM		Kabul
5-YRD.DOÇ.DR.AYÇA AKKAYAN YILDIRIM		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-YRD.DOÇ.DR.CAHİT GÜNEL		
2-YRD.DOÇ.DR.CANAN YILMAZ		

## ÖZ

# ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİNİN HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE YÜRÜTÜLEN TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

YASEMİN YILMAZ

Hastaneye kabul sözleşmesi, özel hastane işleticisi ile hasta veya temsilcisiyle yapılan ve özel hastane işleticisinin tıbbi müdahalede bulunma ve/veya diğer mutad edimleri (barınma, yedirip içirme vb.) yerine getirmeyi hastanın da bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Hastaneye kabul sözleşmesi, ‘Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’ ve ‘Hastaneye Bölünmüş Kabul Sözleşmesi’ olmak üzere ikiye ayrılmakta ve hastaneye tam kabul sözleşmesinin de ‘Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Yapılan Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’ ve ‘Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’ olmak üzere iki türü bulunmaktadır.

Bu yüksek lisans tezinde, özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında hangi şartlar altında ve hangi hükümler dâhilinde sorumlu olabileceği, sorumluluğun hüküm ve sonuçları ve bu hususta karşılaşılabilecek problemlerin irdelenmesi amaçlanmaktadır. Belirtilen bu amaçlar doğrultusunda konu, hem teorik hem de Yargıtay içtihatlarına yer verilmek suretiyle incelenmiştir.

**ANAHTAR KELİMELELER:** Hastaneye Kabul Sözleşmesi, Hekimlik Sözleşmesi, Tıbbi Müdahale, Borca Aykırılık, Yardımcı Kişinin Fiilinden Doğan Sorumluluk, Culpa In Contrahendo Sorumluluğu.

## **ABSTRACT**

### **THE LIABILITY OF THE PRIVATE HOSPITAL KEEPER WHICH IS COMING FROM MEDICAL INTERVENTION AS PART OF THE CONTRACT OF ADMISSION IN A HOSPITAL**

**YASEMİN YILMAZ**

The contract of admission in a hospital is a contract between the private hospital keeper and the patient or his/her representative that the private hospital keeper performs a medical intervention and other habitual executions (accommodation, wine and dine etc.), in return the patient undertakes the payoff. The contract of admission in a hospital splits into two as “The Contract Of Full Admission In A Hospital” and “ The contract of sepearte admission in a hospital” and the contract of full admission in a hospital also splits into two as “The Contract Of Full Admission Without Medical Science” and “ The Contract Of Full Admission In A Hospital With Medical Science” in itself.

In this master’s thesis, It is aimed to examine thoroughly that under which conditions and terms the private hospital keeper can be responsible, the terms and results of the liabilities and the problems which can occur in this respect. The subject which is stated in accordance with these purposes has been examined both theoretically and by means of including in Supreme Court Practice.

**KEY WORDS:** The contract of admission in hospital, The contract of medical science, Medical activities, The contradiction to due balance, The liabilities rising from the act of second person, The liabilities of Culpa In Contrahendo.

## ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında, Yüksek Lisans Tezi olarak hazırladığımız bu çalışma ile özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde yürütülen tıbbi faaliyetlerden doğan hukuki sorumluluğu, sorumluluğun dayanağı olan hükümler ve sorumluluğun hüküm ve sonuçlarına hem maddi hukuk hem de usul hukuku açısından belli bir sistematik içerisinde irdelenmesi amaçlanmaktadır.

Hukukumuzda tıp hukuku alanında yazılmış birçok eser olsa da, sorumluluğun hukuki boyutunu değerlendiren kaynakların oldukça sınırlı olması, mevzuatsal açıdan son zamanlarda yapılan birçok değişikliğin bu alanda önemli yenilikler yapmış ve tüm bunların söz konusu bu alanda gerçekleşen uyuşmazlıklarda hangi hükümlerin ne şekilde uygulama alanı bulacağı sorununu meydana getirmiş olması ve niteliği gereği neredeyse herkese etki edebilecek şekilde geniş kitleleri ilgilendirmesi sebebiyle bu konu tez konusu olarak seçilmiştir.

Çalışmamızda genel olarak tıp hukuku alanında yazılmış monografiler ve ders kitaplarından yararlanılmış olmasına rağmen, konuyu özel olarak, hukuki sorumluluk açısından değerlendiren kaynakların oldukça sınırlı olması sebebiyle kaynak açısından büyük zorluklarla karşılaşmıştır. Bu zorluklar bilhassa, daha önce tartışılmamış olan kısımların yazılmasında kendini göstermiştir. Ayrıca Hastaneye Kabul Sözleşmesine ilişkin mevzuattan kaynaklanan belirsizlikler ve bu alanın uygulamaya farklı şekillerde aksettirilmiş olması, konunun incelenmesinde başka birtakım zorlukları da beraberinde getirmiştir. Çalışmamızı hazırlarken zorluk olarak karşımıza çıkan bu durum ve tıp hukukunun multidisipliner bir hukuk dalı olması sebebiyle konunun Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku, Ceza Hukuku, Medeni Usul Hukuku, Tüketici Hukuku gibi birçok hukuk dalı açısından incelenmiş olması çalışmamızın daha zengin ve özgün bir hal almasını sağlamıştır.

Tez danışmanlığımı üstlenme nezaketini göstererek, çalışmamın şekillenmesi ve tüm bu zorlukların üstesinden gelinmesinde, destek ve ilgisini hiçbir zaman esirgemeyerek, bu tezin zengin ve özgün bir çalışma haline gelmesi için farklı

açılardan çok değerli katkılarda bulunan Sayın Hocam Yard. Doç. Dr. Ayça Akkayan Yıldırım'a her şey için içtenlikle teşekkürlerimi sunmak isterim.

**YASEMİN YILMAZ**



# İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ .....	v
İÇİNDEKİLER.....	xvi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xxiii
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNE GENEL BAKIŞ VE TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

I-HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN TANIMI .....	4
II-SÖZLEŞMENİN TARAFLARI .....	4
A-ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİ.....	4
B-HASTA.....	5
III- SÖZLEŞMENİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	6
A-GENEL BAKIŞ .....	6
B-HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI .....	6
1-Tıbbi Müdahale.....	6
a-Tıbbi Müdahalenin Tanımı .....	6
b-Tıbbi Müdahalenin Unsurları .....	7
(1)-Genel Olarak.....	7
(2)-Tıbbi Müdahale Tıp Mesleğini İcraya Kanunen Yetkili Bir Kişi Tarafından Yapılmalıdır.....	8
i- Genel Olarak .....	8
ii--Hekim.....	9

(a)-Hekimin Tanımı .....	9
(b)-Hekim Olabilmek İçin Gereken Şartlar .....	9
(i)-Genel Olarak.....	9
(ii)-Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Olmak .....	10
(iii)- Tabipler Odasına Kayıtlı Olmak .....	10
(iv)- Hekimlik Mesleğini İcra Etmeyi Engelleyen Bir Durumu Olmamak .....	11
iii-Diğer Sağlık Personelleri.....	11
(3)-Tıbbi Müdahale Kanunen Öngörölmüş Amaçlara Yönelik Olmalıdır. ....	12
(4)-Hasta Bilgilendirilmeli ve Rızası Alınmalıdır. ....	13
(5)-Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş İlke ve Kurallara Uygun Olarak Yapılması Gerekmektedir. ....	17
2-ÜCRET .....	19
C-HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ .....	19
<b>IV-SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ .....</b>	<b>27</b>
<b>V-HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ .....</b>	<b>28</b>
A-GENEL OLARAK .....	28
B- HASTANEYE TAM KABUL SÖZLEŞMESİ .....	29
1-Genel Olarak .....	29
2-Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Yapılan Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi .....	29
3-Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi .....	31
C-BÖLÜNÜMÜŞ HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ .....	31
<b>VI- GENEL DEĞERLENDİRME.....</b>	<b>32</b>

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİNİN

#### BORCA AYKIRILIK HÜKÜMLERİNE DAYANAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

<b>I-GENEL BAKIŞ .....</b>	<b>34</b>
----------------------------	-----------



## II-BORCA AYKIRILIK HÜKÜMLERİNE DAYANAN SORUMLULUK (TBK MD.

112).....	34
A-GENEL BAKIŞ .....	34
B-SORUMLULUĞUN SUJESİ .....	36
1-Hastane İşleticisi .....	36
a-Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi .....	37
(1)-Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi .....	37
(2)-Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi .....	37
b-Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi .....	37
2-HEKİM .....	38
C-SORUMLULUĞUN ŞARTLARI .....	38
1- Sözleşmesel Bir İlişki Olmalı .....	38
2-Sözleşmesel İlişkiye Aykırılık Olmalı .....	39
a-Genel Olarak .....	39
b-Borcun Zamanında İfa Edilmemesi .....	39
(1)-Gecikmiş İfa .....	39
(2)-Borçlu Temerrüdü.....	40
c-Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi (Borcun Kötü İfa Edilmesi) .....	41
(1)-Genel olarak.....	41
(2)-Malpraktis (Tıbbi Uygulama Hatası).....	41
i-Tanımı.....	41
ii-Malpraktisin Türleri.....	42
(a)-Genel Olarak .....	42
(b)-Teşhis Hatası.....	43
(c)-Tedavi Hatası .....	44
(d)-Organizasyon Hatası .....	44
(e)-Üstlenme Hatası .....	45
(3)-Komplikasyon (İzin Verilen Risk) .....	46
d-İfa İmkânsızlığı.....	47
3-Zarar.....	50
a-Genel Olarak .....	50
b-Olumlu Zarar- Olumsuz Zarar .....	50
c-Fiili Zarar- Yoksun Kalınan Kar.....	51
d-Maddi Zarar- Manevi Zarar .....	51

4-Kusur.....	52
a-Genel Olarak.....	52
b-Kusur Kavramı ve Kusurun Dereceleri .....	55
(1)-Ağır Kusur .....	55
i-Kast.....	56
ii-Ağır İhmal.....	56
(2)- Hafif Kusur .....	58
5-Nedensellik Bağı.....	60
6-Sorumluluğu Kaldıran Bir Sorumsuzluk Anlaşması Olmamalı.....	60
<b>III-SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK (CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU) .....</b>	<b>63</b>
A-GENEL OLARAK .....	63
B-CULPA IN CONTRAHENDO KAVRAMI.....	64
C- HUKUKİ NİTELİĞİ.....	65
D-CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI .....	67
1-Genel Olarak .....	67
2-Sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükler aykırılık.....	68
3-Kusur.....	69
4-Zarar.....	70
5-Nedensellik Bağı.....	71
<b>IV-GENEL DEĞERLENDİRME.....</b>	<b>71</b>

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİNİN YARDIMCI KİŞİNİN FİİLİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

<b>I- GENEL BAKIŞ .....</b>	<b>73</b>
<b>II-YARDIMCI KİŞİNİN FİİLİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK (TBK MD.116) .....</b>	<b>74</b>
A-SORUMLULUĞUN SUJESİ.....	74
1-Hastane İşleticisi .....	74

2-Hekim.....	74
<b>B-YARDIMCI KİŞİNİN FİİLLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN KOŞULLARI</b>	
.....	75
1-Borçlu borcun ifasında veya borç ilişkisinden doğan bir hakkının kullanılmasında yardımcı kişi kullanmış olmalıdır. ....	75
2-Borcun ifasında yardımcı kişi kullanılması borca aykırı olmamalıdır. ....	79
3-Yardımcı kişi borca aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermelidir. ....	80
4-Borçlu, borç yardımcı kişi yerine bizzat kendisi tarafından ifa edilse ve zarar verici davranışta bizzat bulursa idi, sorumlu tutulabilecek olmalıdır. ....	85
5-Yardımcı kişilerin fiilinden borçlunun sorumluluğunu kaldıran veya daraltan bir anlaşma bulunmamalıdır. ....	88
<b>III-GENEL DEĞERLENDİRME</b> .....	<b>89</b>

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİNİN HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞUNUN HÜKÜM VE SONUÇLARI**

<b>I-GENEL OLARAK</b> .....	<b>92</b>
<b>II-AYNEN İFAYI TALEP</b> .....	<b>92</b>
<b>III-TAZMİNAT DAVASI</b> .....	<b>93</b>
A-GENEL OLARAK .....	93
B-MADDİ TAZMİNAT .....	94
1-Maddi tazminatta zararın kapsamı .....	94
2-Maddi tazminatta zarar çeşitleri .....	95
a-Bedensel Zarar .....	95
(1)-Bedensel bütünlüğün ihlali halinde zararın kapsamı (Bedensel Zarar) .....	95
(2)-Bedensel zarar kalemleri .....	96
i-Tedavi Giderleri .....	96
ii-Kazanç Kaybı (Çalışma Gücünün Geçici Olarak Kaybı) .....	97

iii-Çalışma Gücünün Azalmasından ya da Yitirilmesinden (Sürekli iş göremezlikten) Doğan Kayıplar .....	98
iv-Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Soğan Kayıplar .....	99
b-Ölüm Halinde Uğranılan Zararlar.....	100
(1)-Ölüm hemen gerçekleşmişse .....	100
i-Cenaze Giderleri .....	100
ii-Ölenin Desteğinden Yoksun Kalınması Sebebiyle Uğranılan Zararlar (Destekten Yoksun Kalma Tazminatı) .....	101
(a)-Destek kavramı .....	101
(b)-Destekten yoksun kalma tazminatının hukuki niteliği .....	102
(c)-Destekten yoksun kalma zararının niteliği .....	103
(i)- Kazançtan yoksun kalmanın niteliği .....	103
(ii)- Zararın yansıma zarar olması .....	103
(d)-Destek çeşitleri.....	103
(i)-Gerçek (fiili) destek.....	103
(i/1)- Eşlerin birbirine destek olması.....	103
(i/2)-Çocukların anne-babasına destek olması .....	104
(i/3)-Anne-babanın çocuklarına destek olması .....	104
(i/4)-Kardeşlerin birbirine destek olması .....	105
(ii)-Varsayılan (Farazi) destek.....	105
(e)-Destekte bakım gücünün bulunması ve destekten yoksun kalanın bakım ihtiyacının bulunması.....	105
(i)-Bakım gücü.....	105
(ii)-Bakım ihtiyacı .....	106
(f)-Zararın hesaplanmasında göz önünde bulundurulacak faktörler .....	106
(2)-Ölüm hemen gerçekleşmemişse .....	106
i-Tedavi giderleri ve çalışma gücünün azalmasından ya da yürütülmesinden doğan kayıplar .....	106
(a)-Tedavi giderleri .....	106
(b)-Çalışma gücünün azalması veya kaybedilmesinden doğan kayıplar ...	107
iii-Ölenin Desteğinden Yoksun Kalınması Sebebiyle Uğranılan Zararlar (Destekten Yoksun Kalma Tazminatı) .....	107
3-TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ.....	107
4- ZARARIN VE TAZMİNATIN HESAPLANMA TARİHİ.....	108

C-MANEVİ TAZMİNAT.....	110
1-Manevi tazminatta zararın kapsamı .....	110
2-Manevi tazminatta zarar kavramı ve çeşitleri .....	111
a-Manevi Zarar .....	111
b-Manevi Zarar Çeşitleri.....	111
(1)-Bedensel bütünlüğün ihlali halinde manevi zarar.....	112
i-Hafif bedensel zarar halinde manevi zarar.....	112
ii-Ağır bedensel zarar halinde manevi zarar.....	113
(2)-Ölüm halinde manevi zarar.....	114
3-Manevi Tazminatın Bölünmezliği .....	115
D-ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİNİN DİĞER SAĞLIK PERSONELLERİ İLE MÜTELSİLEN SORUMLU OLMASI.....	115
1-Sözleşme Çeşitleri Bakımından Müteselsil Sorumluluk.....	116
a-Hastaneye tam kabul sözleşmeleri bakımından .....	116
(1)-Hekimlik sözleşmesi olmaksızın akdedilen hastaneye tam kabul sözleşmesi bakımından .....	116
(2)-Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmeleri bakımından	117
b-Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi bakımından .....	118
2-Müteselsil Sorumluluğun Hükümleri.....	119
E-ZAMAN AŞIMI.....	120
F-GÖREV VE YETKİ.....	121
1-GÖREVLİ MAHKEME .....	121
a-1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Dönemi .....	122
b-6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Dönemi .....	122
c- 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Dönemi .....	123
d-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Dönemi .....	125
2-YETKİLİ MAHKEME .....	131
<b>IV-SÖZLEŞMEDEN DÖNME (FESİH) .....</b>	<b>132</b>
<b>V-GENEL DEĞERLENDİRME .....</b>	<b>133</b>
<b>SONUÇ .....</b>	<b>135</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>143</b>

## KISALTMALAR LİSTESİ

<b>a.g.e.</b>	:	Adı geçen eser
<b>a.g.m.</b>	:	Adı geçen makale
<b>a.g.t.</b>	:	Adı geçen tez
<b>AÜHFD</b>	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AY</b>	:	Anayasa
<b>Bkz</b>	:	Bakınız
<b>BK</b>	:	818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu
<b>c.</b>	:	Cümle
<b>C.</b>	:	Cilt
<b>CMK</b>	:	5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu
<b>E.</b>	:	Esas
<b>f.</b>	:	Fıkra
<b>HD.</b>	:	Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	:	Hukuk Genel Kurulu
<b>HHK</b>	:	2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu
<b>HHY</b>	:	Hasta Hakları Yönetmeliği
<b>HMK</b>	:	6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>HMUK</b>	:	1086 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu
<b>MK</b>	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
<b>R.G.</b>	:	Resmi gazete

<b>ÖHT</b>	:	Özel Hastaneler Tüzüğü
<b>ÖHY</b>	:	Özel Hastaneler Yönetmeliği
<b>s.</b>	:	Sayfa
<b>S.</b>	:	Sayı
<b>T.</b>	:	Tarih
<b>TBK</b>	:	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>TCK</b>	:	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
<b>TDN</b>	:	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
<b>TKHK</b>	:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
<b>TTBK</b>	:	6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu
<b>vb.</b>	:	Ve benzeri
<b>vd.</b>	:	Ve devamı
<b>vs.</b>	:	vesaire
<b>Yarg.</b>	:	Yargıtay
<b>YTKİY</b>	:	Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği

## GİRİŞ

İnsanın doğuştan sahip olduğu ve fiziksel ve ruhsal açıdan bütünlüğünü devam ettirebilmesini öngören yaşam hakkı, özü itibariyle kişinin hayatta olup olmamasıyla alakalıdır ve keyfi olarak kişinin yaşamına müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelir. Anayasa md.17 ile de güvence altına alınan yaşam hakkı en temel haklardan biridir. Bu hakkın sağlanması ve korunması devletin temel yükümlülükleri arasında yer almaktadır ve devlet bu yükümlülüğünün büyük bir kısmını sağlık hizmeti sunarak icra etmektedir. Ancak yaşam şartlarında meydana gelen esaslı değişiklikler bu hakkın tesis edilmesi ve devamının sağlanması noktasında özel hukuk kişilerinden yardım alınmasını zorunlu kılmış ve bu da devletin sağlık hizmetini tek başına yapmaması ve özel hastaneler eliyle bunu sağlaması şeklinde kendini göstermiştir. Gerçekten de AY md.56/f.4'e göre, devlet, sağlık hizmeti sunma görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Bu madde ile sağlık hizmetinin özel hukuk kişilerince gördürülmesine izin verilmekte ve yine aynı hüküm özel hastanelerin sağlık hizmeti vermesine dayanak teşkil etmektedir. Bir başka deyişle devlet, sağlık hizmeti verme yükümlülüğünü bizzat yerine getirmek zorunda olmayıp bunu özel hukuk kişilerine de gördürebilmektedir<sup>1</sup>.

Tıbbi müdahale ilişkisinin taraflarından biri her halde hasta (veya temsilcisi) iken ilişkinin diğer tarafı kamu veya özel hastane olabilmekte ve bu ilişkilerin niteliği de taraflarına göre farklılık göstermektedir. Şayet bu müdahale kamu hastanesinde yapılmışsa hastane işleticisi ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişki yerine kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkmakta ve bu halde sağlık hizmetini bizzat ifa eden sağlık personelleri ile hasta arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki olmamaktadır<sup>2</sup>. Tıbbi müdahale kamu hastanesinde değil de özel hastanede yapılmışsa

---

<sup>1</sup> Bu husus Hukuk Genel Kurulu kararına şu şekilde konu olmuştur: **Yarg. HGK, E. 2009/13-393, K. 2009/452, T. 21.10.2009**; '*Kamunun, sağlık alanındaki yetersizliği nedeniyle gelişen ekonomik koşulların da etkisiyle özel sektörü, sağlık alanında yer almaya ittiği yadsınamaz bir gerçektir. Bu kapsamda özel hastanelerin, sağlık alanında gelişen sosyo-ekonomik yapı karşısında yetersiz kalan devletin sağlık hizmetlerini tamamlayan ve bu alandaki boşluğu kısmen de olsa dolduran bir işlevi olduğu anlaşılmaktadır.*' ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi: 27.01.2015).

<sup>2</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Gökhan Taneri, **Hasta Hakları**, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2014, s.27.



bu halde Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve onun alt ayrımları olan Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi ile karşılaşılmaktadır. Bu ayrımların her ikisi bakımından da hasta ile özel hastane işleticisi arasında sözleşmesel bir ilişki olmakta; ancak bu sözleşmesel ilişkinin niteliği gereği tarafların hak ve borçları her bir ayrımda değişiklik göstermektedir.

Hasta, tıbbi müdahale hizmetini almak için sadece hastane işleticisi veya sadece hekim ile anlaşma yapabileceği gibi hastane işleticisine ek olarak hekim ile de anlaşma yapabilmektedir. Tarafların hak ve borçları da doğal olarak her bir opsiyonda farklılık göstermektedir. Çalışmamızda bu sözleşmesel ilişkiler neticesinde doğan her türlü hak ve borç üzerinde durulmayacak olup genel olarak tıbbi müdahale edimi ve özelde de bu edime aykırılık hallerinden biri olan malpraktis hali inceleme konusu yapılacaktır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, sağlık hizmeti almak isteyen hasta, bu hizmet için ilk planda doğrudan devlet veya özel hastane işleticisi ile muhatap olsa da bu, hekimin veya tıbbi müdahaleye yardım eden laborant, hemşire, hasta bakıcı vb. ya da bakım edimine yardımcı olan kantinci, temizlikçi gibi yardımcı kişilerin sorumluluğunu bertaraf etmemekte; söz konusu bu kişilerin yerine göre hukuki, cezai, idari veya disiplin sorumlulukları doğabilmektedir. Bu çalışmada ise, sadece özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmeleri çerçevesinde hukuki sorumluluğu bahsi üzerinde durulacağından diğer sorumluluk hallerine konuyla ilgisi olduğu ölçüde yer verilecektir.

Sağlık hizmetinin her ne kadar sorunsuz bir şekilde işlemesi amaçlansa da yürütülen her faaliyette olduğu gibi bunda da bazı aksaklıklar söz konusu olabilmektedir. Bu aksaklıklar kimi zaman bizzat hizmetin kendisinden kimi zaman da hekimin veya yardımcılarının hatası sonucu gerçekleşmekte ve zarara yol açmaktadır. Bu zararın tazminine ilişkin olarak sorumlu tutulacak kişi ve sorumluluğun dayanağı ise, hasta ile tıbbi müdahale ilişkisinin tarafına göre değişiklik göstermektedir. Çalışmamızın devamında özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde hangi şartlar altında ve hangi hükümler dâhilinde sorumlu olabileceği üzerinde durulacaktır. Konumuzla yakından ilgisi ve önemi dolayısıyla özel hastane işleticisinin sözleşmesel sorumluluğu açıklanırken hekimin sorumluluğu de yeri geldikçe incelenecektir. Önemle belirtmek

gerekmektedir ki, özel hastane işleticisinin ve/veya hekim ile diğer sağlık personellerinin haksız fiil sorumluluğu ile tıbbi müdahalenin kamu hastanesinde yapılması sonucu meydana gelen zararlardan sorumluluk halleri bu çalışmamızda ayrıca incelenmeyecek olup sadece konumuzla bağlantısı olduğu ölçüde bunlara yer verilecektir.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNE GENEL BAKIŞ VE

### TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

#### I-HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Özel hastane işleticisi ile hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin tıbbi müdahalede bulunma ve/veya diğer mutad edimleri (barınma, yedirip içirme vb.) yerine getirmeyi ve hastanın da bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmeye '**hastaneye kabul sözleşmesi**' denir<sup>1</sup>. Aşağıda etraflıca inceleyeceğimiz üzere bu sözleşmenin içeriği değişik şekillerde yapılabilmekte ve sözleşmenin taraflarından hastane işleticisinin ifa edeceği edimler, akdedilen her bir sözleşme tipine göre değişiklik göstermesine rağmen, hastanın temel edimi herhalde ücret ödemekten ibaret olmaktadır.

#### II-SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

##### A-ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİ

Sağlık hizmeti sunma yükümlülüğü olan devlet AY md.56/f.4 gereğince bu yükümlülüğünü bizzat yerine getirmek zorunda olmayıp bu konuda özel hukuk kişilerinden de yararlanabilmektedir. Anayasanın bu hükmü özel hastanelerin sağlık hizmeti vermesine dayanak teşkil etmektedir.

Özel Hastanelerin kuruluşu ve hizmet vermeleri ile ilgili hükümler **Hususi Hastaneler Kanunu**<sup>2</sup>, **Özel Hastaneler Tüzüğü**<sup>3</sup> ve **Özel Hastaneler Yönetmeliğinde**<sup>4</sup> düzenlenmiştir.

---

<sup>1</sup> Gültezer Hatırnaz Erol, 'Özel Hastaneler İle Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi', **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi 'Sağlık Hukuku Makaleleri' 10/17 Eylül 2011 Orhan Apaydın Konferans Salonu**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.191; Gültezer Hatırnaz Erol, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu Ve Hasta Hakları**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.43; Ali Türkmen, **Hasta ve Hekim Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.57.

<sup>2</sup> R.G.: T. 05.06.1933- S. 2219.

<sup>3</sup> R.G.: T. 10.01.1983- S.17924.

Hususi Hastaneler Kanunu md.1'e göre, devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmiş zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları 'husussi hastaneler'den sayılır. Bir başka deyişle; devletin resmi hastaneleri, il özel idarelerinin ve belediye hastaneleri dışında kalan ve yataklı tedavi hizmeti veren sağlık kuruluşları 'özel hastane' sayılır.

Özel hastaneler, gerçek kişiler tarafından kurulabileceği gibi tüzel kişiler tarafından da kurulabilir.

Özel hastaneler hastalara ayakta ve yatırarak muayene, teşhis ve tedavi hizmeti verir ve ÖHY md.5'e göre, en az 100 yatak bulunması zorunludur. Yataklı tedavi kurumları hukukumuzda Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği<sup>5</sup> ile düzenleme alanı bulmuştur. YTKİY md.4'e göre yataklı tedavi kurumları, hasta ve yaralıların, hastalıktan şüphe edenlerin ve sağlık durumlarını kontrol ettirmek isteyenlerin, ayakta veya yatarak müşahede, muayene, teşhis, tedavi ve rehabilite edildikleri ve aynı zamanda doğum yapılan kurumlardır. Yataklı tedavi kurumu olan özel hastaneler de YTKİY'de yer alan hükümler ile bağlıdır.

## **B-HASTA**

Hasta, Hasta Hakları Yönetmeliği md.4/b'ye göre sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı olan kimseyi ifade eder. Tanımdan da anlaşılacağı üzere hasta, sağlık hizmetinden yararlanma ihtiyacı içinde olan ve fakat koruyucu ve önleyici sağlık hizmetlerine istinaden sağlığının bozulmuş olması aranmayan kişidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği md.4'te hasta hakları genel olarak şu şekilde tanımlanmıştır: 'Sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı olan fertlerin sırf insan olmaları sebebiyle sahip oldukları ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklarını ifade eder.' Bu hüküm hastanın haklarını tanımladığı gibi diğer taraftan hasta ile

---

<sup>4</sup> R.G.: T. 27.03.2002- S.24708.

<sup>5</sup> R.G.: T.13.01.1983- S.17927.

muhatap olacak sağlık personellerinin yükümlülüklerine de genel bir çerçeve çizmiş olması bakımından oldukça önem arz etmektedir. Bu husus hastanın yaptığı her bir sözleşme tipi bakımından özellik taşıması sebebiyle aşağıda<sup>6</sup> etraflıca inceleme konusu yapılmıştır.

### **III- SöZLEşMENİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ**

#### **A-GENEL BAKIş**

Hukukumuzda bazı sözleşme tipleri kanun tarafından özel olarak düzenlemiş olduğundan sözleşmeye aykırılık halinde uygulanacak hükümler bellidir. Kanunda zel olarak düzenleme alanı bulmayan sözleşme tiplerine uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından ise, sözleşmenin hukuki niteliği ve bunun tespiti açısından da sözleşmenin unsurlarının belirlenmesi oldukça önem arz etmektedir.

Çalışma konumuz olan hastaneye kabul sözleşmesi de kanunda düzenlenmiş olan özel sözleşme tiplerinden biri olmayıp bu başlık altında bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespiti için sözleşmenin unsurları ve hukuki niteliği açıklama konusu yapılacaktır.

#### **B-HASTANEYE KABUL SöZLEşMESİNİN UNSURLARI**

Hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastane işleticisinin tıbbi müdahalede bulunması ve hastanın (veya kanuni temsilcisinin) bunun karşılığında ücret ödemeyi borçlanması sözleşmenin ne çıkan unsurlarını oluşturmaktadır.

Bu çalışmada özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde sorumluluğu inceleme konusu yapıldığından esas olarak ‘tıbbi müdahale’ unsuru üzerinde durulacak olup ‘cret’ unsuruna bununla bağlantısı olduğu ölçüde yer verilecektir.

#### **1-Tıbbi Müdahale**

##### **a-Tıbbi Müdahalenin Tanımı**

---

<sup>6</sup> Bkz: I. Bölüm- Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Türleri.

Tıbbi Müdahale<sup>7</sup>, tıp mesleği mensupları tarafından bir hastalığın veya rahatsızlığın önlenmesine, iyileştirilmesine ya da hafifletilmesine yönelik, doğrudan veya dolaylı olarak yapılan ve tıp biliminin sınırları içinde kalan bütün faaliyet ve girişimleri içine alan bir kavramdır<sup>8</sup>. Tıbbi müdahaleye örnek olarak, bir hastalığın teşhis ve tedavi edilmesi, aşı gibi sağlığın korunmasına yönelik müdahaleler, laboratuvar, röntgen vb. tahliller, estetik müdahaleler, psikiyatrik müdahaleler, adli muayene gösterilebilir.

## **b-Tıbbi Müdahalenin Unsurları**

### **(1)-Genel Olarak**

Hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin unsurlarına ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce oldukça önem arz eden ‘tıbbi müdahale’ ile ‘hukuka uygun tıbbi müdahale’ kavramları arasındaki farka değinmek gerekmektedir. Öncelikle müdahalenin tıbbi olabilmesi için aşağıda ayrıntısıyla açıklayacağımız üzere; yetkili bir kişi tarafından ve tıp bilim ve tekniğine uygun olarak yapılması gerekmektedir<sup>9</sup>. Bu bakımdan günlük hayatta çokça rastladığımız ve kırık-çıkıkçı deyiimiyle anılan veya kendi yaptıkları ilaçları insanlar üzerinde uygulayıp doğal hekim olduklarını

<sup>7</sup> Uygulamada ‘tıbbi müdahale’ kavramı yerine ‘tıbbi tedavi’ kavramı da sıklıkla kullanılmaktadır. Tıbbi müdahale kavramı tıbbi tedavi kavramından daha geniş ve üst bir kavram olması sebebiyle çalışmamızda bu kavramın kullanılması tercih edilmiştir.

<sup>8</sup> Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008, s.59-60; Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku El Kitabı**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.21 vd.; Tuba Özalp/ Faruk Özalp, **Hekimin Cezai Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.21; Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.38 vd.; Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Tıbbi Malpraktis- Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.26 vd.; Türkmen, **a.g.e.**, s.40; Taneri, **a.g.e.**, s.39; Berna Özpınar, ‘Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri’, **Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.270; Ferhat Canpolat, ‘**Kamu Hastanelerinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı**’, (Çevirimiçi) ([www.tbddergisi.barobirlik.org.tr](http://www.tbddergisi.barobirlik.org.tr)) (Erişim Tarihi, 08.09.2014), s.159; Rezzan Günday, **Tıbbi Müdahalede Ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.3; Berivan Bulut, ‘Teşhis ve Tedavi Hatalarında Hekimin Sorumluluğu’ **Farklı Çevrelerden Tıp Hukuku Sorunları**, Birinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.63; Ateş, **a.g.e.**, s.63; Battal Yılmaz, **Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.1, Nejdett Şatır, **Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Soruşturma Usulleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s.15; İlkay Ekici, **Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısının Fiillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, 2016 ([www.yok.gov.tr](http://www.yok.gov.tr)) (Erişim Tarihi: 09.05.2016), s.3-4.

<sup>9</sup> Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.29.

iddia edenler hukuki anlamda tıbbi müdahalede bulunma yetkisini haiz olmadığından bu kişilerin yaptıkları müdahaleler de tıbbi nitelikte sayılmamaktadır<sup>10</sup>.

Bir müdahalenin tıbbi olabilmesi için yetkili bir kişi tarafından icra edilmiş olması yeterli olsa da, hukuka uygun olabilmesi ancak hastanın rızasının alınması ve müdahalenin de tıp bilim ve tekniğine uygun olarak yapılması halinde mümkün olmaktadır. Bir başka deyişle, müdahalenin tıbbi olması onu otomatikman hukuka uygun hale getirmemekte ve hukuka uygun olması ancak 'rıza' ve 'müdahalenin tıp bilim ve tekniğine uygun olarak gerçekleştirilmesi' koşullarının varlığı halinde söz konusu olmaktadır.

Örneğin, bir hekimin tıbbi kurallara uygun bir şekilde hastasını ameliyat edip organını alması durumunda tıbbi müdahalenin mevcudiyeti konusunda kuşku duyulmamaktaysa da, hukuka uygunluğu konusu, üzerinde düşünmeyi gerektirmektedir. Şöyle ki, bu müdahale, tedavi etmek amacıyla, hekimin hastasına gerekli aydınlatmayı yapmış ve hastasının rızasını almış olması halinde hukuka uygun olacak iken; hekimin hastanın rızası hilafına ya da bu organı satmak gibi gayrimeşru bir amaçla söz konusu operasyonu yapmış olması halinde ise hukuka aykırı olarak addedilecektir<sup>11</sup>.

## **(2)-Tıbbi Müdahale Tıp Mesleğini İcraya Kanunen Yetkili Bir Kişi Tarafından Yapılmalıdır.**

### **i- Genel Olarak**

Tıbbi müdahaleyi yapacak kişinin tıp mesleğini icra etme noktasında yetkisinin olması gerekmektedir. Uygulamada genellikle bu yetkili kişi hekim olsa da bazı müdahalelere hekimin bizzat katılması gerekmekte ve hemşire, dişçi, ebe, hasta bakıcıları vb. sağlık personelleri de kendi görev alanlarında bu yetkiyi haiz olmaktadır. Diğer bir anlatımla, hastanın tedavi edilmesi **1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da**<sup>12</sup> da belirtildiği üzere bizzat

<sup>10</sup> Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.26.

<sup>11</sup> Benzer örnek için bkz: Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.29-30.

<sup>12</sup> R.G.: T. 14.04.1928- S.863.

yetkili bir hekim tarafından yapılmak zorunda olsa da, psikoloğun terapi yapması veya hemşirenin/hasta bakıcının hasta bakımını yapması için hekime ihtiyaç duyulmamakta ve bu kişiler söz konusu müdahaleler bakımından yetkili sıfatını kazanmaktadır<sup>13</sup>.

## **ii--Hekim**

### **(a)-Hekimin Tanımı**

Hekim, kelime anlamı olarak insanlardaki hastalıkları teşhis eden ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden kimse, doktor, tabip şeklinde tanımlanmaktadır<sup>14</sup>. Hekimler uzmanlık seviyelerine göre, pratisyen ve uzman hekim olmak üzere iki gruba ayrılır. **Pratisyen hekimler**, sadece lisans eğitimini tamamlayarak tıp mesleğini icra ederken; **uzman hekimler** ise, lisans eğitiminin tamamlanmasına ek olarak belli bir dalda yüksek lisans eğitimi görmüş ve belli bir alanda uzmanlaşmış hekimleri ifade eder. Bunlardan başka bir de tıp fakültesinde, lisans eğitiminin son sınıfında bulunan öğrenciler vardır ki bunlara da **intörn hekim** denilmektedir. Bunlar asıl hekimin denetim ve gözetimi altında tıbbi müdahaleye katıldığından sorumluluk açısından bağımsız hekim olarak saymak mümkün olmamakta ve özel hukuk açısından yardımcı kişi olarak sorumlulukları doğmaktadır<sup>15</sup>.

### **(b)-Hekim Olabilmek İçin Gereken Şartlar**

#### **(i)-Genel Olarak**

Bir kimsenin Türkiye’de hekim olabilmesi belli şartlara tabi tutulmuştur. Bu şartlar, tıp fakültesi diplomasına sahip olmak, tabipler odasına kayıtlı olmak ve hekimlik mesleğini icra etmeye engel bir durumu olmamak şeklinde tezahür eder.

<sup>13</sup> Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.28.

<sup>14</sup> <http://www.tdk.gov.tr/> (Erişim Tarihi, 07.09.2014).

<sup>15</sup> Taneri, **a.g.e.**, s.49, Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.257; Hakeri, **El Kitabı**, s.119.



Hekim olabilmek için ayrıca Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak gerekmemektedir<sup>16</sup>.

### **(ii)-Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Olmak**

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesinde de belirttiği üzere, Türkiye'de tıp mesleğinin yapılabilmesi ve ne şekilde olursa olsun hasta tedavi edilebilmesi, ancak tıp fakültesinden diploma sahibi olmakla mümkündür.

Ayrıca hemen belirtilmelidir ki hekimlik yapabilmek için tıp fakültesi diplomasına sahip olmak gerekse de bu tek başına yeterli değildir. Gerçekten de 1219 sayılı kanunun 2. maddesine göre, hekimlik mesleğinin icrası için diplomanın Sağlık Bakanlığı'na tasdik ve tescili de zorunlu olmaktadır.

### **(iii)- Tabipler Odasına Kayıtlı Olmak**

6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu<sup>17</sup> md.1'de tabipler birliği, Türkiye sınırları içerisinde meslek ve sanatlarını icraya yetkili olup da sanatını serbest olarak yapan veya meslek diplomasından istifade etmek suretiyle resmi veya özel görev yapan tabiplerin katıldığı ve tabipler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı korumak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olarak tanımlanmıştır.

Türkiye Tabipler Birliği Kanunu md.7/f.1'e göre, bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde

<sup>16</sup> 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 2011 yılında yapılan değişiklikten önce, Türkiye'de hekim olabilmek için ayrıca '*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma*' şartı öngörülmekteydi. Gerçekten de 1219 sayılı kanunun değişiklikten önceki 1. maddesine göre; '*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için (...) TÜRK bulunmak şarttır.*' denildiği için yabancıların Türkiye sınırları içinde hekimlik görevini icra etmeleri mümkün değildi. Değişiklik ile, yabancı hekimlerin tıp bilim ve tekniğine uygun bir şekilde yaptıkları müdahalelerin tıbbi müdahale olduğu kabul edilmiş oldu.

<sup>17</sup> RG: T.31.01.1953- S.8323.

çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyen hekimlerin tabip odasına üye olma zorunlulukları bulunmamakla birlikte istedikleri takdirde tabip odalarına üye olmaları da mümkündür. Yani, serbest olarak mesleği icra etmek isteyen hekimlerin tabipler odasına kayıt olmaları zorunlu iken; serbest olmayıp belli bir yere bağlı olarak veyahut mesleği hiç yapmayacak olan hekimlerin tabipler odasına kaydı zorunlu olmayıp onların isteğine tabi tutulmuştur.

#### **(iv)- Hekimlik Mesleğini İcra Etmeyi Engelleyen Bir Durumu Olmamak**

1219 sayılı kanununun 28. maddesine göre, hekimlik mesleğinin icrası için; belli suçlardan mahkûm olmamak<sup>18</sup> ve mesleği icra etmeye akıl sağlığı izin vermediği için Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile meslekten men edilip diplomaları geri alınanlardan olmamak gerekir.

#### **iii-Diğer Sağlık Personelleri**

Hekim dışında tıbbi müdahalede bulunma yetkisi olan sağlık personelleri hemşire, psikolog, fizyoterapist, dişçiler, ebeler, hasta bakıcıları vb. kişilerden oluşmaktadır. Bu kişiler sadece kendi görev alanlarında tıbbi müdahalede bulunma yetkisini haizdirler. Yaptıkları bu müdahalelerde hekim gibi sorumlu olurlar.

Kural olarak her sağlık personeli kendi görev alanında müdahalede bulunmaya yetkili olsa da, bazı hallerde bu kişilerin kendi uzmanlık alanı dışında müdahalede bulunmasının hukuka uygun olduğu kabul edilir. Bunun hukuka uygun olmasının nedeni ise zorunluluk halidir. Nitekim bu gibi hallerde sağlık personeli olmayan biri de müdahalede bulunabilir. Örneğin, bir trafik kazasında durumun aciliyeti gereği, bir dişçinin ya da ebenin yaralanan kişiye müdahalede bulunması hukuka uygun olacaktır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, acil durumlarda müdahalede bulunmak için yetkili bir sağlık personeli olmak gerekmediğinden bu tarz müdahaleler tıbbi

---

<sup>18</sup> *Anılan hükme göre*, TCK md.53'te 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, (...) (1) zimmet, irtikâp, 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 mahkûm olmamak gerekir.

müdahale niteliği taşımamaktadır<sup>19</sup>. Bir başka deyişle acil durumlarda hayat kurtarmaya yönelik olarak yapılan müdahale ile tıbbi müdahaleyi birbirinden ayırmak gerekmektedir. Zira hayat kurtarmaya yönelik müdahale herkes tarafından yapılabilirken, tıbbi müdahale sadece yetkili sağlık personeli tarafından yapılabilmektedir. Ayrıca acil durumlarda söz konusu olan müdahalenin tıp bilimine uygun, teknik ve tıbbi araçlarla yapılmış olması da aranmaz. Burada amaç kişinin hayatta kalmasını sağlamak olduğundan müdahalede bulunan kişi bakımından da tıbbi müdahaledeki gibi kısıtlayıcı ve özel şartlar aranmaz<sup>20</sup>.

### (3)-Tıbbi Müdahale Kanunen Öngörölmüş Amaçlara Yönelik Olmalıdır.

Tıbbi müdahalenin mutlaka tedaviye yönelik olup olmadığı konusu üzerinde önemle durmak gerekmektedir. Nitekim gelişen tıp biliminin hastalıkları önceden önlemeye imkân tanıdığı göz önünde bulundurulacak olursa tıbbi müdahalenin sadece tedavi amacına yönelik olmadığı görülecektir. Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden bahsedebilmek için müdahalenin meşru bir amaçla yapılması gerekir<sup>21</sup>. Bu meşru amaç da önleme<sup>22</sup>, teşhis<sup>23</sup>, tedavi<sup>24</sup>, nüfus planlaması<sup>25</sup> gibi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir<sup>26</sup>. Aşı ve serum uygulamaları, tecrid uygulamaları, doğum kontrol yöntemleri, koruyucu sağlık tedbirleri önleme; röntgen ve laboratuvar tetkikleri, vücuttan doku alınıp incelenmesi, biyopsi uygulaması teşhis; cerrahi

<sup>19</sup> Aksi yöndeki görüş için Bkz: Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.264-265.

<sup>20</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz: Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.38.

<sup>21</sup> Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s30.

<sup>22</sup> **Önleme**, henüz hasta olmayan ancak vücut tamlığına, sağlığına veya yaşamına yönelmiş olan, ileride ortaya çıkabilecek olası bir rahatsızlıktan kişiyi uzak tutmak, korumak için yapılan faaliyetlerdir. Bkz: Yılmaz, **a.g.e.**, s.5; Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.27.

<sup>23</sup> **Teşhis/Tanı**, hastada fiziksel ve ruhsal bozukluğun bulunup bulunmadığının araştırılması ve bulunması halinde tıbben ne olduğunun tespit edilmesi amacıyla yapılan bir tür tıbbi müdahaledir. Bkz: Özalp/Özalp, **a.g.e.**, s.10; Yılmaz, **a.g.e.**, s.5; Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.27; Türkmen, **a.g.e.**, s.36.

<sup>24</sup> **Tedavi**, insan vücudunda hekim tarafından gerçekleştirilen ve hastalıkları, bedensel veya ruhsal bozuklukları önlemek, tespit etmek veya iyileştirmek amacına yönelik olan tüm tıbbi müdahale ve tedbirleri ifade etmektedir. Bkz: Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.37; Hakeri, **El Kitabı**, s.21; Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.27; Özalp/Özalp, **a.g.e.**, s.11; Türkmen, **a.g.e.**, s.39; Günday, **a.g.e.**, s.4; Yılmaz, **a.g.e.**, s.5; Er, **a.g.e.**, s.63.

<sup>25</sup> **Nüfus Planlaması**, çocuk sahibi olmak isteyen erkek ya da kadına yapılan sterilizasyon müdahaleleri ile kadının gebeliğinin sona erdirilmesi faaliyetleridir. Bkz: Yılmaz, **a.g.e.**, s.6.

<sup>26</sup> Yılmaz, **a.g.e.**, s.5-6; Bulut, **a.g.m.**, s.65; Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.30; Türkmen, **a.g.e.**, s.40; Ekici, **a.g.t.**, s.5 vd.

müdahaleler, fizik tedavi, çeşitli krem, losyon ve ilaçlarla müdahaleler tedavi amacıyla yapılan tıbbi müdahalelere örnek olarak gösterilebilir<sup>27</sup>.

Tıbbi müdahale teşhis, tedavi veya koruma amacı olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak ya da diğer sebeplerle, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek, vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek, akli veya bedeni mukavemeti azaltacak şekilde yapılamaz (TDN md.13/f.3, HHY md. 12.). Yani tıbbi müdahalede bulunabilmek ancak bu amaçlarla hareket edilmesi halinde mümkündür. Aksi takdirde tıbbi bir zorunluluk<sup>28</sup> olmadan hastaya müdahalede bulunulmuş olur ki bu da kişinin vücut bütünlüğünün ihlalini sonuçlar.

#### **(4)-Hasta Bilgilendirilmeli ve Rızası Alınmalıdır.**

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için temel şart hastanın bu müdahalelere rıza göstermiş olmasıdır. Ancak rıza da tek başına yeterli değildir. Hastanın<sup>29</sup> rızası alınmadan önce hekimin<sup>30</sup> aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir. Gerçekten de hastanın aydınlatılmasını istemesi ‘kendi geleceğini belirleme hakkı<sup>31</sup>’na dayanan ve anayasal temeli olan bir hak olduğundan

<sup>27</sup> Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.27.

<sup>28</sup> Bazı yazarlar tıbbi zorunluluğu ‘**endikasyon şartı**’ kavramı altında ‘*tıbbi müdahalenin tıp bilimine göre zorunlu olması*’ şeklinde tanımlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet Demir, **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2010, s.35 vd.

<sup>29</sup> Aydınlatılacak ve rıza alınacak kişi kural olarak hastadır. Ancak hastanın bilinci kapalı ise, çocuksa veya fiil ehliyeti bulunmuyorsa hasta değil, yasal temsilcisi aydınlatılacak ve rızası alınacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Sunay Akyıldız/ Faik Çelik/ Hakan Hakeri/ Pervin Somer, **Tıp Hukuku Atölyesi-I**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.26; Esra Çimen, ‘Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü’, **Farklı Çevrelerden Tıp Hukuku Sorunları**, Birinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.116; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.300; Şatır, **a.g.e.**, s.63 vd.

<sup>30</sup> Aydınlatma yükümlüsü daima müdahalede bulunacak hekimdir. Bu yükümlülük başka bir hekime veya sağlık personeline bırakılamaz. Bir müdahale birden fazla hekim tarafından yapılacaksa her hekimin kendi uzmanlık alanı hakkında aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bkz: Akyıldız/Hakeri/Çelik/Somer, **a.g.e.**, s.31; Çimen, **a.g.m.**, s.115; Turan Ateş, **Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, Nobel Tıp Kitapevleri, 2012, s.42; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.301-302.

Aydınlatma konusunda uygulamada standart formların kullanıldığı görülmektedir. Halbuki bunların kullanılması her durum için hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesini sonuçlamayıp çoğu halde sorumluluğuna yol açmaktadır. Nitekim beyin ameliyatı olacak hasta ile kalp ameliyatı olacak hasta için müdahalenin niteliği ve olası riskleri aynı olmayacağından aynı bilgilendirmenin yapılmaması gerektiği daha kolay anlaşılacaktır.

<sup>31</sup> **Kendi geleceğini belirleme hakkı** anayasal bir hak olup sosyal bir toplum içerisinde insanın kendisini onuruna yakışan bir şekilde özgürce ifade etmesine ve gelişmesine dayanır. Bu hakkın

kural olarak aydınlatılmayan ve de rızası alınmayan hastaya müdahalede bulunulamayacaktır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması bakımından ‘aydınlatma<sup>32</sup>,’ ve ‘rıza<sup>33</sup>,’ kavramları oldukça önem arz ettiğinden hem uluslararası<sup>34</sup> hem de ulusal<sup>35</sup> belgelerde düzenlenmiştir. Ancak mevzuatımızda bunun yer aldığı özel bir hukuki düzenleme bulunmamakta, çeşitli düzenlemelerde dağınık bir şekilde yer almaktadır. Bu konudaki düzenlemelerin başında 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliği<sup>36</sup> gelmektedir. Gerçekten de 1219 sayılı kanun md.70/f.1 ve Hasta Hakları Yönetmeliği md.22/f.1, MK<sup>37</sup> md.24, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması Saklanması Nakli Hakkında Kanun md.6, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun md.4,6 Biyotıp Sözleşmesi md.5’’e göre, hiç kimseye rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan şekilde müdahalede bulunulamaz.

Aydınlatılmış onama ilişkin mevzuatımızdaki en ayrıntılı düzenleme ise Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nda<sup>38</sup> yer almaktadır. Buna göre, hekim hastasını,

---

etkili bir şekilde kullanılması ancak hastanın hastalığına ilişkin olarak gerekli aydınlatılmanın yapılması halinde mümkün olabilir. İşte bu durumda hasta serbestçe tedavi olup olmama veya olacaksa hangi yöntemin uygulanacağına karar vererek kendi geleceğini belirlemiş olmaktadır. Aksi durumda verilen rıza, yani aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden hastanın tedavi olup olmamayı veya tedavi yöntemine ilişkin olarak göstereceği rıza geçerli olmayacak ve bu halde yapılan müdahale de kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.320 vd.

<sup>32</sup> **Aydınlatma**, hekimin vereceği bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbi teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir. Bkz: Akyıldız/Hakeri/Çelik/Somer, **a.g.e.**, s.10; Çimen, **a.g.m.**, s.112.

<sup>33</sup> **Rıza**, hastanın kendisine tıbbi müdahale yapılmasına izin vermesi anlamına gelmektedir. Rıza açık olabileceği gibi zımnî de olabilir. Ancak rızanın ağır cerrahi müdahaleler, organ nakilleri gibi bazı müdahaleler bakımından mutlaka yazılı olarak alınması gerekmektedir. Uygulamada ispat kolaylığı sağlamak amacıyla her türlü müdahale için rıza yazılı olarak alınmaktadır.

<sup>34</sup> İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (md.5); Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (md.2) vb.

<sup>35</sup> 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (md.70); Hasta Hakları Yönetmeliği (md.22);Tıbbi Deontoloji Tüzüğü (md.22); Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (md.26); 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun (md.6, md.7); Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (md.4, md.5, md.6).

<sup>36</sup> R.G.: T. 01.08.1998- S. 23420.

<sup>37</sup> R.G. T.08.12.2001- S.24607.

<sup>38</sup> T.01.02.1999.

hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalı ve bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Ayrıca hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir (md.26/f.1). Bu noktada hastanın yanlış veya eksik bilgilendirilmesi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini gösterir niteliktedir ve müdahale başarı ile sonuçlansa dahi sırf bu yükümlülüğe aykırı davranıldığından hukuka aykırı olmaktadır. Çünkü bu yükümlülüğün ihlali hastanın rızasını da geçersiz kılmakta ve bu durumda yapılan müdahale kişilik hakkının ihlalini sonuçladığından hekimin ve/veya hastane işleticisinin sorumluluğuna yol açmaktadır.

Tıbbi müdahalede rızanın aranması ana kural olsa da bazı istisnai hallerde kişiyi yaşatmak veya toplum sağlığını korumak amacıyla rıza olmadan da müdahalede bulunulabilir.

Salgın hastalıkların olduğu haller, kuduz vakalarında toplum sağlığını korumak amacıyla müdahalede bulunmak için ilgili kişilere rızaları aranmadan zorunlu olarak gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir (Umumi Hıfzıssıhha Kanunu<sup>39</sup> md.57, 67, 72, 73, 74 ve 284).

Hastanın bilincinin kapalı olması gibi zorunluluk arz eden acil durumlarda da rıza aranmadan hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilir. Bu halde de tıbbi müdahalede bulunmak hekim açısından mevzuatsal bir yükümlülük olduğu için 'hakkın icrası' veyahut 'kanun hükmünü ifa' hukuka uygunluk nedenleri ile yapılan müdahale hukuka uygun sayılır. Kaza sonucu komaya girmiş kişiye müdahalede bulunmak için rızanın aranmaması buna örnek olarak gösterilebilir.

---

<sup>39</sup> R.G: T. 06-05-1930, S.1489.

Rızanın aranmadığı bir diğer hal ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nda<sup>40</sup> düzenleme alanı bulmuştur. CMK md. 75/f.1'e göre, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi<sup>41</sup> yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Görüldüğü gibi duruma göre, hâkim, mahkeme veyahut Cumhuriyet savcısının kararı ile delilleri elde etmek için şüpheli ya da sanığın iç beden muayenesi yapılabilir. Burada ilgili makamların kararı rıza yerine geçmektedir.

CMK md.76/f.1'e göre ise, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış<sup>42</sup> veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, mağdurun rızasının bulunması halinde söz konusu bu mercilerden karar alınmasına gerek olmadığı düzenlenmiştir. O halde mağdurun vücudu üzerinde iç ve dış beden muayenesi yapılabilmesi için mağdurun rızasının olup olmadığına göre ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. Mağdurun rızası varsa bu müdahaleleri yapmak hukuka uygun olacaktır. Mağdurun rızasının olmadığı ihtimalde ise yapılan müdahalenin hukuka uygunluğu hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısının bu konuda kararının olmasına bağlıdır.

<sup>40</sup> R.G: T. 17.12.2004, S.25673.

<sup>41</sup> Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik md. 3' e göre **iç beden muayenesi**; Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini ifade eder.

<sup>42</sup> Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik md. 3'e göre **dış beden muayenesi**; Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini ifade eder.

Soy bağının tespitine ilişkin benzer bir dzenleme de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>43</sup>'nda yer almaktadır. HMK md.292/f.1'e göre, uyuşmazlığın ozm baki mindan zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soy bağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.

Bazı hallerde hastadan hukuka uygun bir şekilde rıza alınmış ve fakat rıza alınmış olmasına rağmen söz konusu müdahaleye başladıktan sonra uygulanacak yöntemin değişmesi veya başka bir şekilde müdahalede bulunulması gerekebilir. Bu haller genellikle ameliyatın genişletilmesinde karşımıza çıkar. Gerçekten de ameliyatta beklenmedik bir durum oluşursa ve hastaya müdahalede bulunulması acil bir şekilde gerekirse, hastanın rızasının alınması gerekmeden o kişi yi yaşatmak için müdahalede bulunulabilecektir. Burada olduğu gibi hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı hallerde hekim kendisini yetkili sayar ve hastanın 'varsayılan rızasının' olduğu kabul edilir<sup>44</sup>. Varsayılan rızadan bahsedebilmek için, tıbbi müdahalenin izin verilebilir<sup>45</sup> nitelikte olmasının yanı sıra hastanın somut vakadaki müdahaleye ilişkin bağlayıcı bir beyanının da olmaması ve hastanın rızasına müdahale için gereken sürede ulaşılamaması gerekmektedir<sup>46</sup>. İşte bu halde hekim neredeyse kendisini hastasının yerine koyar ve hastasının gerçek iradesine yakın bir ozm bulmaya çalışır.

**(5)-Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş İlke ve Kurallara Uygun Olarak Yapılması Gerekmektedir.**

<sup>43</sup> RG Tarih: 4/2/2011, Sayı : 27836.

<sup>44</sup> Ateş, **a.g.e.**, s.50; Hakeri, **El Kitabı**, s.180-181; şatır, **a.g.e.**, s..65 vd.

<sup>45</sup> Mevzuatımıza göre insan vücudu üzerinde mutlak sınırsız bir hakka sahip değildir. Gerçekten de tenazi, organ bağışı vb. hallerde hasta kişinin kanunlara, ahlaka ve kamu düzenine aykırı bir nitelik taşıyan rızasının hukuki anlamda geçerliliği yoktur. Bu hallerde kişi rıza gösterse dahi yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır. Bkz: Akyıldız/Hakeri/elik/Somer, **a.g.e.**, s.11.

<sup>46</sup> Ateş, **a.g.e.**, s.50.



Hekim tedavi aşamasında uygulayacağı yöntemi serbestçe seçebilse de<sup>47</sup> tıp biliminin gerektirdiği şekilde davranma yükümlülüğü altındadır. Yani hekim tedavi yöntemini belirlemede özerkliğe sahip olsa da yapacağı seçim, tıbbi standart içindeki yöntemlerle sınırlıdır. Buna göre hekimin tıbben kabul edilmemiş veya yeterince denenip faydalı olacağı konusunda tam kanaat oluşmamış yöntemleri hastalar üzerinde uygulaması kabul edilemez<sup>48</sup>. Bir başka deyişle tıbbi müdahale tıbbi standarda uygun olarak icra edilmeli; yani müdahale, bilimin o an için ulaştığı seviyeye uygun olarak yapılmalıdır<sup>49</sup>. Bunun için de müdahaleyi yapan kişinin kendisini sürekli yenilemesi ve en güncel tıbbi bilgiye sahip olması gerekmektedir.

Tıbbi müdahalede bulunacak olan hekim, tedavi yöntemini seçerken hastanın özelliklerini dikkate almalı ve kural olarak yeterince denenmiş tedavi yöntemini seçmelidir. Ancak bazı hastalıklar bakımından mevcut tedavi yöntemlerinin başarısızlığı yapılan klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde anlaşıldığı takdirde daha önce, mutlak tecrübe hayvanları üzerinde yeteri kadar denenmiş olması şartıyla faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulü de uygulanabilir. Ancak, bu tedavi yönteminin uygulanması için hastaya faydalı olacağı ve başarı elde edilmemesi halinde ise mutlak tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağı muhtemel bulunması şarttır. Daha önce denenmemiş bir müdahalenin uygulanabilmesi ise, ancak hastaya zarar verme ihtimali bulunmuyorsa ve de hastanın kurtulması kesinse söz konusu olabilir.

Konuya hasta açısından bakılacak olursa, hekimin bu serbestisinin sınırlarından biriyle daha karşılaşılacaktır. Gerçekten de, hekimin tedavi yöntemini seçmede özerk olması hastanın bu konudaki isteklerinin göz ardı edileceği anlamına gelmemektedir. Hekim tıbbi standartlara uymak koşuluyla hastanın özelliklerini gözeterik ve de hastanın isteklerine mümkün olduğu ölçüde uyarak en uygun tedavi

---

<sup>47</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.6 ve Meslek Etiği Kuralları md.25'e göre, hekim mesleğinin icrasında tedavi özgürlüğüne (mesleki özgürlüğe) sahiptir. Bu özerklik bünyesinde üç unsuru barındırır. *Birincisi* tedavide bulunup bulunmama konusunda verecek olan hekimdir. *İkincisi* hekim vicdanıyla çelişen yöntemleri veya belirli bir yöntemin uygulanmasına zorlanamaz. *Üçüncü* ve son olarak da kendisi için uygun görülen teşhis ve tedaviyi seçmek daima hekimin işidir.

<sup>48</sup> Yılmaz, **a.g.e.**, s.6.

<sup>49</sup> Taneri, **a.g.e.**, s.51.

yöntemini seçmelidir. Hastanın isteğinin önemi sıradan müdahaleler bakımından çok özellik arz etmese de estetik müdahalelerde oldukça fazla öneme sahiptir. Zira sıradan tıbbi müdahaleler daha teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden herkesin ve dolayısıyla da hastanın böyle bir konuda tedaviye yönelik görüşünün olması her durumda beklenemez. Estetik müdahaleler bakımından ise, bunların sadece güzellik amacına hizmet etmediği hususunda şüphe duyulmamakla birlikte, estetik müdahalelerin güzelliğe hizmet eden bir yönünün olduğunu da kabul etmek gerekmektedir. Bu da hastanın istekleriyle diğer müdahalelere oranla daha sık karşılaşılacağı sonucunu doğurmaktadır.

## 2-ÜCRET

Hastaneye kabul sözleşmesinin hangi türü akdedilirse akdedilsin hastanın temel edimi ücret ödemekten ibarettir. Buna ek olarak hastanın hastalığı hakkında gerekli bilgi ve belgeleri verme, hekim tarafından verilen talimat ve tavsiyelere uyma vb. yükümlülükleri de bulunmaktadır<sup>50</sup>.

## C-HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hastaneye kabul sözleşmesi tedavi, barınma, yedirip içirme vb. edimlerin bir araya gelmesi suretiyle oluşmuştur. Bu edimlerden tıbbi müdahale ve hastane bakımı vekâlet ve hizmet sözleşmesinin; barınma, kira veya otelcilik sözleşmesinin unsurlarını içinde taşıması, yani sözleşmede birçok edimin bulunması nedeniyle, sözleşmenin hukuki niteliği doktrinde tartışılmıştır<sup>51</sup>. Bunun sonucunda da gerek

<sup>50</sup> Hatırnaz Erol, **a.g.m.**, s.202; Hayrunnisa Özdemir, 'Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu', **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi 'Sağlık Hukuku Makaleleri' 10/17 Eylül 2011 Orhan Apaydın Konferans Salonu**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.299-305.

<sup>51</sup> Bu konudaki tartışma için bkz: Er, **a.g.e.**, s.35 vd.; Halil Akkanat, 'Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları', **Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan**, Hüseyin Hatemi (Editör), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.28; Halil Akkanat, 'Hekimin Sorumluluğunun Hukuki Temeli', **Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi Sempozyum Dizisi No:78**, Ekim 2012, ('**Sempozyum**') s.63-64; Çağrı Şükrü Uluslu, 'Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği', **İstanbul Barosu Dergisi**, Kasım-Aralık 2013, C.87, S.2013/6, s.273-285; Ateş, **a.g.e.**, s.13-32; Emrah Kulaklı, '**Teşhis ve Tedavi Sözleşmelerinde Yardımcı Şahsın Fiillerinden Doğan Sorumluluk**', (Çevirimiçi) [www.odakhukuk.com.tr](http://www.odakhukuk.com.tr), (01.11.2013), s.1-2; Mehmet Demir, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, **Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, ('**Sağlık Hukuku Kurultayı**') s.154; Mustafa Kıcalıoğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.170-174; Nuriye Savaş, 'Hekimin Tazminat Sorumluluğu', **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi 'Sağlık Hukuku Makaleleri' 10/17**

hasta ile hekim arasında özel olarak yapılan hekimlik sözleşmesinin gerekse de hasta ile hastane işleticisi arasındaki hastaneye kabul sözleşmesinin hizmet sözleşmesi, istisna sözleşmesi, kendine özgü yapısı olan sözleşme olduğu ileri sürülmüşse de doktrindeki baskın görüş ile Yargıtay uygulaması hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin vekâlet sözleşmesi ve hasta ile özel hastane işleticisi arasındaki sözleşmenin ise karma sözleşme olduğuna kanaat getirmiştir<sup>52</sup>. Baskın görüşün gerekçesi şu olmuştur; hasta ile hekim veya özel hastane işleticisi arasında yapılan teşhis ve tedavi sözleşmesine, sözleşmenin asıl edimi olan tıbbi müdahale ediminin ait olduğu tip yani vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, diğer yükümlülüklerin ise ait oldukları sözleşme tiplerinin hükümlerinin niteliğine uyduğu ölçüde kıyasen uygulanması gerekmektedir<sup>53</sup>. Ayrıca burada hekim veya hastane işleticisi, teşhis ve tedavi sözleşmesiyle hastayı kesin olarak iyileştirmeyi taahhüt etmemekte; sadece tedavi etme borcu altına girmekte<sup>54</sup> ve bu konuda vekâlet

---

Eylül 2011 Orhan Apaydın Konferans Salonu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.159-162; Türkmen, a.g.e., s.57-58; Şatır, a.g.e., s.20 vd.

<sup>52</sup> **Yarg. HGK., E. 2009/13-393, K.2009/452, T. 21.10.2009**, '*Hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti bakımından, günümüzde ... Türk hukukunda 'karma sözleşme' olarak kabul edilmektedir. ... Türk hukukunda hastaneye kabul sözleşmesinin asıl edimini oluşturan tıbbi tedavi ediminin ait olduğu tip, yani vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, ancak diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanması amaca elverişli olacağı belirtilmiştir.* (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 27.01.2015);

**Yarg. HGK., T.11.12.2002, E. 2002/13, K.1011/1047**, '*Gerçekten de, BK'nın 386/2. Maddesi hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekalet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğretisi ve Yargıtayın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır.*' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 27.01.2015);

**Yarg. 15. HD., E.1999/4007, K. 1999/3868, T.3.11.1999**; '*Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbi yardımda ve avukat da hukuki yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekalet sözleşmelerinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi, tıbbi yardımda bulunan doktor ile hukuki yardımda bulunan avukat, yaptıkları yardımın karşılığı olan ücrete hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olamazlar.*' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 27.01.2015).

<sup>53</sup> Hatırnaz Erol, a.g.m., s.192.

<sup>54</sup> Kulaklı, a.g.m., s.13; Zarife Şenocak, 'Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat', **Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.242.

sözleşmesinin düzenlendiği TBK<sup>55</sup> md.506'da belirtildiği şekilde tedavi ettiği kişinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özen göstermekle yükümlüdür.

Dikkat edilecek olursa burada iki tartışma söz konusudur. Birincisi hekim ile hasta arasında yapılan sözleşmeye (hekimlik sözleşmesi), ikincisi ise hastane işleticisi ile hasta arasında yapılan sözleşmeye (hastaneye kabul sözleşmesi) ilişkindir. Birincisinin doğrudan vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilirken; ikincisinin karma nitelikte olduğu ancak baskın edim vekâlet sözleşmesinin edimi olduğu için vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Sonuçta her iki sözleşme bakımından da gerek doktrindeki hâkim görüş, gerekse de Yargıtay içtihatları vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir.

**Kanımızca**, baskın görüş ile Yargıtay içtihatlarının benimsediği görüş isabetli olmaktadır. Nitekim ne hasta ile hekim arasında yapılan hekimlik sözleşmesinin ne de hasta ile hastane işleticisi arasında yapılan hastaneye kabul sözleşmesinin doktrinde bir kısım yazarlar tarafından ileri sürüldüğü gibi hizmet, eser ve kendine özgü yapısı olan sözleşme olması mümkündür.

TBK md. 393'e göre hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona, zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Hizmet sözleşmesini diğer iş görme (vekâlet, eser vb.) sözleşmelerinden ayıran en temel unsur, işçi ile işveren arasındaki bağımlılık unsurudur. Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinde ise hizmet sözleşmesindeki bu bağımlılık unsuru olmadığından taraflar arasındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi olması mümkün değildir<sup>56</sup>. Bir başka deyişle, hastane işleticisi ve hekim, hastanın emri altında çalışan işçi değildir ve aralarında bu tarz emir-talimat ilişkisi de olmadığından hizmet sözleşmesi yoktur.

TBK md.470'e göre eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Eser

---

<sup>55</sup> R.G.: T.04.02.2011- S.27836.

<sup>56</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz: Er, **a.g.e.**, s.40-41.

sözleşmesinin konusunu bir eserin ortaya çıkarılması, yani bir sonucun borçlanılması oluşturmaktadır. Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinde ise, istenilen sonucun meydana gelmesi, hastaya müdahalede bulunan kişinin elinde olmayan (hastanın durumu ve hastalığının mahiyeti gibi) koşullara bağlı olduğundan niteliği gereği sonuç taahhüdünde bulunmaya elverişli değildir. Gerçekten de tedavi edimini yerine getirecek olan hekim, hastayı tedavi etme sonucunu borçlanmayıp tıp bilimine uygun gerekli müdahaleyi yapmayı üstlenmektedir. Tüm bu nedenlerden dolayı hastaneye kabul ile hekimlik sözleşmelerinin eser sözleşmesi olmasından bahsedilemez<sup>57</sup>.

Taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olduğuna ilişkin tartışmanın bir başka boyutu da estetik ameliyatları ve takma diş (protez) bakımından kendisini göstermektedir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi, hasta ile hastane işleticisi arasındaki ilişkinin ise karma sözleşme olduğu ve fakat baskın edim olan vekâlete ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını yukarıda söylemiştik. İşte burada, yapılan bu müdahalenin sıradan tıbbi müdahale değil de estetik müdahale olması halinde ilişkinin hukuki niteliğinin ne olacağı sorusu ile karşılaşılmaktadır. Yargıtay<sup>58</sup> uygulaması ile doktrindeki kimi yazarlar<sup>59</sup> bu tarz

<sup>57</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.48-49; Er, **a.g.e.**, s.41.

<sup>58</sup> **Yarg.15. HD. E.2006/4800, K. 2007/5945, T.03.10.2007;** ‘... Diş tedavisinde, hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişki vekalet sözleşmesi (BK mdç386 vd.), diş protezinde ise eser sözleşmesi (BK md.355 vd.) dir. Diş tedavisinde doktorun yükümlülüğü, tıp dünyasında kabul edilen yöntemi uygulayarak hastasını tedavi etmektir. Dolayısıyla vekalet sözleşmesinde sonuç taahhüdü yoktur. Başka bir anlatımla tüm tedaviye rağmen hasta iyileşmezse dahi, doktor yükümlülüğünü yerine getirmiş olur ve ücrete hak kazanır. Oysa eser sözleşmesinde, doktor (yüklenici) belli bir sonucu (eser) taahhüt etmektedir.Sonuç gerçekleşirse yüklenici sayılan doktor, borcunu ifa etmiş sayılır ve ücrete hak kazanır.’ Bkz: Şatır, **a.g.e.**, s.30;

**Yarg. 13. HD. E.1993/131, K. 1993/2741, T.5.4.1993;** ‘Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uyum güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinden böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekten 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. Eser sözleşmesinde yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlüdür. Bundan başka, bu iki ana borçtan kaynaklanan ve bu borçların akde uygun surette ifasını sağlayan diğer bir takım yan borçlarında BK’da açıkça yer aldığı veya işin mahiyetinden çıkarıldığı görülmektedir. Bunlardan biri de, işi sadakat ve özenle bizzat yapma borcudur. Sadakat borcu iş görenin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak borcu anlamını taşır.’ (**www.kazanci.com**) (**Erişim Tarihi:27.01.2015**);

müdahalelerin eser sözleşmesi olduğu kanısında iken doktrindeki bir kısım yazarlar ise bunun vekâlet sözleşmesi olduğu kanaatindedir.

Estetik müdahalelerin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce bu kavramı açıklamakta fayda bulunmaktadır. **Estetik müdahaleler**, bir kişinin doğuştan sahip olduğu ya da sonradan bir etken sonucu veya kendiliğinden oluşan, kişinin dış görünümünü bozan veya bozduğu düşünülen ben, kıl, sarkık, farklı renkteki deri, yara, yara izi, asimetrik ortalamanın üzerindeki veya altındaki ebatta uzuvların düzeltilmesi veya kapatılması amacıyla yürütülen müdahalelerdir<sup>60</sup>.

Estetik müdahaleler ilk bakışta sadece güzelleştirme amacına hizmet ediyormuş gibi görünse de tanımdan da anlaşılacağı üzere bu tarz müdahalelerin işlevi güzelleştirmenin çok ötesindedir. Gerçekten de yara izleri, yanıklar ve kaza sonucu oluşan anormal bozuklukların eski haline getirilmesinde görüleceği üzere estetik müdahaleler, tedavinin bir parçası olup ve tedavi amacına hizmet etmektedir.

Estetik müdahalenin ve protezlerin vekâlet mi yoksa eser sözleşmesi ilişkisi mi doğurduğu meselesinde, hekimin hastasına sonuç taahhüdünde bulunup bulunmadığından yola çıkılmaktadır. Yargıtay<sup>61</sup> ve öğretideki bazı yazarlar<sup>62</sup> bu

---

**Yarg. 15. HD. E.1999/4007, K.1999/3868, T.3.11.1999**, ‘...Eser (istisna) sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda ‘Eser’ denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zararlardan yüklenici sorumlu olur.... Bir diş doktorunun, kana tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK md.355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur. .. Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibariyle taahhüt etmiş sayılır.’ ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))(Erişim Tarihi: 27.01.2015).

<sup>59</sup> Er, **a.g.e.**, s.42; Şatır, **a.g.e.**, s.29-30; Ekici, **a.g.t.**, s.61 vd..

<sup>60</sup> Hakeri, **El Kitabı**, s.93; Hasan Petek, ‘Güzelleştirme Amaçlı Estetik Amaçlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk’, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.1, 2006, (<http://webb.deu.edu.tr>) (Erişim Tarihi: 19.03.2016), s.180 vd.

<sup>61</sup> **Yarg. 15. H.D. E.1999/4007, K.1999/3868, T.03.11.1999**; ‘...Eser (istisna) sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda ‘Eser’ denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur. Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de

müdahalede hekimin sonuç taahhüdünde bulunduğunu ve sonucun meydana gelmemesi halinde eser sözleşmesi hükümlerine göre sorumluluğun doğacağını kabul etmiştir. Öğretideki kısım yazarlar<sup>63</sup> ise bu ilişkide hekimin sonuç taahhüdünde bulunmasının mümkün olmayacağından bahisle taraflar arasındaki ilişkinin hukuki nitelik bakımından sıradan tıbbi müdahalelerden bir farkının olmadığını ve vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağını savunmaktadır.

**Kanaatimizce**, estetik müdahale ve protezin söz konusu olduğu hallerde dahi taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim insan vücudu bilinmezliklerle doludur ve hekim mesleğinin gereğini en iyi şekilde yapmış olmasına rağmen, sırf hastadan kaynaklanan sebeplerle istenilen sonuç gerçekleşmeyebilir. Komplikasyon olarak adlandırılan bu tarz durumlarda yapılan müdahalenin sıradan tıbbi müdahale olması halinde hekim nasıl sorumlu tutulamıyorsa müdahale sırf estetik amaçla yapılıyor diye gerçekleşen komplikasyondan dolayı hekimin sorumluluğuna gidebilmek hakkaniyetle bağdaşan bir durum değildir. Ayrıca insan bedeninin söz konusu olduğu bu tarz müdahaleler, sonuç taahhüdünde bulunmaya elverişli değildir. Bu nedenle anılan bu ilişkilerin vekâlet sözleşmesi olduğunun kabulü gerekmektedir.

Estetik müdahaleler her zaman güzelleştirme amacı ile yapılmamakta bazı hallerde tedavinin bir parçası olarak uygulanmaktadır. Örneğin kaza sonucunda yaralanan hastaya tıbbi müdahalede bulunarak hastanın tedavi edilmesi ve akabinde de yaranın izinin kapatılması için estetik müdahalede bulunulması halinde hem sıradan tıbbi müdahale hem de estetik müdahale aynı anda bulunmaktadır. Estetik müdahalelerin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu varsaydığımızda -örnek üzerinden gidilecek olursa- tedavi amacıyla yapılan ilk müdahale bakımından vekâlet

---

*güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur.* (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi:19.03.2016).

<sup>62</sup> Petek, **a.g.m.**, s.191 vd.

<sup>63</sup> Zekeriya Kürşat, 'Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü', **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.67, S.1-2, 2009, (http://www.journals.istanbul.edu.tr) (Erişim Tarihi:19.03.2016), s.143-166, s.153.

ilişkisi, sonraki estetik müdahale bakımından ise eser sözleşmesi ilişkisinin olduğunun kabulü gerekecektir. Bu müdahale sonucunda hastanın zarara uğraması halinde ise, zararın hangi müdahale sebebiyle gerçekleşmiş olduğunun tespiti oldukça güç olacak ve bu da doğal olarak sorumluluğa uygulanacak hükümlerin tespitini zorlaştıracaktır. Zira zarar sıradan tıbbi müdahaleden kaynaklanmışsa vekâlet sözleşmesine; estetik müdahaleden kaynaklanmışsa eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Bu sorunu bertaraf etmek için estetik müdahalelerin tedavi amacıyla yapıldığı hallerde, eser veya vekalet ilişkisinden birine üstünlük tanınması da ileri sürülebilecek bir görüş ise de, her iki opsiyonun da kendi içinde çelişkileri barındırması sebebiyle yeni sorunlara yol açacağı söylenebilir. Şöyle ki; anılan bu hallerde münhasıran eser sözleşmenin uygulanacağı kabul edildiğinde, hekim ve/veya hastane işleticisinin sorumluluğu hukuka ve hakkaniyete uyum düşmeyecek şekilde ağırlaştırılmış olacaktır. Gerçekleştirilen müdahalede tedavi amacına üstünlük tanınması ve söz konusu bu ilişkiyi vekalet sözleşmesi olarak kabul ettiğimizde ise, estetik müdahaleleri eser sözleşmesi sayan görüş kendi içinde çelişecektir. Nitekim estetik müdahalelerin sonuç taahhüdünde bulunduğu gerekçesi ile eser sözleşmesi olduğu kabul edilmekteyken, sırf tedaviye yönelik müdahalelerle aynı anda yapıldığı durumlara ilişkin olarak vekâlet ilişkisinin doğduğuna kanaat getirilmesi bu görüşün kendi gerekçesi ile çelişmektedir.

Bahsi geçen duruma ilişkin olarak bir başka problem de, her iki müdahalenin gereği gibi yapılmamış ve zararın da her iki müdahaleden kaynaklanmış olması halinde vekalet ve eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin hangisinin uygulanacağı noktasında ortaya çıkmaktadır.

Açıkladığımız tüm bu gerekçelerden ötürü estetik amacıyla yapılan müdahalelerin tedavi amacıyla yapıp yapılmadığına bakılmaksızın vekâlet ilişkisi olduğunun kabulü gerekmektedir.



Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinin kendine özgü yapısı olan sözleşme bakımından değerlendirilmesinde ise; bu tarz sözleşmeler kanunda düzenlenmiş herhangi bir sözleşmenin unsurunu içermedikleri gibi karma sözleşmeler de değildir. Bu tür sözleşmelerde taraflar kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin yeni unsurlarını içermeyen, bunlar dışında kendilerinin öngördükleri yeni unsurları yeni bir sözleşme yaratmak amacıyla bir bütünlük içinde bir araya getirirler<sup>64</sup>. Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmesi kanunda olmayan unsurların bir araya gelmesiyle oluşmadığı ve vekâlet, kira gibi borçlar kanununda düzenlenmiş başka sözleşme tiplerine ait çeşitli edimlerden oluştuğu için kendine özgü yapısı olan bir sözleşme değildir.

Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmeleri ile hekim veya hastane işleticisi, tıbbi müdahale edimi bakımından hastanın sağlığını korumak için ellerinden geleni yapacağını, gerekli özen ve sadakati göstereceğini, tüm bilgi ve becerisini hastanın yararına kullanacağına sırlarını saklayacağına, kayıtları düzgün tutacağına ve tedavisini sürdüreceğine söz vermiş olmaktadır. Hekim hastaya karşı tedavi edimi yerine getirirken hastanın isteklerine önem verse de meslek kuralları çerçevesinde bağımsız bir şekilde görevini ifa etmektedir. Tüm bu açıkladığımız sebeplerden dolayı hasta ile hekim ve/veya hastane işleticisi arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesine dair hükümlerin uygulanması daha isabetli gözükmektedir.

Yukarıda<sup>65</sup> da belirttiğimiz üzere, doktrindeki baskın görüş ile Yargıtay uygulamasına göre, hastaneye kabul sözleşmesi ile hekimlik sözleşmesine vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Bunun bir sonucu olarak da her iki sözleşme kuruluşu bakımından vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olmaktadır. O halde vekâlet sözleşmesinin ne şekilde kurulduğu üzerinde durmak gerekmektedir. Hukukumuzda sözleşmeler TBK md.1'e göre tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Hasta yatırılacağı hastaneyi serbestçe seçebileceği gibi (TDN<sup>66</sup> md.5) özel hastane de kural olarak

<sup>64</sup> Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.33.

<sup>65</sup> Bkz: Sözleşmenin Hukuki Niteliği.

<sup>66</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, R.G. 19.02.1960- S.10436.

hastayı kabul edip etmemekte serbesttir. (TDN md.18) Vekâlet sözleşmesinin düzenlendiği TBK md.503 hükmüne göre ise, kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata 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. Tıbbi müdahale ve bakım hizmeti görmek hastanenin bu hizmeti yapacağını duyurmuş olması nedeniyle, hekimler bakımından ise meslekleri gereği olmasından ötürü hastanın sözleşme yapma talebi (icabı) hemen reddedilmezse sözleşme kurulmuş olacaktır. Görüldüğü gibi TDN md.18'deki serbesti, hastane işleticisi ile hekim açısından taraf oldukları sözleşmeye ilişkin olarak karşı tarafın icabını hemen reddetmemeleri hali ile sınırlandırılmıştır. Diğer bir anlatımla, hastaneye kabul sözleşmesi veyahut hekimlik sözleşmesi hazırlar arasında yapılıyorsa tarafların iradesine göre sözleşme o anda kurulacak ya da kurulmayacaktır. Gıyaplar arasında sözleşmenin kurulması bakımından ise, hastanın icabına karşı hastane işleticisi ve/veya hekimin iradesini açıkça belirtebilecekleri konusunda tereddüt duyulmamaktadır. Zımni iradeleri bakımından ise TBK md. 503'te özel bir düzenleme yer almaktadır. Şöyle ki, kural olarak icapçı karşı tarafın kabul beyanı için makul bir süre beklemek zorundadır. Yani bu süre boyunca icabıyla bağlıdır. Ancak TBK md.503 düzenlemesi ile hastane işleticisi ile hekim hemen reddetmezse icabı zımnen kabul etmiş sayılacaktır.

Hastane işleticisinin sözleşme yapma konusundaki serbestîsinin diğer bir sınırı ise acil durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de HHK md.32'ye göre acil vakalarda hastaların tedavi ve bakımlarının yapılması zarureti olup hastane işleticisi burada hastayı geri çevirme hakkına sahip değildir. Ayrıca TDN md.3/f.1 gereğince de hekim mücbir sebep olmadıkça acil vakalarda müdahalelerde bulunmak zorundadır.

#### **IV-SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ**

Sözleşmelerin şekli bakımından genel kural TBK md.12'ye göre, sözleşmelerin kanunda aksi öngörülmediği sürece hiçbir şekle bağlı olmadan yapılabilmesidir. Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmesine vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler

uygulama alanı bulacağından ve vekâlet sözleşmesi de hukukumuzda kural olarak hiçbir şekle bağlı olmadan yapılabildiğinden TBK md.12'deki genel kural burada da uygulama alanı bulacak ve hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmesi hiçbir şekle tabi olmadan tarafların açık ya da zımni irade beyanları ile yapılabilecektir<sup>67</sup>.

Önemle belirtmek gerekir ki, hastanın veya temsilcisinin zımni irade beyanının olması ile hiç beyanda bulunmadığı halleri karıştırmamak gerekir. Nitekim zımni irade beyanında ortada bir irade vardır, ancak bu dış dünyaya açık bir şekilde yansıtılmamaktadır. Hastanın hekime fiilen muayene olması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. İkinci halde ise hastanın veyahut temsilcisinin söz konusu müdahale bakımından rızası olmamaktadır. Bu hallere kaza sonucu ağır bir şekilde yaralanıp bilinci kapalı olarak hekime getirilen hastalar örnek olarak gösterilebilir. Bu durumlarda tıbbi müdahalede bulunmak için rıza vermeye yetkili kimse olmadığından; diğer bir deyişle, hastane işleticisi ya da hekim ile sözleşme yapmaya ehil biri bulunmadığından taraflar arasında sözleşme kurulamayacak ve fakat hekim vekâletsiz iş görme hükümlerine göre tıbbi müdahalede bulunabilecektir.

## **V-HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ**

### **A-GENEL OLARAK**

Hastanın özel hastaneye yatarak tedavi görmesi için hasta ile özel hastane işleticisi arasında özel hukuk ilişkisinin, yani hastaneye kabul sözleşmesinin bulunması gerekmektedir. Hukukumuzda bu sözleşmenin tanımı, hukuki niteliği, kurulması, içeriği, taraflar ve tarafların karşılıklı hakları ve borçları, sona erme halleri gibi hususlar düzenleme alanı bulmamış olmasına rağmen mevzuatımızdaki diğer sözleşmelerden ayırt edilecek niteliklerine **21.09.2009 T. 2009/13-393 E. Ve 2009/452 K. sayılı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu** kararında<sup>68</sup> yer verilmiştir.

Hastaneye kabul sözleşmesinde barınma, yedirip içirme, tıbbi müdahale gibi edimler, genel olarak hastane işleticisi tarafından borçlanılmakta ve fakat akdedilen

---

<sup>67</sup> Yarg. HGK., E.2009/13393, K.2009/452, T.21.10.2009.

<sup>68</sup> Karar, [www.kazancı.com.tr](http://www.kazancı.com.tr) adresinden alınmıştır.

sözleşme tipine göre bu edimler kimi durumlarda hekim ile beraber ve kimi durumlarda ise ayrı ayrı borçlanılmış olmaktadır.

21.09.2009T. 2009/13-393E. Ve 2009/452K. Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre hastaneye kabul sözleşmesi; **‘Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’** ve **‘Hastaneye Bölünmüş Kabul Sözleşmesi’** olarak ikiye ayrılmakta ve hastaneye tam kabul sözleşmesi de **‘Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Yapılan Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’** ve **‘Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’** olarak kendi içinde ikiye ayrılmaktadır.

Bahsi geçen karardaki ayırım, akdedilen sözleşmelerdeki temel edim olan tıbbi müdahale ediminin ifa edilme şekline ve tarafların hak ve borçlarına dayanmaktadır. Tıbbi müdahale kavramı yukarıda<sup>69</sup> açıklandığı için tekrardan kaçınmak amacıyla burada ayrıca yer vermiyoruz.

## **B- HASTANEYE TAM KABUL SÖZLEŞMESİ**

### **1-Genel Olarak**

Hastaneye kabul sözleşmesinin bu türünde tıbbi müdahale ile birlikte yedirip içirme, barınma gibi hastane bakım hizmetleri hastane işleticisi tarafından taahhüt edilmektedir<sup>70</sup>. Hastane işleticisi bu yükümlülüklerini kendi çalışanı konumundaki hekimler ve diğer sağlık personelleri aracılığı ile yapmaktadır<sup>71</sup>. Hekimin hastane işleticisi tarafından seçilmiş olması bu sözleşme türünü diğer türlerden ayırıcı özelliktedir. Ancak hemen belirtilmelidir ki sözleşmenin diğer tarafına (hastaya) tıbbi müdahale edimini ifa edecek hekimi seçme imkânı da tanınmaktadır. Hasta kendisine tanınan bu imkânı hastane başhekimini gibi hastane içinden veyahut hastane dışından bir hekimle yapacağı sözleşme ile de kullanabilmektedir<sup>72</sup>.

### **2-Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Yapılan Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**

<sup>69</sup> Bkz: I. Bölüm- Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Unsurları.

<sup>70</sup> Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.87; Er, **a.g.e.**, s.69.

<sup>71</sup> Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.87-88.

<sup>72</sup> Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.88.

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın yapılan hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hastalığın tedavisi ile ilgili tüm tedavi programı hastane işleticisi tarafından borçlanılmaktadır<sup>73</sup>. Burada hastane işleticisinin temel edimi hastaya tıbbi müdahalede bulunmak olsa da, bu amaca hizmet eden ‘hekimlik hizmetini verme’ ve ‘hastane bakımını sağlama’ şeklindeki iki yükümlülük de tedavi programına dâhildir. Hastane bakımının sağlanmasıyla ilgili olarak hastane işleticisinin, hastaneye kabul edilen hastanın yeme-içme, barınma gibi ihtiyaçlarını karşılamasının yanında hastalığının tedavisi için amaca uygun şekilde organize edilmesini sağlama yükümlülüğü de girmektedir<sup>74</sup>. Bu yükümlülüğün, hastane hizmetlerinden yararlanan kişilerin, bu süreçte herhangi bir zarar görmemelerini sağlayacak şekilde ifa edilmesi gerekmektedir<sup>75</sup>. Organizasyon yükümlülüğü sadece hastane işleticisine ait bir yükümlülük olup buna aykırılık halinde hekime karşı dava açılıp hekimin sorumluluğuna gidilemez<sup>76</sup>.

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın yapılan hastaneye tam kabul sözleşmesinde hastane işleticisinin diğer bir yükümlülüğü olan hastanın tedavi edilmesi hususunda, hekimlik hizmeti için ayrı bir sözleşme yapılmadığı için hastane işleticisi, hastane bünyesinde çalışan hekimleri aracılığıyla bu edimini ifa edecektir<sup>77</sup>. Görüldüğü gibi bu sözleşme tipinde hekim ile hasta arasında tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yerine getirmesi amacıyla bir ‘hekimlik sözleşmesi’<sup>78</sup> yapılmamakta ve sözleşme ilişkisi, sadece hasta ile hastane işleticisi arasında olduğu için hasta, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sadece hastane

<sup>73</sup> Akkanat, **a.g.m.**, s.25; Hatırnaz Erol, **a.g.m.**, s.196; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.88; Er, **a.g.e.**, s.69.

<sup>74</sup> Akkanat, **a.g.m.**, s.32; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.88.

<sup>75</sup> Akkanat, **a.g.m.**, s.32; Hastane organizasyon yükümlülüğü kapsamında, bünyesinde çalıştırdığı hekimlere, ülkede tıp alanında yaşanan gelişmeleri takip etme imkanı verecek ortamı sağlamak, tedavisini gerçekleştirmekte olduğunu ilan ettiği hastalıkların tedavi edilmesi için gerekli araç ve gereçleri buldurmak, bu araç ve gereçlerin düzenli olarak bakım ve kontrollerini yapmak, hastane bakım ve tedavi hizmetlerinin düzenlenmesinde gerekli özeni göstermek, hastanenin hem idari hem de tıbbi açıdan üst düzeyde uzman bir kadroya sahip olmasını sağlamak, hastane bakımını verecek olan yardımcı personelin seçim ve kontrolünde gerekli özeni göstermek, yer almaktadır.Bkz: Akkanat, **a.g.m.**, s.33-34.

<sup>76</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Akkanat, **a.g.m.**, s.32; Demir, **Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, s.246 vd.

<sup>77</sup> Akkanat, **a.g.m.**, s.27; Hatırnaz Erol, **a.g.m.**, s.196.

<sup>78</sup> Demir, **Sağlık Hukuku Kurultayı**, s.154.

işleticisinden isteyebilmektir<sup>79</sup>. Hastane işleticisi de bu yükümlülüklerini kendi personeli konumundaki hekim ve diğer yardımcı personelleri aracılığıyla ifa etmektedir<sup>80</sup>.

### **3-Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**

Hastaneye tam kabul sözleşmesi, tedaviyi yürütecek olan hekim ile yapılmış hekimlik sözleşmesini de içine alacak şekilde kurulabilir<sup>81</sup>. Yani bu durumda hasta hem hastane işleticisi ile ‘hastaneye tam kabul sözleşmesi’ hem de hekim ile ‘hekimlik sözleşmesi’ yapmaktadır. Bu halde tıbbi müdahale, barınma, yedirip içirme vb. hastane bakımı şeklindeki hastalığın tedavisi ile ilgili bütün edimler hastane işleticisi tarafından üstlenilmekle birlikte, tıbbi müdahale edimi hastane işleticisinin yanında hekim tarafından da ayrı bir sözleşmeyle üstlenilmiştir<sup>82</sup>. Ayrıca tıbbi müdahale ediminin sağlanmasına hizmet eden aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayda geçirme, sır saklama gibi yan yükümlülükler de hastane işleticisi ve hekim tarafından birlikte üstlenilmiştir.

Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hekimlik sözleşmesi hastanedeki bir hekimle yapılabileceği gibi hastane dışından bir hekimle de yapılabilir<sup>83</sup>. Uygulamada genellikle seçilen hekim hastanın ihtiyaç duyduğu tıbbi müdahale konusunda uzmanlaşmış bir hekim ve çoğunlukla da söz konusu hastanede ilgili bölümün başkanı olmaktadır<sup>84</sup>.

### **C-BÖLÜNMÜŞ HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ**

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde hastanın tarafı olduğu iki sözleşme vardır. Bunlardan birincisi, hastane işleticisi ile barınma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetleri için yapılmış olan ‘hastaneye kabul sözleşmesi’, ikincisi ise, hekim

<sup>79</sup> Hakan Hakeri, Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, **Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.161-170 (**‘Sağlık Hukuku Kurultayı’**) s.165; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.88.

<sup>80</sup> Hakeri, **Sağlık Hukuku Kurultayı**, s.165.

<sup>81</sup> Akkanat, **a.g.m.**, s.25; Hatırnaz Erol, **a.g.m.**, s.198; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.90; Er, **a.g.e.**, s.70.

<sup>82</sup> Akkanat, **a.g.m.**, s.25; 36-37, Hatırnaz Erol, **a.g.m.**, s.198; Taneri, **a.g.e.**, s.13; Er, **a.g.e.**, s.70.

<sup>83</sup> Akkanat, **a.g.m.**, s.25; Hatırnaz Erol, **a.g.m.**, s.198.

<sup>84</sup> Akkanat, **a.g.m.**, s.36.

ile yapılan ‘hekimlik sözleşmesi’dir<sup>85</sup>. Dikkat edilecek olursa burada tıbbi müdahale edimi sadece hekim tarafından üstlenilmekte, hastane işleticisi ise tedavi dışındaki hastane bakım, yeme-içme vb. edimleri üstlenmektedir. Ayrıca burada hekimlik hizmeti verilmesi, hastane dışında kendi özel muayenehanesi (veya kliniği) olup serbest çalışan bir hekim tarafından borçlanılmıştır<sup>86</sup>. Uygulamada hiçbir kurum veya kuruluşa bağlı olmadan serbest ve bağımsız olarak çalışan hekim tarafından borçlanılan tıbbi müdahalelerde hekim ile hasta arasında kural olarak bu tarz bir ilişki doğmaktadır.

Bu yöntemde hasta, tıbbi müdahalenin bütünüyle hekim tarafından gerçekleştirilip organize edilmesini istemekte, ancak söz konusu tıbbi müdahalenin hastane ortamında yapılması zorunlu olduğundan hekim bütün bu hizmetleri kendisi verememekte ve her türlü hastane bakımının sağlanması (hastane organizasyonunun yapılması) için hastane işleticisi ile hastaneye kabul sözleşmesinin yapılması gerekmektedir<sup>87</sup>.

## VI- GENEL DEĞERLENDİRME

Çalışmamızın birinci bölümünde ‘Hastaneye Kabul Sözleşmesine Genel Bakış ve Tıbbi Müdahale Kavramı’ bölüm başlığı altında ‘Sözleşmenin Tanımı’, ‘Sözleşmenin Tarafları’, ‘Sözleşmenin Unsurları ve Hukuki Niteliği’, ‘Sözleşmenin Şekli’ ve ‘Sözleşmenin Türleri’ alt başlıklarına yer verilmiştir. Buna göre;

Hastaneye Kabul Sözleşmesi, özel hastane işleticisi ile hasta veya kanuni temsilcisi arasında akdedilen ve hastane işleticisinin tıbbi müdahalede bulunma, yeme-içme, bakım vb. edimleri, hastanın da bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

Hastaneye kabul sözleşmesinin ‘tıbbi müdahale’ ve ‘ücret’ olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kimseler tarafından bir hastalığın veya rahatsızlığın önlenmesine, iyileştirilmesine ya da

<sup>85</sup> Akkanat, **a.g.m.**, s.26; Hatırnaz Erol, **a.g.m.**, s.199; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.92; Er, **a.g.e.**, s.70.

<sup>86</sup> Akkanat, **a.g.m.**, s.38.

<sup>87</sup> Akkanat, **a.g.m.**, s.38.

hafifletilmesine yönelik olarak yapılan ve tıp biliminin sınırları içinde kalan bütün faaliyet ve girişimleri içine alan bir kavramdır. Tıbbi müdahalede bulunmak kişinin yaşam, sağlık ve kişilik haklarıyla yakından ilgilidir ve hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden bahsedebilmek için; yetkili bir kişi tarafından, kanunda öngörülen amaçlara yönelik olarak ve hastanın bilgilendirilip rızası alınarak, genel tıbbi standartlara uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde yapılan müdahale hukuka aykırı olacak ve hastanın kişilik haklarının ihlaline yol açacaktır.

Hastaneye kabul sözleşmesinin hukukumuzda özel olarak düzenlenmiş sözleşme tiplerinden olmaması ve birçok sözleşme tipine özgü edimleri bünyesinde barındırması sebebiyle hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay içtihatları hastaneye kabul sözleşmesinin karma sözleşme olduğunu ve temel edim vekâlet sözleşmesine ait olduğundan vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir.

Hastaneye kabul sözleşmesi hukukumuzda özel olarak düzenleme alanı bulmasa da diğer sözleşme tiplerinden ayırıcı özelliklerine 21.09.2009 T. 2009/13-393 E. Ve 2009/452 K. sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında yer verilmiştir. Bu karara göre hastaneye kabul sözleşmesi; ‘Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’ ve ‘Hastaneye Bölünmüş Kabul Sözleşmesi’ olarak ikiye ayrılmakta ve hastaneye tam kabul sözleşmesi de ‘Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Yapılan Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’ ve ‘Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’ olarak kendi içinde ikiye ayrılmaktadır.

Tarafların söz konusu bu ilişkilerden doğan hakları ve borçları ise akdedilen her bir sözleşme tipine göre farklılık göstermektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere çalışmamızda genel olarak tıbbi müdahale edimi inceleme konusu yapıldığından tarafların bunlar dışındaki ikincil edim yükümlülüklerine bununla bağlantısı olduğu ölçüde yer verilmiştir.



## İKİNCİ BÖLÜM

### ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİNİN

#### BORCA AYKIRILIK HÜKÜMLERİNE DAYANAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

##### I-GENEL BAKIŞ

Hasta, tıbbi müdahale ve tedavi hizmetini genel olarak hastane işleticisi ile akdedilen hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında, hastane işleticisinin edimini ifa etmesi şeklinde alır. Kural olarak hekimin veya diğer sağlık personellerinin bu edimi bizzat ifa ediyor olmaları bu kişiler ile ayrı bir sözleşme akdedildiği anlamına gelmemektedir. Meğerki hekim ile hekimlik sözleşmesi yapılmış olsun.

Özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde borca aykırılık hükümlerine dayanan sorumluluğunun ele alındığı bu bölümde sözleşmede üstlenilen her türlü edime aykırılık hali incelenmeyecek olup genelde tıbbi müdahalede bulunma edimi özelde de bu edime aykırılık hallerinden biri olan malpraktis üzerinde durulacaktır. Şüphe yok ki tıbbi müdahalede bulunma edimi dışındaki edimlerin gereği gibi veya hiç yerine getirilmemesi de sözleşmenin ihlalini sonuçlandıracaktır. Ancak bu hususa sadece inceleme konumuzla bağlantısı olduğu ölçüde değinilecektir.

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle genel borca aykırılığın düzenlendiği TBK md.112 hükmü incelenecek olup akabinde de sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa (culpa in contrahendo sorumluluğuna) yer verilecektir.

##### II-BORCA AYKIRILIK HÜKÜMLERİNE DAYANAN SORUMLULUK (TBK MD. 112)

##### A-GENEL BAKIŞ

TBK md.112’de yer alan ‘Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.’ hükmüne binaen hekim ile hastane işleticisi

tarafı oldukları sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri sözleşmeye uygun bir şekilde ifa etmezse bundan sorumlu olacaklardır.

Yukarıda<sup>1</sup> ayrıntısıyla incelediğimiz üzere, tıbbi müdahalede bulunabilmek amacıyla hasta ile hastane işletici ve bazen de hekim arasında çeşitli sözleşmeler akdedilmektedir. Bu sözleşmeler kapsamında tıbbi müdahale hiç ya da gereği gibi yapılmazsa bu edim bakımından hastane işleticisi hastaneye kabul sözleşmesi, hekim ise hekimlik sözleşmesi çerçevesinde sorumlu olmaktadır. Yeme- içme, barınma gibi hastane bakım hizmetlerinin gereği gibi veya hiç yapılmaması halinde ise, bu edimleri sadece hastane işleticisi borçlandığı için hastaneye kabul sözleşmesine dayanılarak hastane işleticisinin sorumluluğuna gidilebilmektedir.

Tıbbi müdahale edimi ile ilgili olarak, hekimin şahsının önemli olduğu tıbbi faaliyetlerde - Ki bunlar tıbbi teşhis ve tedavinin özel olarak bir hekim tarafından yapılacağı konusunda tarafların anlaşmış olduğu hallerde söz konusu olabilir. Bu noktada tıbbi müdahaleyi yapacak hekimin seçilmesi, bağımsız bir sözleşme (hekimlik sözleşmesi) şeklinde yapılabileceği gibi hastane ile yapılan hastaneye kabul sözleşmesinin bir şartı olarak da yapılabilir.- TBK md.83 gereği sözleşmede kararlaştırılan hekim bizzat ifa ile yükümlü olduğundan kendi ediminin yerine geçecek şekilde yardımcı kişi kullanması mümkün olmayacaktır. Bu şekilde yardımcı kişi kullanılması borca aykırılık teşkil edeceği için başkaca bir şartın gerçekleşmesi gerekmeden hekimin veya hastane işleticisinin TBK md.112'ye göre sorumluluğuna yol açacaktır. Örneğin, bir ameliyatın uzman bir cerrah tarafından yapılacağı konusunda hasta ile hastane işleticisi anlaşmış ancak buna rağmen hastane işleticisi ameliyatı bizzat yapması konusunda anlaşılan hekimi değil de pratisyen ya da asistan veya intörn hekime işi yaptırmışsa, ameliyat başarı ile sonuçlanmış olsa dahi bu ameliyatın sözleşmede kararlaştırılan uzman hekim tarafından bizzat yapılması gerektiği için başka bir şart aranmadan bu durum borca aykırılık teşkil edecek ve hastane işleticisinin TBK md.112'ye göre sorumluluğuna yol açacaktır.

---

<sup>1</sup> Bkz: Bölüm I.

## **B-SORUMLULUĞUN SUJESİ**

Sözleşmesel sorumluluk, sözleşmelerin nisbiliği prensibi gereğince sadece taraflarına hak ve borç doğurur. Bu sebeptir ki bir sözleşmenin tarafı olmayan kişi kural olarak bir hak elde edemeyeceği gibi, bu kişi aleyhine bir borç da yüklenememektedir. Taraflar, aralarında yapmış oldukları sözleşme uyarınca çeşitli edimleri ifa etmeyi borçlanmaktadır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, çalışmamızda esas olarak özel hastane işleticisinin akdedilen sözleşmelerde tıbbi müdahale edimine aykırı davranmasından kaynaklanan sorumluluğu incelendiğinden sözleşmenin diğer tarafının (hastanın) ücret ödeme borcu veya diğer yan edim yükümlülüklerine aykırı hareket etmesinden doğan sorumluluk haline sadece hekim veya hastane işleticisinin üstlenmiş olduğu tıbbi müdahale edimi ile bağlantısı olduğu ölçüde yer verilecektir.

Ayrıca çalışma konumuz her ne kadar özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu olsa da, önemine binaen ve konumuzla yakından bağlantısı olması sebebiyle çalışmamızda hekim ile yapılan hekimlik sözleşmesine de zaman zaman yer verilmiştir.

### **1-Hastane İşleticisi**

Hastane işleticisi ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi akdedilmekte ve bu sözleşme de çeşitli şekillerde yapılabildiğinden hastane işleticisinin sorumluluğu belirlenirken bu ayrımları incelemek gerekmektedir.

Hastane işleticisi, hastaneye kabul sözleşmesinin hangi türü akdedilmiş olursa olsun bu sözleşme ile üstlendiği edimi gereği gibi veya hiç ifa etmemesi halinde sorumlu olacaktır. Hastane işleticisinin akdedilen hastaneye kabul sözleşmeleri bakımından temel borcu tıbbi müdahale ve tedavi hizmetinde bulunmaktan ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde ise hasta bakımını (yeme-içme, konaklama vb.) sağlamaktan ibarettir. Hekimlik sözleşmesinde hekim için getirilen hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, hasta bilgilerini arşivleme, sır saklama yükümlülükleri hastane işleticisi için de geçerlidir. Ancak bunlara ek olarak tedavi hizmetinin gereği gibi yapılmasını sağlayacak hastayı yatırma (barındırma), yedirip

içirme gibi yan edim yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu husus yukarıda etraflıca incelendiğinden burada sadece değinmekle yetiniyoruz<sup>2</sup>.

### **a-Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**

#### **(1)-Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın akdedilen hastaneye kabul sözleşmesinde tüm tedavi hizmetleri hastane işleticisi tarafından borçlanıldığından buna aykırılık halinde sadece hastane işleticisinin sözleşmesel sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle, burada, hastane işleticisi dışındakilerle (hekim veya diğer sağlık personelleriyle) sözleşmesel bir ilişki söz konusu olmayıp tedavi kapsamındaki tüm edimler hastane işleticisi tarafından üstlenildiğinden sözleşmeye aykırılık halinde sadece hastane işleticisinin sözleşmesel sorumluluğundan bahsedilecektir.

#### **(2)-Hekimlik Sözleşmesi İleveli Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**

Aşağıda<sup>3</sup> daha ayrıntılı açıklanacağı üzere, hastaneye tam kabul sözleşmesinin bu türünde yine tüm tedavi hizmetleri hastane işleticisi tarafından borçlanılmakta, ancak bu kez tedavide bulunma edimi yönünden hekim de hastane işleticisi ile birlikte borçlu konumunda olmaktadır. Ayrıca hemen belirtilmelidir ki, tedavinin gereği gibi yerine getirilmesine hizmet edecek hastanın bakımı, yeme-içmesi, temizlik vb. gibi organizasyonlar yine sadece hastane işleticisi tarafından borçlanıldığından bunlara aykırılık hastane işleticisinin münferinden sorumluluğunu doğurmaktadır.

### **b-Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi**

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde hastanın tedavisi için gereken hizmetler bölünmüş bir şekilde ifa edilmektedir. Burada hastane işleticisi ile tıbbi müdahale edimi dışındaki edimlerin ifası konusunda bir anlaşma mevcut olduğundan tıbbi müdahale edimine aykırılık kural olarak hastane işleticisinin sorumluluğuna yol açmamaktadır. Meğerki hastane işleticisinin diğer sözleşmesel edimlere ve bilhassa

---

<sup>2</sup> Bkz: Bölüm I.

<sup>3</sup> Bkz: Bölüm II- Hekim.

da organizasyon yükümlülüğüne aykırı hareketi bu sonuca yol açmış olsun. Örneğin; başarılı bir operasyon geçiren hastanın gözetim altında kaldığı zaman içerisinde hastane yemeklerinden zehirlenmesine bağlı olarak durumunun kötüleşmesi veya ölmesi halinde, bu edim sadece hastane işleticisi tarafından borçlanıldığı için münhasıran hastane işleticisinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Sorumluluğun gerekçesi ise, hem hastane işleticisi ile akdedilen sözleşme ile üstlenilen yeme-içme ediminin sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmemesi hem de bu şekilde vuku bulan zararın hastane işleticisinin tıbbi müdahalenin gereği gibi yerine getirilmesini sağlama noktasındaki organizasyon yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaktadır. Böyle bir durum söz konusu değilse, yani hastane işleticisinin davranışı tıbbi müdahale ediminin gereği gibi ifa edilmesine engel olmadıysa, bu edime aykırılık hali münhasıran bunu ifa ile yükümlü olan hekimin sorumluluğundadır.

## **2-HEKİM**

Hekimin sözleşmesel sorumluluğu hasta ile hekimlik sözleşmesinin akdedilmiş olduğu hallerde karşımıza çıkmaktadır. Bu durum ise sadece ‘hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi’ ile ‘bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde’ söz konusu olmaktadır. Birinci halde hekim hastane işleticisi ile birlikte, ikinci halde ise tek başına tıbbi müdahale edimini ifa ile yükümlüdür. Dolayısıyla bu hallerde tıbbi müdahale ediminin gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi birinci durumda hastane işleticisi ile hekimin, ikinci durumda ise sadece hekimin sorumluluğunu doğurmaktadır.

## **C-SORUMLULUĞUN ŞARTLARI**

### **1- Sözleşmesel Bir İlişki Olmalı**

Hastane işleticisi ile hekimin sözleşmesel sorumluluğundan bahsedebilmek için her şeyden önce ortada akdedilmiş bir sözleşmenin olması gerekmektedir. Yukarıda<sup>4</sup> açıkladığımız üzere tıbbi müdahale konusunda hasta ile hekim ve/veya (özel) hastane işleticisi arasında sözleşmesel bir ilişki mevcuttur. Taraflar arasında tıbbi müdahale

---

<sup>4</sup> Bkz: Bölüm I.

konusunda akdedilen sözleşme çeşitleri daha önce açıklandığı için burada tekrardan kaçınmak amacıyla atıf yapmakla yetiniyoruz<sup>5</sup>.

## **2-Sözleşmesel İlişkiye Aykırılık Olmalı**

### **a-Genel Olarak**

Borç ilişkilerinin en doğal sona erme biçimi ifadır. İfa; borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesini<sup>6</sup> ifade eder. İfa bazı hallerde mümkün iken bazı hallerde ise imkânsız olabilir. İfanın mümkün olduğu hallerde edim tarafların anlaşığı şekilde yerine getirilirse borç ifa ile sona erecektir. Ancak ifa mümkün olmasına rağmen borç her zaman ifa edilmeyebilir. İşte sözleşme ilişkisine aykırılık oluşturan bu haller borcun hiç ifa edilmemesi (gecikmiş ifa ya da şartlarının bulunması halinde borçlu temerrüdü) veya gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa) şeklinde tezahür eder. İfanın imkânsız olduğu haller ise; başlangıçtaki imkânsızlık ve sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen imkânsızlık olarak kendini göstermektedir. Bu başlık altında hastaneye kabul sözleşmelerinde sözleşmeye aykırılık halleri inceleme konusu yapılacak olup çalışmamızın esas konusunu oluşturan malpraktis kavramı açıklandıktan sonra bununla karıştırılmaması gereken bir diğer önemli kavram olan komplikasyon üzerinde durulacaktır.

### **b-Borcun Zamanında İfa Edilmemesi**

#### **(1)-Gecikmiş İfa**

Gecikmiş ifa borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması anlamına gelmekte ise de, gereği gibi ifa etmeme bundan ibaret değildir. Gerçekten de aşağıda ayrıntısıyla inceleyeceğimiz üzere borçlunun borcunu sözleşmede kararlaştırılan şekilde ifa etmemesi yani kötü ifa etmesi de söz konusu olabilmektedir. Tıp hukukunda bu

---

<sup>5</sup> Bkz: Bölüm I, Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Türleri.

<sup>6</sup> Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 9. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2015, s.346; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s.906; M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I**, 12.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.257; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**,14. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2015, s.265.

durum malpraktis şeklinde karşımıza çıkmakta ve çalışmamızın esas konusunu oluşturmaktadır.

Borcun ifası mümkün olduğu halde ifa edilmemesi hali, gecikmiş de olsa borcun hala ifa edilebileceği anlamına gelmektedir. Ancak borçlu burada ifade bulunursa borcunu gereği gibi ifa etmemiş olmaktadır. Örneğin, ameliyat için belirli bir gün kararlaştırılmış olması, ancak hekimin o zaman diliminde ameliyatı yapmaması halinde borcun ifa edilmemesi söz konusudur. Bu halde sözleşme konusu edim hala yerine getirilebilmektedir; yani hastanın ameliyat edilebilmesi hala mümkündür. Ama kararlaştırıldan başka bir vakitte borcun ifa edilmesi (hastanın ameliyat edilmesi) bu ifanın sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde -gereği gibi- olmadığını göstermektedir. Meğerki ifadaki gecikme hastadan kaynaklanmış olsun. Gerçekten de hastanın şeker, tansiyon gibi başka rahatsızlıklarının olması ve bunların değerlerinin yüksek veya düşük çıkması nedeniyle ameliyata alınmaması ve ameliyatın bu sebeplerle zorunlu olarak başka bir zamana bırakılmasında gecikmiş ifadan bahsedilemez.

## **(2)-Borçlu Temerrüdü**

Borcun zamanında ifa edilmemesi belirli şartların bulunması halinde borçlunun temerrüdüne yol açmaktadır. Gerçekten de ifası mümkün olan muaccel bir borcun alacaklısının ifaya hazır olması şartıyla, alacaklı tarafından yapılacak ihtar ile borçlu temerrüde düşer. Bu durum tıp hukukunda hekimin ve/veya hastane işleticisinin hastaya tıbbi müdahalede bulunmak için gereken hizmeti vermemesi şeklinde tedavinin sürüncemede bırakılması olarak karşımıza çıkmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi aşağıda<sup>7</sup> ayrıntısıyla inceleneme konusu yapılacaktır.

Borçlu temerrüdünün söz konusu olduğu hallerde borçlu temerrüdüne dair TBK md. 118 vd. daki hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Yani temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür (TBK md.118). Ayrıca temerrüde düşen borçlu, kural olarak beklenmedik hal sebebiyle doğan zararlardan

---

<sup>7</sup> Bkz: II. Bölüm - Malpraktis.

da sorumlu olmaktadır (TBK md. 119/f.1). Temerrüdün bu iki genel sonucunun dışında karşılıklı borç doğuran sözleşmelerin olması durumunda alacaklı, borcun ifasını ve gecikme tazminatı (TBK md.125/f.1) isteyebileceği gibi ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararlarının (TBK md.125/f.2) veya sözleşmeden dönerek sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın (TBK md.125/f.3) tazminini de isteyebilir.

### **c-Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi (Borcun Kötü İfa Edilmesi)**

#### **(1)-Genel olarak**

Bazı hallerde borçlu edimini ifa etmiş olmasına rağmen bu edim sözleşmede kararlaştırılan şekilde yerine getirilmemiş olabilir. Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği (kötü ifa edildiği) haller tıp hukukunda malpraktis olarak düzenlenmiştir.

#### **(2)-Malpraktis (Tıbbi Uygulama Hatası)**

##### **i-Tanımı**

Tıp hukuku alanında özel hastane işleticisi veya hekimin borçlandıkları edimleri gereği gibi veya hiç ifa etmemesi yani kötü tıbbi uygulamada bulunması ‘**malpraktis**’<sup>8</sup> olarak isimlendirilmektedir<sup>9</sup>. Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları’nın 13. maddesine göre **tıbbi uygulama hatası (malpraktis)**; bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimin tanı ve tedavide standart ve belirlenmiş davranış biçimlerinden farklı davranması veya görev ihmali sonucu, hastada sağlığın geçici olarak bozulmasından, ölüme kadar giden zarara neden olunmasını ifade eder<sup>10</sup>. Eş bir deyişle malpraktis, teşhis ve tedavi hizmetlerinin sunumu sırasında, söz konusu hizmetleri yerine getirenlerin yanlış

<sup>8</sup> Hatırnaz Erol, **a.g.m.**, s.203-204; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.279; Demir, **Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, s.39.

<sup>9</sup> **Yarg. 4. HD., E. 1976/6297, K. 1977/2541, T. 7.3.1977**; ‘*Hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir.*’ ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>10</sup> Fatih Birtek, ‘Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayırımı’, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 81, S.5, Yıl 2007, s.2001, 2003.



uygulamaları veya ihmalleri neticesinde bir zararın gerçekleşmesini ifade eder<sup>11</sup>. Diğer bir anlatımla malpraktis, özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesinden kaynaklanan edimlerini hiç ifa etmemesi –şartlarının bulunması durumunda borçlu temerrüdü- halinde olabileceği gibi; sözleşmeye uygun bir ifade bulunmama –kötü ifade bulunma- şeklinde de söz konusu olabilir.

Malpraktis, hizmeti sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak, iyileşmesinin gecikmesine ya da hastanın ölümüne sebep olan her türlü müdahaleyi içermektedir<sup>12</sup>. Dikkat edilecek olursa malpraktisten bahsedebilmek için söz konusu müdahalenin mutlaka hekim tarafından gerçekleştirilmesi aranmamaktadır. Hemşirenin yanlış iğne yaparak hastanın ölümüne sebep olması veya ambulansla ilk yardım görevlisinin hastaya cross yapmadan transfüzyon yapması ve buna bağlı olarak hastanın hayatını kaybetmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

## **ii-Malpraktisin Türleri**

### **(a)-Genel Olarak**

Hekim veya diğer sağlık personellerinin bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedenleriyle hastanın zarar görmesine yol açan uygulaması, temelde malpraktis olarak karşımıza çıksa da özelden malpraktis çeşitli şekillerde olabilmektedir. Bu başlık altında malpraktisin çeşitleri üzerinde durulacaktır.

Malpraktisin çeşitlerini açıklamaya geçmeden önce belirtilmelidir ki, malpraktis icrai davranışla gerçekleşebileceği gibi ihmali davranışla da gerçekleşebilmektedir. Gerçekten de hastaya yanlış iğnenin vurulması, yanlış ilacın verilmesi veya ameliyatın hekimin hatası sebebiyle başarısızlıkla sonuçlanması

---

<sup>11</sup> Mehmet Demir, ‘Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu’, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.57, S.3, Yıl. 2008, (‘AÜHFD’) s.246; Gürsel Çetin, ‘Tıbbi Malpraktis’, **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi**, No:48, Şubat 2006, s.31; Hatırnaz Erol, **a.g.m.**, s.204; Taneri, **a.g.e.**, s.14.

<sup>12</sup> Çetin, **a.g.m.**, s.31.

örneklerinde olduğu gibi icrai davranışla gerçekleşmesinin yanı sıra tedavi olmak için gelen hastanın tedavi edilmemesi, hastalığının teşhisinin dahi yapılmaması ve uzman başka bir hekime de sevkinin gerçekleşmemesi halinde ihmali davranışla hastalığın tedavi edilmesi sürüncemede bırakılmakta ve bu şekilde malpraktis gerçekleşmektedir.

### **(b)-Teşhis Hatası**

**Teşhis hatası**, bir hastalığın teşhisinin yanlış konulması veya doğru teşhis için yapılması gerekenlerin yapılmayarak ihmal edilmesini ifade eder<sup>13</sup>. Hastalığın teşhisinin yanlış konulması da malpraktis gibi çeşitli şekillerde söz konusu olabilmektedir. Gerçekten de bu hata, hastanın hikâyesinin yanlış alınması<sup>14</sup>, tıp bilimine genel kabul görmüş ve belli bir standarda kavuşmuş tanı yöntemlerinin kullanılmaması, hekimin doğru tanı yöntemini uygulamış olmasına rağmen mesleki bilgisinin yetersizliği nedeniyle bunları anlamlandırmada hata yapması şekillerinde söz konusu olabilir.

Teşhisin doğru yapılması bundan sonra uygulanacak tedavi yönteminin belirlenmesi bakımından son derece önemlidir. Nitekim yanlış tespit edilen bir hastalık için en iyi tedavi yöntemi uygulansa dahi beklenen faydanın sağlanması mümkün değildir.

Hastalığı teşhis etmek, münhasıran hekimin görevi olduğu için bunun gerektiği gibi yapılmaması da belli şartların varlığı halinde hekimin ve/veya hastane işleticisinin sorumluluğunu doğurmaktadır. Bu hata türünde, hekim hastalığı hiç teşhis edememiş olabileceği gibi hastada var olan hastalık dışında başka bir hastalığı da teşhis etmiş olabilir<sup>15</sup>. Ancak hastalığın teşhis edilemediği her vakit hekim ve/veya hastane işleticisi bundan sorumlu olmamaktadır. Nitekim çağımızda her geçen gün yeni hastalıklar türemekte ve teknoloji ne kadar gelişirse gelişsin başlangıçta hastalıkların teşhis ve tedavisi sekteye uğramaktadır. Başka bir ifade ile,

<sup>13</sup> Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.283;.

<sup>14</sup> 'Anamnez' kavramıyla tanımlanan bu husus hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz: Yılmaz, **a.g.e.**, s.51.

<sup>15</sup> Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.283.

gelişmiş teknolojik imkanlar hastalıkların teşhis ve tedavisini büyük ölçüde mümkün kılsa dahi, henüz karşılaşmadığımız hastalık türleri olduğundan bunlarla ilk kez karşılaşan hekim haklı olarak bunları tespit edemeyebilir. Hastalığın teşhis edilmemesi buradaki gibi ekstrem bir sebebe dayanmadığı halde hekim, teşhis için gerekli tetkikleri yapmadığı veya mesleki bilgisinin noksanlığı sebebiyle hastalığı doğru bir şekilde tespit edememişse bundan dolayı sorumlu olacağı muhakkaktır.

### (c)-Tedavi Hatası

Teşhis dışında tedavi konusunda da hatalar söz konusu olabilir. **Tedavi hatası**, hastalıkla uygun olmayan bir tedavinin yapılması ya da doğru tedavi yönteminin yanlış şekilde uygulanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>16</sup>.

Tedavi aşamasında hekim dışında diğer sağlık personelleri de aktif rol oynadığından onlar da eylemleriyle bu hataya sebep olabilir.

Hekim tedavi yöntemini seçmede serbest olsa da tıp bilimine kabul edilmiş ilke ve kurallar ile tıbbi standardın dışına çıkacak tarzda bir yöntem seçemez. Ayrıca hekim tedavi şeklini seçerken en az riskli olanı seçmelidir<sup>17</sup>. Örneğin, ilaçla tedavi imkânı varken cerrahi müdahale seçilmemelidir.

### (d)-Organizasyon Hatası

Genel olarak hekim veya diğer sağlık personellerinin davranışları malpraktise sebep olsa da, hastane işleticisi de organizasyon yükümlülüğüne aykırı davrandığı

<sup>16</sup> Hatırnaz Erol, a.g.e., s.285; Demir, **Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, s.39 vd.

<sup>17</sup> **Yarg. 13. HD., E.2013/17487, K.2014/794, T.16.1.2014;** ‘...doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm Şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.’  
([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi: 28.03.2015).

haller de malpraktise sebep olabilir<sup>18</sup>. Daha önce de açıkladığımız üzere hastane işleticisi hasta ile akdedilen sözleşmeler çerçevesinde hastanın teşhis ve tedavi hizmetlerini alırken bu hizmetlerin gereği gibi yapılmasını ve hastanın zarar görmemesini sağlamakla yükümlüdür. Eş bir deyişle, hastane işleticisi hastanın hastalığının teşhis ve tedavisi için gereken bakım, yeme-içme ve diğer hizmetleri eksiksiz sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğüne aykırı davranması söz konusu bu hizmetlerin aksamasına ve hastanın bundan zarar görmesine sebep olmaktadır. Nitekim ameliyat sırasında elektriklerin kesilmesi ve jeneratörün olmaması sebebiyle tıbbi müdahalenin gerektiği gibi yapılamaması; hastane yemeklerinin bozuk olması ve hastaların bundan zehirlenmesi; hastanenin acil servisinde bulunması gereken tıbbi teçhizatın veya sağlık personelinin olmaması sebebiyle hastalara müdahale edilememesi vb.leri organizasyondan kaynaklanan malpraktise örnek olarak gösterilebilir.

#### (e)-Üstlenme Hatası

Hekimin, hastanın hastalığının kendi uzmanlık alanında olmamasına rağmen tedavisini üstlenmesi **üstlenme hatası** olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>19</sup>. Hekimin kendi uzmanlık alanı dışında müdahalede bulunması acil durumlarda ilk yardım ile sınırlıdır. Bunun dışında tıbbi müdahale yapma yetkisi kendi uzmanlık alanına münhasırdır. Bu nedenle bir hekimin kendi uzmanlığının dışına çıkan hastalıkların tedavi edilmesi için hastasını ilgili uzman hekime sevk etmesi gerekmektedir. Aksi

<sup>18</sup> **Yarg. HGK, E. 2009/13-393, K. 2009/452, T. 21.10.2009;** 'Yasal mevzuat hükümlerinde belirtildiği gibi, kendisine zarar verecek hastanın, durumuna uygun odalar tahsis edilmekle birlikte, odaların hastanın zarar görmesini engelleyecek nitelikte olması da şart koşulmuştur. Bu bağlamda, odalarda özellikle elektrik anahtarı ve prizinin bulunması da yasaklanmıştır. Davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurmaması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 37. maddesinde öngörülen hastanın can güvenliğini sağlama görevini de bu konuda gerekli tedbirleri almayarak yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Böylece, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak davacıların murisinin intiharını gerçekleştirilmesine engel olamadığı gibi, bu konudaki emredici hukuk kurallarına da aykırı davranan davalı hastane işleteninin, davacılara karşı tazminatla sorumlu olduğu her türlü duraksamadan uzaktır. Davaya konu somut olayla ilgisi bakımından, davalı hastanenin, akıl hastası ve intihara meyilli bulunan hastaya bu konuda yetişmiş hemşire görevlendirilmeyerek hasta yakınının refakatçi olarak seçilmesini ve hastanın, hastanede intiharına engel olamayan davalı hastanenin tazminatla sorumlu tutulması gerektiğine karar verilmelidir.' ([www.kararara.com](http://www.kararara.com)) (Erişim Tarihi: 28.03.2015).

<sup>19</sup> Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.297.

halde diğler şartları da taşıması durumunda üstlenme hastası şeklinde malpraktis ile karşılaşılacaktır.

### (3)-Komplikasyon (İzin Verilen Risk)

Sağlık mesleği riskli bir alan olduğu için hekim veya diğler yardımcı personeller, üstlendikleri yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmiş olsa bile bazı istenmeyen sonuçlar yine de gerçekleşebilir. Gerçekten de yapılan tıbbi müdahale, klasik tıp bilgilerinde, uluslararası literatürde '**komplikasyon**' olarak adlandırılıyorsa ve bu müdahale tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapılmışsa, istenmeyen sonuçlar meydana gelse bile, hekime sorumluluk yüklenemeyecektir. Ancak zamanında fark edilmez veya fark edilmesine karşın gerekli önlemler alınmaz ya da fark edilip önlem alınmasına karşın yerleşmiş standart tıbbi girişimde bulunulmaz ise komplikasyon malpraktise dönüşür<sup>20</sup>. Görüldüğü gibi malpraktis ile komplikasyon durumları birbirinden tamamen farklı kavramlardır.

Bir müdahalenin malpraktis mi yoksa komplikasyon mu olduğu sonucu itibariyle son derece önemlidir. Nitekim malpraktis sorumluluğu gerektirirken, komplikasyonlar tıbbi bir hataya bağlı olmadığı için sorumluluğu gerektirmez. Meğerki komplikasyon durumunda hekim veya diğler sağlık çalışanlarının müdahalesi gerekmiş olup da müdahalede bulunulmamış veya alışılmışın dışında bir müdahalede bulunulmuş olsun.

Örneğin koroner bypass geçiren hastanın ameliyat sonrasında kanamasının olması tıp literatüründe komplikasyon olarak kabul edilse de, gerekli kontrollerin yapılmayarak oluşan kanamanın fark edilmemesi ve bu sebeple de hastanın ölmesi halinde komplikasyon malpraktise dönüşmüş olur ve bu da ilgilisinin sorumluluğunu doğurur.

Komplikasyonun sorumluluğu gerektirmemesinin altında yatan sebep, hasta ile akdedilen sözleşmeye vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasından gelmektedir. Vekâlet sözleşmesinde vekil mesleğinin gereklerini yerine getirmesi durumunda sözleşme ile istenilen sonuç gerçekleşmemiş olsa dahi bundan dolayı

---

<sup>20</sup> Birtek, **a.g.m.**, s.2001.

sorumlu olmamaktadır. İşte yukarıda sözleşmenin hukuki niteliği bahsinde açıkladığımız üzere vekâlet sözleşmesinde eser sözleşmesindeki gibi bir sonuç taahhüdü olmadığından sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesi sorumluluk açısından önem taşımamaktadır.

Komplikasyon kural olarak bir sorumluluğu gerektirmemesine rağmen bazı hallerde komplikasyona neden olan faktörler başlı başına sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğinden sorumluluk doğabilir. Örneğin; yoğun bakım ünitelerinin hijyenik olması gerekir. Ancak hasta yoğun bakımda kaldığı süre içerisinde enfeksiyon kapar ve buna bağlı olarak da bir komplikasyon gelişip hayatını kaybederse, bu hastane işleticisinin bakım ve temizlik hizmetlerini, yani organizasyon yükümlülüğünü gereği gibi yapmadığını gösterdiğinden sorumluluğunu doğurmaktadır. Diğer bir anlatımla, burada hastanın zarara uğramasının görünen sebebi komplikasyon olsa da, esas olarak zarara hastane işleticisinin organizasyon yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi yol açtığından ve organizasyon hatası da başlı başına malpraktis niteliğinde olduğundan hastane işleticisi bundan sorumlu olacaktır.

#### **d-İfa İmkânsızlığı**

İmkânsızlık hali hukukumuzda iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Birincisi borç ilişkisinin kuruluşu sırasında borcun konusunun objektif olarak ifa edilememesi şeklinde meydana gelen imkânsızlık halidir ki bu durumda sözleşme kesin olarak hükümsüz olmaktadır (TBK md. 27). İkinci hal ise, ifa imkânsızlığı olarak ifade edilen ve sözleşmenin kuruluşunda edimin ifasının borçlu açısından subjektif olarak imkânsız olmasını veya borç ilişkisinin kuruluşunda ifanın mümkün olmasına rağmen daha sonra meydana gelen imkânsızlık halidir<sup>21</sup>. Borç ilişkisinin

---

<sup>21</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.455; Eren, **Genel Hükümler**, s.1036 vd.; Nomer, **Genel Hükümler**, s.307 vd.; Tufan Öğüz, 'İfa İmkânsızlığı', **Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II (Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan)**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, Birinci Basım, 2014, s.327.

İfa imkânsızlığının, ilişkinin taraflarından hangisi için aranacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda baskın görüş imkânsızlığın borçlu nezdinde gerçekleşmesini ararken azınlıkta kalan görüş (Bkz: Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.456.) ise alacaklı bakımından imkânsızlığın şartlarının gerçekleşmesini aramaktadır.

İmkânsızlığın şartlarının borçlu bakımından gerçekleşmesini arayan baskın görüşe göre, borçlu ifayı gerçekleştirilecek durumdaysa alacaklı ifayı elde edemeyecek olsa dahi imkânsızlık ortaya

kuruluşundaki objektif imkânsızlık sözleşmenin geçerliliğe etki ederken başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık ve sonradan meydana gelen imkânsızlık hali borç ilişkisinin devamına etki etmektedir<sup>22</sup>.

İfa imkânsızlığı doktrindeki baskın görüş uyarınca borçlu açısından ifanın mümkün olmamasını ifade ederken doktrindeki bir kısım yazarlar<sup>23</sup> ifa imkânsızlığına alacaklı açısından bakmakta ve alacaklının cebri icra yoluyla ifayı elde edip edememesine göre imkânsızlığın söz konusu olup olmayacağını belirtmektedir.

İfa imkânsızlığının söz konusu olabilmesi için kanımızca ifanın borçlu açısından mümkün olmaması gerekmektedir. İki görüş arasındaki fark daha çok yapma borçlarında karşımıza çıkmaktadır. Yapma borçlarında borçlu bizzat ifada bulunmaya zorlanamayacağından söz konusu edimi yerine getirmeyeceğini belirtmesi dahi alacaklının cebri icra yoluyla ifayı elde edemeyeceği sonucunu doğurmakta ve bu görüş uyarınca ifanın imkânsızlaştığını kabul etmek gerekmektedir. Bu aşamada, yani ifanın imkânsızlığını kabul ettikten sonra borçlunun ifayı gerçekleştirilmesi halinde ise başka bir hukuki problem ile karşılaşılacaktır. Şöyle ki, ifa imkânsızlığının söz konusu olduğu bir edimin ifa edilmesi mümkün olabilir mi ve buna imkân tanınması halinde taraflar arasındaki hukuki ilişki bundan ne şekilde etkilenir? Hukuki ilişki imkânsızlığın ortadan kalktığı anda kaldığı yerden devam edecek midir? Bu görüşün benimsenmesi durumunda bunun gibi birçok soruyla karşılaşılacağı muhakkaktır. Kanımızca ifası imkânsız olan bir edimin borçlu tarafından ifa edilmesi 'ifa imkânsızlığı' kavramıyla bağdaşmamakta ve edimin ifa kabiliyetinin olması imkânsızlık noktasında yapılan tespit in isabetsizliğini göstermektedir. Ayrıca ifa imkânsızlığının kabul edildiği bir durumda borçlunun yukarıda belirttiğimiz şekilde ifada bulunması ifa imkânsızlığının değil de kötü ifanın olduğunu göstermektedir.

---

çıkamaz. İmkânsızlığın şartlarını gerçekleşmesini alacaklıda arayan azınlık görüşüne göre ise, alacaklı alacağını cebri icra yoluyla elde edemiyorsa ifa imkânsızlaşmış demektir.

<sup>22</sup> Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.I.**, s.460; Nomer, **Genel Hükümler**, s.307-308.

<sup>23</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.456 vd.; Ögüz, **İfa İmkansızlığı**, s.331.

İfa imkânsızlığının mevcut hukuki ilişkiye etkisi ve sonuçları bakımından ise, borçlunun bu imkânsızlıkta kusurunun olup olmasına göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Şayet borçlunun kusurunun olmadığı bir imkânsızlık hali söz konusu ise TBK md.136/f.1 gereği borç sona ermektedir. İfa imkânsızlığında borçlunun kusuru varsa, öğretideki baskın görüşe göre borç sona ermemekte sadece borcun içeriği değişmekte ve imkânsızlaşan edimin yerini alacaklının tazmin yükümlülüğü almaktadır<sup>24</sup>.

Doktrindeki bir görüş<sup>25</sup> ise, borçlunun kusuru olsun ya da olmasın ifa imkânsızlığında borcun sona ereceği kanaatindedir. Baskın görüşle azınlıktaki bu görüş arasındaki fark kusurlu ifa imkânsızlığında borcun sona erip ermeyeceği noktasında ortaya çıkmaktadır. Zira baskın görüşe göre borçlunun kusurunun olduğu ifa imkânsızlığında borç sona ermediğinden borca ait teminatlar devam etmekte ve alacaklı da ifası imkânsızlaşan edimin yerini alan tazminat talebine karşılık olarak kendi edimini ifa ile yükümlü olmaktadır<sup>26</sup>. Azınlık görüşüne göre<sup>27</sup> ise her iki imkânsızlık halinde de borç sona ermekte ve fakat borçlunun kusurunun olmadığı imkânsızlık halinde borçlu bundan sorumlu olmazken borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık halinde borçlu alacaklının bu sebeple uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır.

Kanımızca, ifası imkânsızlaşan bir edim için borçlunun ifa ile yükümlü olmadığının kabulü gerekmektedir. Bu noktada borçlunun kusurunun olmadığı bir imkânsızlık halinde TBK md.136/f.1 gereği borç sona ermektedir. Borçlunun kusuru ile ifanın imkânsızlaşması durumunda ise borç yine sona ermekte ve fakat bu kez TBK md.112 gereğince borçlu alacaklının uğradığı zararı tazminle mükellef olmaktadır.

Hastaneye kabul sözleşmesi bakımından ise ifa imkânsızlığı, tıbbi müdahaleyi yapacak hekimin şahsının önemli olduğu hallerde hekimin ölmesi veya bahsi geçen

---

<sup>24</sup> Nomer, **Genel Hükümler**, s.309.

<sup>25</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.I.**, s.462.

<sup>26</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e. C.I.**, s.462.

<sup>27</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.I.**, s.462.



operasyonu yapma yeteneğini kaybetmesi, hastalığın tedavisinde kullanılan ilaçların kullanımının veya ülkeye girişinin devlet tarafından yasaklanması, hastanın tıbbi müdahalenin yapılacak olan uzvunun kesin olarak işlevsiz hale gelmesi vb. şekillerde söz konusu olabilir. Yalnız belirtmekte fayda vardır ki, bu hallerde ifa imkânsızlığı ancak hekimin sözleşmenin kuruluşu sırasında yaşaması, operasyon yapma yeteneğinin olması, hastanın uzvunun başlangıçta müdahaleye elverişli olması ve ilaçların kullanımının da sözleşmenin kuruluşu sırasında mümkün olup daha sonra bu şekilde değişikliğin meydana gelmesi ile söz konusu olabilir. Aksi halde yukarıda açıkladığımız üzere, ifa imkânsızlığı değil sözleşmenin geçerliliğine etki eden imkânsızlık hali söz konusu olacaktır.

### **3-Zarar**

#### **a-Genel Olarak**

Tıbbi müdahale konusunda akdedilen sözleşmelerde hekim ya da hastane işleticisinin bu sözleşmeyi hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle sorumluluğuna gidebilmek için zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmayı<sup>28</sup> ifade etmektedir. Bu azalma ise değişik şekillerde karşımıza çıkmaktadır.

#### **b-Olumlu Zarar- Olumsuz Zarar**

Olumlu (müspet/pozitif) zarar, alacaklının sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zararı, olumsuz (menfi) zarar ise, hüküm doğurduğuna güvenilen bir sözleşmenin geçersiz olması veya kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin kurulmaması yüzünden uğranılan zararı ifade etmektedir<sup>29</sup>.

Tıbbi müdahale sözleşmelerinde olumlu zarar, hastanın malvarlığında tedavi edilmemesi sebebiyle meydana gelen azalmadır. Bu ise sözleşmenin hiç ifa edilmemiş olması halinde tedaviye geç başlanmasından kaynaklanan cismani zarar,

---

<sup>28</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I**, s.395; Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2008, s.9; Murat Topuz, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar Ve Bu Zararın Belirlenmesi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.13, 35.

<sup>29</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I**, s.396; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s.55 vd; Topuz, **a.g.e.**, s.39 vd.

başka bir hastanede tedavi olmak için yapılan yol, fazladan tetkik, muayene, hasta bakıcısı, ilaç, ameliyat gibi zararları ifade ederken; sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halinde de hastanın gecikmiş tıbbi müdahaleden kaynaklı cismani zararı ve bunu tedavi etmek için yapılan ilaç, hastane, hasta bakıcı vb. masraflardır.

Tıbbi müdahale sözleşmelerinde olumsuz zarar, hastanın tedavi olacağına güvenerek yaptığı muayene, ilaç, yol gibi masraflardır. Hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında hastanın yaptırmış olduğu tetkikler, muayene, yol vb. masraflar olumsuz zarara örnek olarak gösterilebilir.

### **c-Fiili Zarar- Yoksun Kalınan Kar**

Fiili zarar kişinin malvarlığında meydana gelen azalmayı, yoksun kalından kar ise malvarlığının artma imkânının kaybını ifade eder<sup>30</sup>.

Fiili zarar malvarlığının aktifinin azalması şeklinde olabileceği gibi pasifinin artması şeklinde de olabilir<sup>31</sup>. Tıbbi müdahale sözleşmelerinde, sözleşmenin gereken şekilde yapılmaması sebebiyle hastanın yaptığı muayene, tedavi, ilaç, yol vb. zararlar şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Kârdan yoksun kalma tarzındaki zarar, alacaklının malvarlığının aktifinde çoğalma veya pasifinde azalma imkânının kaybedilmiş olmasıdır<sup>32</sup>. Tıbbi müdahale sözleşmesinin gerektiği gibi ifa edilmemesi durumunda hastanın yeniden tedavi olmak için fazladan zaman harcaması ve bu arada çalışmayarak kazanç kaybına uğramış olması hali bu zarar türüne örnek olarak gösterilebilir.

### **d-Maddi Zarar- Manevi Zarar**

Maddi zarar, parasal olarak ölçülebilen değerler üzerinde ortaya çıkan malvarlığı azalmasını ifade etmektedir<sup>33</sup>. Manevi zarar ise, kişilik haklarına saldırı

<sup>30</sup> Oğuzman/ÖZ, **a.g.e., C.I**, s.400; Topuz, **a.g.e.**, s.39.

<sup>31</sup> Oğuzman/ÖZ, **a.g.e., C.I**, s.401; Topuz, **a.g.e.**, s.39.

<sup>32</sup> Oğuzman/ÖZ, **a.g.e., C.I**, s401.

<sup>33</sup> Mustafa Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, ('Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları'), s.197; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s.9; Topuz, **a.g.e.**, s.35.

dolayısıyla bir kimsenin duyduğu manevi acı, elem ve ızdırabı ve böylece yaşama zevkinde meydana gelen azalmayı ifade eder<sup>34</sup>.

Hastaneye kabul sözleşmesine uygun bir şekilde tedavi edilmeyen hastanın tedavi olabilmek amacıyla yapmış olduğu hastane, ilaç, yol vb. giderler ile çalışmayarak mahrum kaldığı kazanç maddi zarar türüne; tıbbi müdahale sonucunda gerektiği şekilde tedavi edilmeyen hastanın bu nedenle duymuş olduğu acı, elem ve ızdırıp ise manevi zarar türüne örnek olarak gösterilebilir.

Zarar kalemleri ve tazminat hususu ileriki bölümlerde inceleme konusu yapılacağından burada ayrıntılı bir açıklama yapılmamıştır<sup>35</sup>.

#### **4-Kusur**

##### **a-Genel Olarak**

Hukukumuzda sorumluluğun doğabilmesi için kural olarak fiilin işlenmesinde failin kusurlu olması gerekmektedir. Meğerki kusursuz sorumluluk hallerinden biri söz konusu olsun.

Hastane işleticisi ve/veya hekimin, hasta ile akdedilen sözleşme kapsamında kural olarak kusurlu sorumluluğu söz konusu olsa da, bazı şartların gerçekleşmesi halinde kusursuz sorumluluğu da gündeme gelmektedir. Hangi hallerde kusurlu hangi hallerde kusursuz sorumlu olunacağı hususu aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Hastane işleticisi ile hekimin sorumluluğunun doğabilmesi için kusurun arandığı hallerde bu kusurun ne şekilde tezahür edebileceği mevzusu üzerinde durmak gerekmektedir. Tıbbi müdahale hizmetlerinde hekim ve hastane işleticisinin kusurunu incelemeye geçmeden önce, hastanın tıbbi müdahale hizmetini almak için hastane işleticisi veya hekim ile akdettiği sözleşmelere vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirttiğimizi<sup>36</sup> hatırlatmakta fayda bulunmaktadır. O

<sup>34</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I**, s.402; Kıcıltoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.201; Ergüne,, **Olumsuz Zarar**, s.11.

<sup>35</sup> Bkz: III. Bölüm.

<sup>36</sup> Bkz: I. Bölüm- Sözleşmenin Hukuki Niteliği.

halde vekilin işini yaparken göstermesi gereken özen ve kusurunun ne şekilde belirleneceğini açıklamak gerekmektedir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, tıbbi müdahalenin konu olduğu bu ilişkilere her ne kadar vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulsa da, sağlık alanı olması dolayısıyla önemine binaen, hekim ve hastane işleticisinin göstermesi gereken özen tipik bir vekâlet sözleşmesinde vekilin göstermesi gereken özenden daha yüksek olmaktadır<sup>37</sup>.

Hekimlerin hangi kusurlarından sorumlu olacağı noktasında doktrinde değişik görüşler savunulmaktadır. Bir görüşe göre, hekimlerin her türlü kusurlarından sorumlu olmalarının zaten riskli olan sağlık alanında hekimlerin hizmet verirken çekingen olmasına yol açabileceğinden sadece ağır kusurundan dolayı sorumlu olması gerektiğini iddia etmekte<sup>38</sup> ise de bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira

<sup>37</sup> **Yarg. 13. H.D., E.2005/3645, K.2005/11796, T.8.7.2005;** ‘Somut olayda, hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulunun 29.01.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr. A.’nin davacının annesi olan S.’nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır.’ ([www.kararara.com](http://www.kararara.com)) (Erişim Tarihi: 01.03.2015);

**Yarg. 13. HD. E. 2013/30822, K. 2014/10772, T. 09.04.2014;** ‘...doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan 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.nın 394/1. (TBK 510/1.) maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.’ ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi : 28.03.2015)

**Yarg. 13. Hukuk Dairesi E: 2011/7697 K: 2011/10489 T: 30.06.2011;** ‘.....vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1) O halde doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Müvekkil durumundaki hasta, doktor olan vekilden, titiz, dikkatli ve özenli davranılmasını beklemekte haklıdır. Özen göstermeyen bir vekil, BK. 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.’ ([baronet.istanbulbarosu.org.tr](http://baronet.istanbulbarosu.org.tr)) (Erişim Tarihi: 24.10.2015)

<sup>38</sup> Yılmaz, a.g.e., s.94.

hekimlerin sağlık alanında hizmet veriyor olması ve bu alanda kusurlu bir davranışın mala değil de doğrudan insan hayatına etki ediyor olması hekimlerin sadece ağır kusurlarından sorumlu olacağı anlamına gelmemekte, bilakis hafif kusurlarından<sup>39</sup> da sorumlu olmalarını gerektirmektedir.

<sup>39</sup> **Yarg. 13. Hukuk Dairesi T:11.03.2014, E:2013/31720, K: 2014/6920;** ‘... Dava davacının tedavisini üstlenen davalı hastane ve çalıştırdığı elemanın tedavi sırasındaki kusurları nedeniyle oluşan zararın giderilmesine ilişkindir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK 386-390) Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (BK 321/1.md) O nedenle sağlık memuru ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.’ Bkz: Şatır, a.g.e., s.23-24.

**Yarg. 13. Hukuk Dairesi E: 2012/27670 K: 2013/21929 T: 18.09.2013;** ‘Vekil, vekalet görevine konu iyi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranma zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK.321/1 md) O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

Vekil, hastanın zarar görememesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunu gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1 maddesin hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.’ (baronet.istanbulbarosu.org.tr) (Erişim Tarihi: 24.10.2015)

**Yarg. 13. Hukuk Dairesi 07.10.2003T., 1529E., 11279K.;** ‘...dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK 390/2) Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan dahi sorumludur. O halde vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında, gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastasının ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğinin gerektiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına

Hukukumuzda tıbbi müdahalelerden dolayı hekimlerin hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde ise, hekimlerin kusuruna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakta, bu konuda Borçlar Kanunundaki genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır. O halde hekimlerin de kast ve ihmallerinden dolayı diğer kişiler gibi sorumlu olduklarının kabulü gerekmektedir.

### **b-Kusur Kavramı ve Kusurun Dereceleri**

Kusur, hukuk düzeni tarafından kınanan davranışı ifade etmekte<sup>40</sup> olup kusurun ağır ve hafif olmak üzere iki derecesi bulunmaktadır. Bu başlık altında kusurun dereceleri üzerinde durulacaktır.

#### **(1)-Ağır Kusur**

Ağır kusur, kast ve ağır ihmal olmak üzere iki şekilde söz konusu olmaktadır. Bu başlık altında hekim ve hastane işleticisinin tedavi sözleşmelerinde kast ve ağır ihmalinin ne şekilde olabileceği üzerinde durulacaktır.

Hastaneye kabul sözleşmesinde hastane işleticisi ile hekimin kusurunu inceleme noktasında öncelikle vekilin sorumluluğunun belirlenmesinde önem arz eden ve ‘Şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme’ kenar başlığı ile düzenleme alanı bulan TBK md.506 hükmüne değinmek gerekmektedir. Anılan hükme göre, vekil kural olarak vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Görüldüğü gibi bu düzenleme, alacaklının menfaati bulunmadıkça borcun bizzat borçlusuna tarafından ifa edilmesi gerektiğini ifade eden TBK md.83’teki düzenleme ile paralellik göstermektedir. Ancak burada işin başkasına gördürülmesi vekile yetki verilmesi, durumun zorunlu kılması ya da teamülün izin verdiği hallerde mümkündür.

O halde yetki verildiği, durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı bir hal bulunmuyorsa, hastaneye kabul sözleşmelerinde hekim kural olarak tıbbi müdahale edimini bizzat ifa ile yükümlüdür. Kanunun izin verdiği bu durumlarda

---

*sahiptir.* Bkz: Hasan Özkan/ Sunay (Öner) Akyıldız, **Hasta-Hekim Hakları ve Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.317-320.

<sup>40</sup> M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II., 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s54; Eren, **Genel Hükümler**, s.569.

sözleşmede kararlaştırılan hekim dışında başka bir hekim tarafından sözleşmenin ifa edilmesi sözleşmeye aykırılık oluşturmayacak ve hekim de bundan dolayı kusurlu ve dolayısıyla da sorumlu olmayacaktır.

Sıradan (estetik amaçla yapılmayan) bir tıbbi müdahalede hasta ile tedaviyi yapması kararlaştırılan hekimin tedavi edimini bizzat ifa etmemesi sırf bu nedenle sorumluluğunu doğurmazken estetik müdahalelerde hekimin şahsının önemli olması dolayısıyla başka bir hekimin ifada bulunması sorumluluğa yol açacaktır. Hekimin sorumluluğunun doğduğu bu hallerde, genel olarak ağır kusurun olduğu söylenebilse de ağır kusurun derecesi (kast veya ağır ihmal) her bir somut vakada değişiklik gösterecektir.

### **i-Kast**

Failin hukuka aykırı sonucu isteyerek fiilini gerçekleştirmesi kasten<sup>41</sup> hareket ettiğini göstermekte ve hukuka aykırılık bilinciyle hareket edilen bu hal kusurun en ağır derecesini oluşturmaktadır.

Hekimin arasında kişisel bir husumetin olduğu hastaya bilerek yanlış tedavi uygulaması suretiyle ölümüne neden olması hekimin; hastane işleticisinin hastanesini organ ticaretinde araç olarak kullanması ise hastane işleticisinin kast derecesinde kusurunun olduğu hallere örnek olarak gösterilebilir.

### **ii-Ağır İhmal**

İhmal, failin hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesini istememesine rağmen bu sonucun olmaması için gereken dikkat ve özeni göstermemesini ifade etmekte olup ağır ve hafif ihmal şeklinde ikiye ayrılmaktadır<sup>42</sup>.

Ağır ihmal, failin içinde bulunduğu şartlar bakımından göstermesi gereken asgari dikkat ve özenin gösterilmemesidir<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Oğuzman/Öz, a.g.e., C.II., s.55; Eren, Genel Hükümler, s.574.

<sup>42</sup> Oğuzman/Öz, a.g.e., C.II., s56-57; Eren, Genel Hükümler, s.576.

<sup>43</sup> Oğuzman/Öz, a.g.e., C.II., s.57; Nomer, Genel Hükümler, s.153.

Hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde hastane işleticisinin bünyesinde bulundurduğu ve ifa yardımcısı olarak çalıştırdığı hekimin tıp diplomasının olmaması ve buna rağmen hastaya tıbbi müdahalede bulunması durumunda hekim, müdahalede bulunurken gerçekten yetkili olmadığını bilmekte ve buna rağmen fiilini gerçekleştirdiğinden yani haksızlık bilinciyle hareket ettiğinden kastının olduğu; hastane işleticisinin ise ifa yardımcısı olarak kullandığı kişiyi seçerken gerekli dikkat ve özeni göstermemesi ve fakat böyle bir sonucun oluşmasını da istememesi sebebiyle ağır ihmâl derecesinde kusurunun olduğu söylenebilir.

Hekimin cross yapmadan transfüzyon yapması ve hastanın vücudunun bu kanı kabul etmemesi nedeniyle hayatını kaybetmesi durumu hekimin; hastane yemeklerinin bozuk olması ve hastaların bu nedenle zehirlenmeleri, hastane temizliğinin iyi yapılmaması ve hijyenik ortamın sağlanamaması nedeniyle hastanın enfeksiyon kapıp hayatını kaybetmesi vb. haller ise, hastane işleticisinin ağır ihmâl derecesinde ağır kusurunun olduğu hallere örnek olarak gösterilebilir.

---

<sup>44</sup> **Yarg. 13. Hukuk Dairesi E. 2011/7697, K.2011/10489, T.30.06.2011**, ‘Dava, yapılan by-pass ameliyatı sırasında davacının kalbinde sargı bezi unutulması nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Uyuşmazlık davalıların kusurlu olup olmadıkları noktasındadır. Davacının ameliyat edildiği günde ve daha sonraki tarihlerde çekilen grafilerinde sol akciğer alt zorunlu radyopak cisim görüldüğü bilirkişi heyeti raporu ile sabittir. Davalı doktorlar tarafından grafilerdeki bu görüntünün kan pıhtısı olarak nitelendirildiği, daha sonra başka bir hastane tarafından doğru teşhisin konularak radyopak maddenin çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bilirkişi raporunda gazlı bezlerin işaretlenmesinde kullanılan radyopak markerin (baryum sülfat) aslında tıbbi uygulamalarda insan vücuduna bırakılabildiği, ağırlıklı olarak davacıya ait bazı faktörler nedeniyle reaksiyon gerçekleştiği, bu durumun komplikasyon olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmişse de, dava konusu olayda ve davacıya uygulanan ameliyatta radyopak maddenin tedavi amacıyla davacının vücuduna bırakılmadığı, ameliyat sırasında gazlı bezden koparak davacının vücudunda unutulduğu ortadadır. Öyle olunca radyopak madde nedeniyle gelişen bu tablonun davacıya uygulanan ameliyatın komplikasyonu olduğundan bahsedilemez. Bu durumda, davalı doktorların, ameliyat sırasında gereken özeni göstermedikleri aksi kabul edilse dahi ameliyat sonrası dönemde davacının akciğerindeki radyopak maddeyi fark etmeyerek zamanında ve yeterli müdahalede bulunmadıkları, böylece vekalet görevini titizlikle, dikkatli ve özenli olarak yerine getirmediklerinin kabulü gerekir. Zira davalı doktorlar ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirler almak la yükümlüdürler. Davalı hastane ise, istihdam ettiği doktorları özenle seçmek ve basiretli bir tacir gibi davranmak zorunda olduğu gibi ameliyatta kullanılan malzemelerin de hasta için en güvenli, en kaliteli ve standartlara uyum olmasını sağlamakla yükümlüdür. Davacının ameliyatında kullanılan gazlı bezin, radyopak maddenin gazlı bezden ayrılması nedeniyle standartlara uygun bir malzeme olmadığı tartışmasızdır. Bu durumda, davalı hastanenin de davacıya karşı sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Yukarıda ayrıntısıyla açıklanan olayda davacının hiçbir kusurunun bulunmadığı açık ve ortadadır. Mahkemece bilirkişi heyeti raporu gereğince davanın reddine karar verilmişse de, davacının ameliyatı sırasında vücudunda, operasyonda kullanılan gazlı bezinden hiçbir zaman ayrılmaması gereken bir maddenin unutulmuş olması sebebiyle davalıların kusurlu ve varsa doğan zararlardan sorumlu olduklarının kabulü gerekir.’ (**www.kazanci.com**) (**Erişim Tarihi: 26.08.2015**).



## (2)- Hafif Kusur

Hafif kusur, hafif ihmal şeklinde tezahur eder. Hafif ihmal ise, failin fiilini gerçekleştirirken herkesin değil de dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesini ifade eder<sup>45</sup>.

Hastaneye kabul sözleşmesinde hekimin ve/veya hastane işleticisinin göstermesi gereken dikkat ve özenin belirlenmesi noktasında TBK md.506/f.3 hükmünü açıklamak gerekmektedir. Anılan hükme göre, ‘Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.’ Bu hükme göre hekimin tıbbi müdahalede bulunurken göstermesi gereken özen kişisel becerilerine göre değil, aynı meslek grubunda elde edilmiş standartlara göre olacaktır<sup>46</sup>. Ortalama standart ise, ülkesel standarttır ve hekimin görev yaptığı hastane ve bulunduğu coğrafi bölgeye göre belirlenecektir<sup>47</sup>. Dünya standartları ortalama standart olarak kabul edilmemektedir. Zira Türkiye içindeki tıbbi standart, şehir şehir ve bölge bölge olarak dahi farklılık arz etmekte iken dünyada kabul görmüş tıbbi standardı benimsemek hekimlerin sorumluluğunu belirlerken hakkaniyetle bağdaşmayacaktır.

TBK md.506/f.3 vekâlet alanında getirilen yeni bir düzenlemedir. Gerçekten de 818 sayılı Borçlar Kanunu<sup>48</sup> md. 390/f.1’de vekilin sorumluluğu ‘Vekilin mesuliyeti,

<sup>45</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II.**, s.57; Nomer, **Genel Hükümler**, s.153.

<sup>46</sup> **Yarg. 13. H.D. 14.03.1983T., 7237E., 1783K.**; ‘Kusur sorumluluğunun subjektif şartıdır. BK kusuru kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayırmıştır. (BK md. 41) İhmalde; bir kimse hukuka aykırı bir sonucun meydana gelmesini istememiştir. Buna rağmen böyle bir sonucun meydana gelmesi, onun gereken dikkati sarf etmemesi veya tedbiri almaması yüzünden vuku bulmuştur. İhmalin de, hafif ve ağır olmak üzere iki derecesi vardır. Anlayışlı, normal ve dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında apaçık bulacağı en ilkel dikkat ve tedbirleri ve özen görevinin yerine getirilmemesi durumunda ihmal ağırdır. Bu ayırım özellikle tazminatın türünü ve kapsamını tayin ederken önem kazanır. Şu yönü önemle vurgulamakta yarar vardır; doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

*Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktorun davranışlarında kusur kendisinden beklenen gerekli özeni (dikkat ve ihtimam) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınır. Diğer bir ifade ile ölçü, objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır.’ Bkz: Özkan/ (Öner) Akyıldız, **a.g.e.**, s.246-248.*

<sup>47</sup> Günday, **a.g.e.**, s.112.

<sup>48</sup> R.G. T.29.04.1926- S.359.

umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir.’ Şeklinde düzenlenmişti. İki hüküm arasında oldukça önemli fark bulunmaktadır. Zira 818 sayılı kanuna göre hekimlerin işçinin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermesi aranırken, 6098 sayılı kanunda benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli bir hekimin göstermesi gereken özen aranmıştır. Vekilin gerçek kusurunun saptanmasında benzer alanda çalışan basiretli biriyle kıyaslanmasının daha isabetli sonuçlar doğuracağı muhakkaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yukarıda açıkladığımız üzere, vekilin göstermesi gereken dikkat ve özen bakımından oldukça önem arz eden değişiklikler yapmıştır. Ancak 6098 sayılı kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen yapılan bu değişiklikler göz ardı edilerek yeni hükümler kurulmuştur. Gerçekten de 01.07.2012 tarihinden sonra verilen kararlarda 818 sayılı kanun döneminde olduğu gibi hüküm tesis edilmiş ve vekilin özen yükümlülüğü belirlenirken yine işçinin göstermesi gereken dikkat ve özen kıstas alınmıştır<sup>49</sup>. Bu

<sup>49</sup> **Yarg. 13. H.D. E.2014/19545, K.2014/22576, T. 2.7.2014;** ‘Borçlar Kanununun vekalet akdini düzenleyen 502 vd. maddeleri uyarınca davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığı dayandırılmıştır. 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. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna dair kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (TBK md.395 ve 396 md)’ ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi: 31.10.2015);

**Yarg. 13. H.D. E.2013/30822, K. 2014/10772, T. 9.4.2014;** ‘Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Borçlar Kanununun vekalet akdini düzenleyen 386 vd. (Yeni TBK md.502 vd.) maddeleri uyarınca, vekil vekalet sözleşmesine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (TBK md.396/1) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeksizin belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nın 394/1. (TBK md.510/1) maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.’ ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi: 31.10.2015).

durumun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlük maddesi ile bağdaşmadığı ise muhakkaktır.

### **5-Nedensellik Bağı**

Hastane işleticisi ile hekimin malpraktisten dolayı sorumluluğuna gidebilmek için hastanın uğramış olduğu zararın hekim ve/veya hastane işleticisinin malpraktise yol açan fiilinin olağan sonucu olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Yani hastane işleticisi ile hekimin sorumluluğunun doğabilmesi için müdahale ile zarar arasında uygun nedensellik (illiyet) bağının bulunması gerekmektedir. Gerçekten de hastanın tıbbi müdahale sonucu zarara uğramış olması bu zarardan her zaman için hekimin veya hastane işleticisinin sorumlu olacağı anlamına gelmemektedir. Söz konusu bu zarar komplikasyon gibi hastadan kaynaklanan bir sebepten veya zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve yahut mücbir sebep şeklinde karşımıza çıkan nedensellik bağının kesilmesine yol açan hallerden biri nedeniyle meydana gelmişse hastane işleticisi ve/veya hekimin bundan dolayı sorumlu olması mümkün değildir.

### **6-Sorumluluğu Kaldıran Bir Sorumsuzluk Anlaşması Olmamalı**

Sözleşmenin ihlalden doğan zararın gerçekleşmesinden önce alacaklı ve borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına tamamen veya kısmen engel olan, bağımsız ya da asıl sözleşmeye ek olarak yapılan anlaşmaya '**sorumsuzluk anlaşması**' denir<sup>50</sup>. Tanımdan da anlaşılacağı üzere taraflar bu anlaşmayı bağımsız bir sözleşme olarak yapabilecekleri gibi esas sözleşme içinde yan anlaşma şeklinde de yapabilirler. Ancak her iki halde de TBK md.12'deki genel kural gereği ne esas sözleşme ne de sorumsuzluk anlaşması şekle tabidir. Esas sözleşmenin şekle tabi olduğu hallerde ise, TBK md.115'te bu anlaşma için bir geçerlilik şekli öngörülmediğinden ve sözleşmenin sadece objektif bakımından esaslı noktalarının şeklin kapsamına dahil olması gerektiği ve fakat sorumsuzluk anlaşmasının bu

---

<sup>50</sup> Galip Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması (Doktora Tezi)**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1976, s.6-7; Eren, **Genel Hükümler**, s.1085-1086.

nitelikte olmayıp sadece esas sözleşmedeki diğer edimlere kıyasla bir yan anlaşma olmasından dolayı herhangi bir şekle uyulması gerekmeyecektir<sup>51</sup>.

Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmesi de şekle tabi olmadığından yukarıda bahsedilen genel kural bunlar için de uygulama alanı bulacaktır.

Sorumsuzluk anlaşması ya esas sözleşmenin yapıldığı anda ya da en geç borca aykırılığın ve zararın meydana gelmesinden önce yapılmalıdır<sup>52</sup>. Aksi takdirde yani sorumluluğun doğmasından sonra böyle bir anlaşma yapılırsa, sorumsuzluk anlaşması değil, niteliğine göre sulh ya da ibra anlaşması söz konusu olur<sup>53</sup>.

TBK md.26'ya göre her ne kadar hukukumuzda sözleşme özgürlüğü prensibi benimsenmiş olsa da sorumsuzluk anlaşması bakımından bu ilke sınırlandırılmıştır. Gerçekten de TBK md.115/f.1'e göre borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür, denilmesi suretiyle borçlunun ağır kusuruna dayalı davranışları ile alacaklının zararına yol açması halinde, bundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir kayıt ve anlaşma yapılarak sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilmiş olmaktadır<sup>54</sup>. Görüldüğü gibi sorumsuzluk anlaşması ancak borçlunun hafif kusuruna dayanan davranışları ile sınırlı olarak yapılabilmektedir.

Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinde hastane işleticisi ile hekimin ağır ve hafif kusurlarının ne şekilde olabileceği yukarıda<sup>55</sup> açıklandığından tekrardan kaçınmak için burada sadece değinmekle yetiniyoruz.

Sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin bir diğer sınırlama da TBK md.115/f.2' de yer almaktadır. Buna göre, borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Yani alacaklı ile borçlu

<sup>51</sup> Akman, **a.g.t.**, s.42; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Ankara, 2013, s.654. Bu konudaki aksi görüş için bkz: Eren, **Genel Hükümler**, s.1087.

<sup>52</sup> Akman, **a.g.t.**, s.43; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.653.

<sup>53</sup> Akman, **a.g.t.**, s.43-44; Eren, **Genel Hükümler**, s.1087; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.653.

<sup>54</sup> Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.654.

<sup>55</sup> Bkz: II. Bölüm- Kusur.

arasında hizmet sözleşmesinin olması durumunda, f.1'deki düzenlemenin aksine borçlunun hafif kusuru için dahi sorumsuzluk anlaşmasının yapılması mümkün değildir.

TBK md.115/f.2'deki düzenlemeye karşılık gelen 818 sayılı BK md.99/f.2 hükmü, yeni düzenlemeden farklı olarak alacaklı ile borçlu arasında hizmet sözleşmesinin olmasını aramamış, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmanın hükümsüz olabilmesi için, alacaklının borçlunun hizmetinde olmasını yeterli görmüştür. Görüldüğü gibi TBK md.115/f.2 ile hükmün uygulama alanı daraltılmıştır.

Bu konuda 6098 sayılı TBK md.115/f.2 ile 818 BK md.99/f.2 arasındaki bir diğer fark da TBK md.115/f.2'de bu şekilde yapılan bir anlaşma kendiliğinden kesin hükümsüz iken; BK md.99/f.2'ye göre bunun kesin hükümsüz olabilmesi hâkimin bu yönde karar vermesi ile söz konusu olabilmekteydi.

Hasta ile hekim ve/veya hastane işleticisi arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin doktrinde bir kısım yazarlarca hizmet sözleşmesi<sup>56</sup> olduğunun savunulduğu ve fakat bu görüşün tarafımızca kabul görmediğini yukarıda belirtmiştik. Eş bir deyişle hasta ile hekim ve/veya hastane işleticisi arasında hizmet sözleşmesi olmadığından TBK md.115/f.2'deki sınırlama burada uygulama alanı bulmayacaktır.

TBK md.115/f.3 de f.2 gibi borçlunun hafif kusurdan sorumlu olamayacağına ilişkin olarak önceden yapılan anlaşmaların kesin hükümsüz olduğunu düzenlemiştir. Buna göre, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa yapılan bu tarz anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Bu hükmün karşılığını 818 sayılı BK'da yine md.99/f.2 oluşturmaktaydı ve yukarıda açıkladığımız üzere yapılan sözleşmenin hükümsüzlüğü TBK md.115/ f.2 ve f.3'teki gibi kendiliğinden olmayıp hâkimin kararı ile olabilmekteydi.

---

<sup>56</sup> Bkz: I. Bölüm - Hukuki Nitelik.

Tıbbi müdahale hizmetleri, burada anılan istisna hükmün uygulama alanına girdiğinden diğer bir deyişle, tıbbi müdahale hizmeti tıp mesleği çerçevesinde yürütüldüğünden hastane işleticisi ve/veya hekim borçlu olarak akdettikleri sözleşmelerde (Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinde) sorumsuzluk anlaşması yapmak suretiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır.

### **III-SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK (CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU)**

#### **A-GENEL OLARAK**

Taraflar arasında sözleşme ilişkisinin olduğu ve buna aykırı hareket edildiği durumlarda zarar görenin sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanarak ya da bu aykırılık hali haksız fiilin şartlarını taşıyorsa haksız fiil hükümlerine göre zararının tazminini talep edebileceğine kuşku duyulmamaktadır. Sözleşme ilişkisinin kurulmadığı ve fakat sözleşme görüşmelerine başlandığı zaman diliminde ise, görüşenlerin zarara uğraması halinde hangi hükümlerin uygulanacağı üzerinde durmak gerekmektedir.

Öncelikle bu aşamada sözleşme kurulmadığı için doğrudan sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Buradaki hukuka aykırılık, haksız fiil niteliğinde ise haksız fiile ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak bu da zararın tazmini bakımından hakkaniyetli olmayacaktır. Nitekim sözleşme akdedilseydi aynı davranış sebebiyle zarar görenin daha lehine<sup>57</sup> olan sözleşmeye

---

<sup>57</sup> Zaman aşımı, kusurun ispatı, edimin ifasında yardımcı kişi kullanılması ve sorumsuzluk anlaşması yönünden sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanmak alacaklının lehine sonuç doğurmaktadır.

Gerçekten de sözleşmeye aykırılık halinde *zaman aşımı* TBK md.146'ya göre on yılın geçmesiyle sona ererken; haksız fiillerde TBK md.72'ye göre, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle sona ermektedir.

*Kusur* bakımından ise; borca aykırılık halinde TBK md.112'ye göre, borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü iken; haksız fiillerde TBK md. 50'ye göre zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

aykırılık hükümlerinden yararlanma olanağı bu halde söz konusu olmayacaktır. İşte culpa in contrahendo sorumluluğu, bu adaletsiz sonucu bertaraf etmek amacı ile kabul edilmiş bir sorumluluk çeşididir. Gerçekten de bu sorumluluk çeşidi sayesinde, sözleşme görüşmelerinde dürüstlük kuralına aykırı hareket edilmesi sebebiyle zarara uğrayan taraf, haksız fiilin yeterli olmayan koruması yerine daha iyi koruma sağlayan sözleşme hükümlerinden faydalanabilmektedir.

## **B-CULPA IN CONTRAHENDO KAVRAMI**

Culpa in contrahendo sorumluluğu diğer adıyla sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hali, rastlantısal ve soyut değil, amaçsal ve somut bir özel ilişki sonucu taraflar arasında meydana gelen, sözleşme görüşmeleri sırasında doğan ve kaynağını MK md.2'deki dürüstlük ilkesine dayandıran özen gösterme yükümlülüğünün ihlali halinde söz konusu olan kanundan doğan bir borç ilişkisidir<sup>58</sup>. Bir başka deyişle, culpa in contrahendo sorumluluğu, taraflar arasında hukuki ilişki kurulmadan önce görüşenlerin yakınlaşmalarından doğan ve kökenini dürüstlük kuralında bulan genel özen gösterme yükümünün oluşturduğu güven ilişkisinin ihlal edilmesi halidir.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin mevzuatımızda genel bir düzenleme yer almasa da, bu sorumluluk çeşidi değişik hükümlerde karşımıza çıkmakta<sup>59</sup> ve Yargıtay içtihatlarında da kabul edilmektedir<sup>60</sup>.

---

*Yardımcı kişi* bakımından ise, yardımcı kişi sadece sözleşme ilişkisi içerisinde kullanılabilirdiğinden haksız fiillerde böyle bir durumla karşılaşılacaktır.

*Sorumsuzluk anlaşması* bakımından ise, bu anlaşma ancak sözleşme ilişkisinin olması durumunda söz konusu olduğundan haksız fiile ilişkin böyle bir sözleşme akdedilemeyecektir.

<sup>58</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1128; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.489 vd.; Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, 1. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.101, Mehmet Serkan Ergüne, 'Culpa In Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini' **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C.I., 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010, s.911 vd..

<sup>59</sup> Bkz: irade sakatlığı nedeniyle uğranılan zararların tazmini hali için, TBK md.35, md.36, md.39; temsil ilişkisinden kaynaklanan sorumluluk hali için TBK md. 44/II, md.46, md.47 vb.

<sup>60</sup> **Yarg. 19. Hukuk Dairesi E.2005/1932, K.2005/4790, T.28.04.2005**; '*Dava dilekçesinde sözleşmenin ifa edilmemesi yanında sözleşmenin kurulacağı ve ifa edileceğine güvenilerek sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğa da dayanılmıştır. Doktrinde 'culpa in Contrahendo' olarak adlandırılan bu tür sorumluluğun da tazminat talebine dayanak yapılabileceği kuşkusuzdur.*' ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi, 23.09.2015);

## C- HUKUKİ NİTELİĞİ

Culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde hangi hükümlerin uygulanacağı meselesi doktrinde tartışmalıdır<sup>61</sup>. Bu konuda bizim de katıldığımız ve doktrinindeki baskın görüş<sup>62</sup> ile Yargıtay içtihatlarında benimsenen görüşe göre sözleşmeye aykırılık hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Gerçekten de, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 1.12.2010 sayılı kararına<sup>63</sup> göre;

*'... taraflar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven*

---

**Yarg. 13. Hukuk Dairesi E. 1995/9375, K:1995/9860, T.13.11.1995;** 'Devlet memurlarının ticaret yapması mümkün olmadığından bu amaçla yaptığı ticari sözleşmeler ve sözleşmelerdeki şart geçersiz ise de, akdin imkansız hale gelmesine memuriyetin gizlenmiş olması sebep olursa, dürüstlük kuralına uygun davranmamış olan memurun sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle doğan zararlardan sorumlu tutulması gerekir.' ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim tarihi, 23.09.2015);

**Yargı. 19. Hukuk Dairesi E.2005/2865, K.2005/11959, T.01.12.2005;** 'Taraflar arasındaki uyumsuzluk, bayilik sözleşmesi imzalanacağı inanç ve düşüncesi ile yapılan harcamalara ilişkin tazminat isteminden kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla, talebin dayanağı 'akit görüşmelerinden doğan sorumluluk' (culpa in contrahendo) kuralıdır. Akit bir süreçtir. Taraflar akit kurulmadan önce akdin içeriği, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yapar. Bu görüşmelerin başlaması ile taraflar arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir ve (MK md.2/1) de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre, tarafların görüşmeler esnasında akdin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir. Taraflar bu yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlaması ile aralarında kurulmuş bulunana güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.' ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi, 25.09.2015).

<sup>61</sup> Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği ve bu sorumluluğa uygulanacak hükümlere ilişkin doktrinindeki tartışmalar için bkz: Eren, **Genel Hükümler**, s.1130 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.489; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s.101 vd.; Sabahattin Yürekli, 'İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)', **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.72, S.2, 2014, ([www.journals.istanbul.edu.tr/](http://www.journals.istanbul.edu.tr/)) (Çevirimiçi, Erişim Tarihi; 01.10.2015), s.544 vd.

<sup>62</sup> Bkz: Nomer, **Genel Hükümler**, s.377.

<sup>63</sup> Karar [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden alınmıştır. (Erişim tarihi; 25.09.2015).



*ilişkinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır.*

...

*Benzer şekilde İsviçre-Türk hukukunda baskın olan görüşe göre; sözleşmenin görüşülmesine başlamakla taraflar arasında hukuksal bir ilişki, daha doğru bir deyimle bir güven ilişkisi meydana gelir. Bu güven ilişkisinden, Medeni Yasa, md.2'deki dürüstlük kuralları uyarınca belli bir ölçüde karşı tarafın çıkarlarını gözetme, böylece bildirim, aydınlatma (boş yere güven vermeme, güveni boşa çıkarmama) gibi birtakım özen yükümleri doğar. Bu özen yükümleri, sözleşmeden doğan edim yükümünden farklı olarak, yasadan doğan davranış yükümü niteliğindedir. Bu davranış yükümlerine aykırılık da, sözleşmeden doğan borca aykırılığa benzer. Bundan dolayı, sözleşmenin görüşülmesi sırasındaki bu davranış yükümlerine aykırılığa da sözleşmeden doğan borca aykırılık kuralları örneksime yoluyla uygulanır.'*

**Kanımızca,** culpa in contrahendo sorumluluğuna sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması bu sorumluluk çeşidinin getiriliş amacına daha uygun olmaktadır. Gerçekten de culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, sözleşme görüşmeleri neticesinde zararın doğması arandığından buradaki zararın haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilmesi hakkaniyeti sağlamamakta ve zarar göreni haksız fiildeki ispat kurallarıyla daha çok mağdur etmektedir. Ayrıca haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak bu sorumluluk çeşidinde zararın sözleşme görüşmelerinden doğması ve karşı tarafın haklı güveninin ihlal edilmesi şeklinde özel şartlar arandığından haksız fiil hükümlerinin uygulanması adil olmayan sonuçların doğmasına yol açmaktadır. Bu nedenle bahsi geçen hallerde, gerek hakkaniyeti sağlaması gerekse de adil olması açısından sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabulü gerekmektedir.

## D-CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

### 1-Genel Olarak

TBK md.1'e göre, sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Bu ise bir anda olmamakta ve taraflar, iradelerinin birbirine uygun olup olmadığını anlamak için görüşüp tartışmaktadırlar. Tarafların bu görüşmeler sırasında birbirlerine zarar verme ihtimalleri oldukça muhtemeldir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, sözleşme akdetmek amacıyla tarafların uğramış oldukları her zararın culpa in contrahendo sorumluluğu ile tazmin edilmesi mümkün değildir. Aksi takdirde hukukumuzda kabul edilmiş olan sözleşme özgürlüğü prensibinin uygulama alanı kalmaz ve görüşmeciler karşı tarafın yapmış olduğu bu olağan giderleri karşılamak zorunda kalmamak için adeta sözleşme akdetmeye zorlanır. Gerçekten de hukukumuzda benimsenen sözleşme özgürlüğü prensibine göre, taraflar istedikleri kişiler ile istedikleri sözleşmeyi akdetmekte serbesttirler. Bu prensibin doğal bir sonucu olarak, sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar sözleşme akdetmek zorunda olmayıp istedikleri zaman sözleşme görüşmelerini kesebilir. Bu hallerde yapılan olağan harcamalara her görüşen kendisi katlanmak zorundadır<sup>64</sup>. Meğerki sözleşme görüşmelerinde karşı tarafın haklı bir güven duymasına sebebiyet verilmiş olsun. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu halde dahi taraflar sözleşme akdetmek zorunda olmayıp sadece karşı tarafın bu görüşmelerden dolayı duymuş olduğu haklı güven sebebiyle uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğu altında olmaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabilmesi için, sözleşme görüşmeleri sırasında görüşenlerden birinin dürüstlük kuralına aykırı kusurlu davranışı ile diğer görüşeni zarara uğratması ve bu kusurlu davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

---

<sup>64</sup> **Örneğin;** sözleşme yapmak amacıyla X yerinden Y yerine gelen görüşmeci A'nın sözleşme akdedilmediğinde yol için yaptığı masraflar, bu görüşme için zaman ayırması sebebiyle mahrum kaldığı kazancı vs. malvarlığında birer zarar teşkil edecek ve bunlara kural olarak kendisi katlanacaktır.

## 2-Sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükler aykırılık

Culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle sözleşme görüşmelerinin olması ve bu görüşmelere aykırı hareket edilmesi gerekmektedir. Sözleşme görüşmeleri başladığı anda görüşenlerin birbirlerine karşı bir takım yükümlülükleri başlamaktadır. Bu yükümlülükler edim yükümlülüklerinden bağımsız olup genel davranış yükümlülükleri olarak karşımıza çıkmakta<sup>65</sup> ve temelini MK md.2'deki dürüstlük kuralından almaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna göre taraflar, özen yükümlülükleri çerçevesinde birbirlerinin olası zararlardan korumak zorunda<sup>66</sup> olup dürüstlük kuralı kapsamında karşı tarafın iradesini etkileyecek noktalarda bilgi verme yükümlülüğü altındadır<sup>67</sup>. Bu noktada açıklanması gereken şeyleri açıklamama, yanlış veya eksik bilgi verme<sup>68</sup>, sözleşme yapma niyeti olmadan sözleşme görüşmelerine girişme veya başlangıçta bu niyeti taşımakla birlikte sonradan bundan vazgeçmesine rağmen karşı tarafı bilgilendirmemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği gibi culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde sorumluluğun doğmasına da yol açabilir<sup>69</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, culpa in contrahendo, sözleşme görüşmelerine girişen taraflar arasında meydana gelmiş bir güven ilişkisidir<sup>70</sup>. Gerçekten de sözleşme görüşmelerine girişen taraf, karşı tarafın hâkimiyet alanına girmiş olduğundan haklı olarak kendisinin şahıs ve malvarlığının korunacağına dair bir güven duyar<sup>71</sup>. İşte duyulan bu haklı güvenin ihlali culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açabilir.

<sup>65</sup> Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s.100; Yürekli, **a.g.m.**, s.548.

<sup>66</sup> Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s.100; Yürekli, **a.g.m.**, s.469 vd.

<sup>67</sup> Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s.100; Yürekli, **a.g.m.**, s.549 vd.

<sup>68</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, **C.I.**, s.488.

<sup>69</sup> Örneğin; hekimlik sözleşmesinin akdedildiği sırada, hekimin bazı ilaçların yurtiçine girişinin yasak olduğunu bilmesine rağmen bunu hastasından gizleyerek bu ilaçlarla tedavi edimi borçlanması halinde, hekimin sözleşme görüşmelerinde dürüstlük kuralına aykırı davrandığı gerekçesiyle hasta, uğradığı zararın tazminini culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında talep edebilecektir.

<sup>70</sup> Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s.100.

<sup>71</sup> Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s.101.

Örneğin, hastaneye tedavi olmak amacıyla giden ve henüz tıbbi müdahale sözleşmesi akdedilmeden önce hastane zemininin ıslak olması sebebiyle kayarak düşen hastanın uğramış olduğu zararın tazmini sözleşme kurallarının kıyasen geçerli olduğu culpa in contrahendo sorumluluğuna göre olacaktır.

Örnekten de anlaşılacağı üzere, sözleşme görüşmelerine giren taraf (hasta), sözleşmenin karşı tarafının (hastane işleticisinin) hakimiyet alanına girmiştir ve kendi şahıs ve malvarlığının korunacağına dair haklı bir güven duymaktadır. Hastane işleticisi ise hastanenin uygun koşullarda olması yönünden özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek hastanın bu haklı güvenini sarsmış olup uğranılan zararı culpa in contrahendo sorumluluğu ile tazmin etmek zorundadır.

### **3-Kusur**

Hukukumuzda sorumluluğun doğabilmesi için kural olarak kusurun bulunması gerekmektedir. Culpa in contrahendo sorumluluğu da kusur sorumluluğu olduğundan zarara sebep olan kişinin sorumlu olabilmesi için kusurlu olması şarttır.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna sözleşmeye aykırılık hükümleri kıyasen uygulanacağından kusurun belirlenmesi ve ispatı bakımından TBK md.112 vd. maddelerine bakmak gerekmektedir<sup>72</sup>.

Culpa in contrahendo sorumluluğunda sözleşmesel sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacağından sorumluluğun doğabilmesi için, failin belli bir kusur derecesine sahip olması aranmaksızın hafif kusur dahi sorumluluğa yol açacaktır.

Örneğin; hasta bakıcısının kendisini hekim olarak tanıtır hasta ile hekimlik sözleşmesi akdetmesi durumunda, hasta bakıcısı hile ile hareket ettiğinden kast derecesinde kusurludur. Diğer bir anlatımla, bu halde hasta bakıcının sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük ilkesine aykırı davranması sebebiyle kusuru bulunmakta ve bu nedenle sözleşmenin diğer tarafının (hastanın) sözleşmenin geçerli olacağına güvenerek uğradığı zararları tazmin etmesi gerekmektedir.

---

<sup>72</sup> Kusura dair açıklamalarımız için bkz: II. Bölüm.

Kusurun ispatına ilişkin olarak TBK md.112'ye göre, sözleşme görüşmelerinde karşı tarafın haklı güvenini ihlal eden kişinin aksini ispat etmediği sürece kusurlu olduğunun kabulü gerekmektedir.

#### 4-Zarar

Culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilmek için sözleşme görüşmeleri sebebiyle karşı tarafın haklı güveninin ihlal edilmesi suretiyle zararın doğmuş olması gerekmektedir.

Culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında sadece menfi zararlar tazmin edilebilmektedir<sup>73</sup>. Menfi zarar ise yukarıda da açıkladığımız üzere bir sözleşmenin hüküm doğuracağına güvenilerek uğranılan zararlardır<sup>74</sup>.

Yukarıda verdiğimiz hasta bakıcı örneğinde, hasta bakıcının akdedilen hekimlik sözleşmesi uyarınca hastadan bir takım tetkikler istemesi ve hastanın da bunları yaptırmayı ve fakat daha sonra aldatıldığını öğrenmesi üzerine sözleşmeyi iptal etmesi halinde, hasta uğradığı zararı culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında talep edebilir. Hastanın burada tazminini talep edebileceği zarar kalemleri ise, sözleşmenin geçerli olacağına güvenilerek harcanmış olan muayene ve yapılan tetkik ücretleri, aldatılması sebebiyle tedavisinin gecikmesi nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararlar, sözleşmenin iptal edilmesi üzerine geçen zaman zarfında çalışmayarak mahrum kaldığı kazanç kaybı vb. unsurlardan oluşmaktadır.

Burada hemen belirtmelidir ki, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında uğranılan zararın tazmin edilebilmesi, sözleşmenin kurulup kurulmaması veyahut iptal edilip edilmemesinden bağımsızdır. Eş bir deyişle, culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabilmesi için önemli olan husus bu zararın sözleşme

---

<sup>73</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.491; Nomer, **Genel Hükümler**, s.377; Özgür Güvenç, 'Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi', **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S.3-4, 2014, s.363-405 (<http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi>) (Çevirimiçi, Erişim Tarihi; 01.10.2015), s.397; Yürekli, **a.g.m.**, s.555, Ergüne, **a.g.m.**, s.915 vd..

<sup>74</sup> Zarara ilişkin açıklamalarımız için bkz: II. Bölüm.

görüşmelerinden kaynaklanmıştır. Bu noktada sözleşmenin kurulmasının veya iptal edilmesinin bir anlamı bulunmamaktadır.

### **5-Nedensellik Bağı**

Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabilmesi için aranan son şart uygun nedensellik bağıdır. Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabilmesi için, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış sebebiyle zararın doğması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, zarar, hayatın olağan akışı çerçevesinde sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranış sonucundaki haklı güvenin ihlalden kaynaklanmıyorsa nedensellik bağı yokluğu sebebiyle culpa in contrahendo sorumluluğuna göre zararın tazmini mümkün olmayacaktır.

## **IV-GENEL DEĞERLENDİRME**

Çalışmamızın ikinci bölümünde özel hastane işleticisinin borca aykırılık hükümlerine dayanan sorumluluğu önemine binaen ve konumuzla ilgisi dolayısıyla zaman zaman hekimlik sözleşmesine de yer verilerek iki ana başlık altında incelenmiştir. Öncelikle genel sözleşmeye aykırılık hükmü olan TBK md.112'ye dayanan sorumluluk hali, ardından da sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk hali olan culpa in contrahendo sorumluluğu inceleme konusu yapılmıştır. Temel başlıklar bu şekilde olmakla birlikte alt ayrımlarda her bir sorumluluk bahsi, sorumluluğun süjesi ve sorumluluğun şartlarına yer verilmek suretiyle açıklanmıştır. Buna göre;

Hekimlik sözleşmesi olmadan yapılan hastaneye tam kabul sözleşmesinde tüm edimler hastane işleticisi tarafından borçlanıldığından burada gerçekleşen sözleşmeye aykırılıklardan sadece hastane işleticisi TBK md.112'ye göre sorumlu olmaktadır. Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinde ise tıbbi müdahale edimi hem hastaneye kabul sözleşmesi ile hastane işleticisi tarafından hem de hekimlik sözleşmesi ile hekim tarafından borçlandığından bu edimin gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi gerek hekimin gerekse de hastane işleticisinin tarafı oldukları sözleşmeler bakımından TBK md.112'ye göre sorumluluğunu doğurmaktadır.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde ise, tıbbi müdahale edimi sadece hekim tarafından borçlanıldığından, bu edimin gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi halinde sadece hekimin TBK md.112'ye göre sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Tıbbi müdahalede bulunma dışındaki edimlere aykırılık halinde ise, bu edimler sadece hastane işleticisi tarafından borçlanıldığından sözleşmeye aykırılık halinde münhasıran hastane işleticisi TBK md.112'ye göre sorumlu olmaktadır.

Özel hastane işleticisinin TBK md.112'ye göre sorumluluğunun doğabilmesi için, özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesine kusurlu olarak aykırı davranması ve bundan dolayı hastanın zarara uğraması gerekmektedir.

Çalışmamızda borca aykırılık halleri esas olarak tıbbi müdahale edimi açısından incenmiş olup tarafların sözleşme ile üstlendikleri diğer edimlere bununla bağlantısı olduğu ölçüde yer verilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde hastaneye kabul sözleşmelerinde sorumsuzluk anlaşmaları da inceleme konusu yapılmıştır. Tıbbi müdahale edimi tıp mesleği çerçevesinde yürütülen bir faaliyet olduğundan hastane işleticisi ve/veya hekim TBK md.115/f.3 hükmü gereğince borçlu olarak sorumsuzluk anlaşması yapmak suretiyle sorumluluktan kurtulamamaktadır.

Son olarak bu bölümde sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan sorumluluk hali olan culpa in contrahendo sorumluluğuna da yer verilmiş ve bahsi geçen sorumluluğun hangi hallerde söz konusu olabileceği inceleme konusu yapılmıştır.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİNİN YARDIMCI KİŞİNİN FİİLİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

#### I- GENEL BAKIŞ

Gelişen teknolojinin beraberinde iş bölümünü getirmesi ve eski dönemlere nazaran günümüz insanların ihtiyaçlarının değişiklik göstermesi sözleşmelerin ifasının borçlu tarafından bizzat yerine getirilmesine gerek bırakmadığı gibi yardımcı kişiden yararlanmayı da zorunlu kılmıştır. Nitekim bir binanın tek başına müteahhit tarafından inşa edilemeyeceği, bir operasyonun yalnız operatör tarafından yapılamayacağı<sup>1</sup> aşikardır. TBK md.83 de buna paralel bir düzenleme getirerek prensip olarak borcun borçlu tarafından şahsen ifa edilmesini aramamıştır. Meğerki alacaklının bunda menfaati olsun. Borçlunun borcunu bizzat ifa etmesi gereken bu hallerde dahi işin niteliğine göre yardımcı kişi kullanılması mümkün olabilir. Örneğin, ünlü bir estetik cerrahının yapmayı borçlandığı ameliyatı icra ederken borçlunun şahsının önemli olduğu bir edim borçlanmış olmasına rağmen, ameliyatta hemşire ve diğer sağlık personelleri de bulunacak ve hekim sadece kendi alanıyla ilgili olan kısmı bizzat ifa edecektir. Örnekten de anlaşılacağı üzere borcun bizzat borçlusu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati sadece borçlunun şahsının önem arz ettiği edimlere özgüdür. Borçlunun şahsından ayırabildiğimiz edimler için yardımcı kişi kullanılması mümkün ve bazı hallerde de zorunludur.

Yardımcı kişilerin kullanılmasının mümkün olduğu hallerde borcun ifasına yardım eden veya borç ilişkisinden doğan, borçluya ait bir hakkı kullanan kişilerin alacaklıya zarar vermesi TBK md.116/f.1'e göre borçlunun sorumluluğunu gerektirir. Bu başlık altında özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında borçlandığı edimleri ifa ederken yardımcı kişiden yararlanıp yararlanamayacağı ve yararlanabilecek ise borca aykırılık halinde bundan ne şekilde sorumlu olacağı inceleme konusu yapılacaktır.

---

<sup>1</sup> Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.891.



## **II-YARDIMCI KİŞİNİN FİİLİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK (TBK MD.116)**

### **A-SORUMLULUĞUN SUJESİ**

#### **1-Hastane İşleticisi**

Hastaneye kabul sözleşmesinin çeşitli şekillerde yapılabileceğini yukarıda belirtmiştik<sup>2</sup>. Hastaneye tam kabul sözleşmesinde tüm edimleri borçlanan hastane işleticisi, bu edimleri bizzat ifa ile yükümlü olmamakta ve ifa yardımcılarında yararlanabilmektedir. Hekimlik sözleşmesi olmaksızın yapılan hastaneye tam kabul sözleşmesinde tıbbi müdahalede bulunma edimini ifa eden hekim, bakım hizmetini yapan hasta bakıcı, temizlikçi, yeme-içme edimini yerine getiren kantinci, yemekhane çalışanları vb. kişiler hastane işleticisinin yardımcı kişisi sıfatıyla hareket etmektedir. Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinde ise tıbbi müdahalede bulunan hekim, hekimlik sözleşmesi bakımından borçlu sıfatıyla hareket etse de, hastane işleticisinin tarafı olduğu sözleşme bakımından yardımcı kişi olarak ifade bulunmaktadır. Bahsi geçen bu yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı TBK md.116'daki şartların bulunması halinde hastane işleticisi bundan sorumlu olabilmektedir.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi bakımından ise hastane işleticisi tıbbi müdahalede bulunma edimi dışındaki edimleri borçlanmış olduğundan bu (bakım, yeme-içme gibi) edimleri ifa ederken yardımcı kişi kullanabilmekte ve bu kişilerin alacaklıya vermiş olduğu zararlardan da TBK md.116'daki diğer şartların bulunması halinde sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

#### **2-Hekim**

Hekimlik sözleşmesinin akdedildiği hallerde hekimin sözleşmesel borcu doğmakta ve bu sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini ifa ile mükellef olmaktadır. Aşağıda<sup>3</sup> ayrıntısıyla açıklayacağımız üzere yardımcı kişi sayılabilmek için çalışanla çalıştırılan kişi arasında emir-talimat ilişkisi aranmadığından hekim,

<sup>2</sup> Bkz: Bölüm I – Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Türleri.

<sup>3</sup> Bkz: Bölüm III- Yardımcı kişinin Fiilinden Kaynaklanan Sorumluluğun Koşulları.

hastane işleticisinin hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı kişilerden de yardımcı kişi olarak yararlanabilmektedir. Diğer bir anlatımla, hekimlik sözleşmesini ifa eden hekimin yardımcı kişi olarak yararlandığı kişinin hastane işleticisinin çalışanı olması mümkündür. Hekimin kullandığı yardımcı kişiler de genellikle hastane işleticisinin hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı kişilerden oluşmaktadır. Gerçekten de hekimin bir operasyonda ya da operasyon sonrası ilaç, serum verme vb. şekillerde yararlandığı hemşireler, hasta bakıcıları vb. personeller genellikle hastane işleticisinin çalışanı olmaktadır.

Hekimlik sözleşmesinin olmadığı hallerde ise hekim, tıbbi müdahalede bulunurken yardımcı kişi sıfatıyla hareket etmektedir. Peki bu hallerde hekimin yardımcı kişi kullanması mümkün müdür? Diğer bir deyişle, yardımcı kişinin yardımcı kişiden faydalanması söz konusu olabilir mi? TBK md.116 düzenlemesi karşısında bu sorulara olumsuz yanıt vermek gerekecektir. Gerçekten de anılan düzenlemede 'borcun ifasının veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının' bir başkasına bırakılmasından bahsedildiği için yardımcı kişiden bahsedebilmek ancak bir borç ilişkisinin olduğu hallerde söz konusu olabilmektedir. O halde hekimin yardımcı kişi kullanması ve bu sebeple sorumluluğunun doğmasının sözleşmesel bir ilişkinin yani hekimlik sözleşmesinin olduğu hallerde mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir.

## **B-YARDIMCI KİŞİNİN FİİLLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN KOŞULLARI**

**1-Borçlu borcun ifasında veya borç ilişkisinden doğan bir hakkının kullanılmasında yardımcı kişi kullanmış olmalıdır.**

TBK md.116 yardımcı kişi kavramını; borçlu tarafından, borcun ifasının veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının bırakıldığı kişi olarak tanımlamıştır<sup>4</sup>. Görüldüğü gibi yardımcı kişi sadece borcun ifasında değil, borçluya ait bir hakkın kullanımını bakımından da söz konusu olabilmektedir.

---

<sup>4</sup> Benzer tanımlar için bkz., Oğuzman/Öz, **a.g.e., CI**, s.428, 431; Hüseyin Hatemi/ Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s.265; Safa Reisoğlu, **Türk**

TBK md.116 anlamında bir kimsenin yardımcı kişi sayılabilmesi için, borcun ifasının veya borçtan doğan bir hakkın kullanılmasının açık ya da zımni olarak kendisine bırakılmış olması gerekir<sup>5</sup>. Borçlunun onayı dışında borcun ifasına katılan kimse yardımcı kişi sayılmaz ve bu durumda TBK md.116 hükmü uygulama alanı bulmaz<sup>6</sup>. Bu maddenin uygulanabilmesi için, borçlunun onayını yardımcı kişiye en geç zarar doğuran fiilden önce vermiş olması gerekir<sup>7</sup>.

Gerçekten de hemşire, hasta bakıcı vb. sağlık çalışanları hekim ve/veya hastane işleticisinin talimatları doğrultusunda hareket ettiği müddetçe tedavi hizmetinin ifası bakımından akdedilen sözleşme tipine göre bu kişilerin yardımcı kişisi konumundadır. Ancak hemşire vb. sağlık çalışanları hiç kimseden talimat almadan hastaya serum verir, hastadan kan alır vb. şekilde müdahalelerde bulunursa, hastane işleticisi ve/veya hekimin bu müdahalelere rızası veya onayı olmadığından sağlık çalışanın bu fiillerinden dolayı TBK md.116'ya göre sorumlulukları doğmayacaktır.

Yardımcı kişiden bahsedebilmek için her şeyden önce ifanın borçlu yerine bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi gerekir<sup>8</sup>. TBK md.40/f.1' den hareketle temsilci temsil olunan adına ve hesabına hareket ettiği için üçüncü kişi olmayıp borçlunun adına ve hesabına hareket eden bir kişidir ve dolayısıyla temsilcinin fiillerinden sorumluluk TBK md.116'a değil TBK md.40 vd. maddelerine tabidir<sup>9</sup>.

Kanuni temsilcilerin yardımcı kişi olup olamayacağı meselesi doktrinde tartışmalıdır<sup>10</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre; kanuni temsilciler temsil ettikleri

---

**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1.7.2012' de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 25. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2014, s.363-364.

<sup>5</sup> Eren, **Genel Hükümler.**, s.1074; Nomer, **Genel Hükümler**, s.312-313; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.364; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, **C.I**, s.429,430; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.892.

<sup>6</sup> Eren, **Genel Hükümler.**, s.1074; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, **C.I**, s. 430; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.364; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.893.

<sup>7</sup> Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, **CI**, s.430.

<sup>8</sup> Eren, **Genel Hükümler.**, s.1074; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.648.

<sup>9</sup> Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.648.

<sup>10</sup> Eren, **Genel Hükümler.**, s.1076; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 313; Anılan yazarlar kanuni temsilciler hakkında TBK 116 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği görüşündedirler.

kişilerin onayı ve bilgisi olmaksızın ifaya veya bir hakkın kullanılmasına katıldıkları için yardımcı kişi sayılmamalıdır<sup>11</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarımıza ek olarak, bir kimsenin yardımcı kişi sayılabilmesi için, borçlunun emri altında olması veya borçluya bir sözleşme ile bağlı olması şart değildir<sup>12</sup>. Nitekim TBK md.116/f.1 hükmünde kanun koyucu, yardımcı kişiden söz edebilmek için, borçlu ile ‘birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi’ şeklinde bir düzenlemeyi yeterli görmüş olacak ki birlikte yaşama veya yanında çalışmanın ayrıca bir sözleşmeye dayanmasını aramamıştır<sup>13</sup>.

Yardımcı kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir<sup>14</sup>. MK md.50’ye göre tüzel kişiler organları aracılığıyla iradelerini açıklar ve bu şekilde borç altına girer. Tüzel kişinin organlarının fiili tüzel kişinin kendi fiilidir ve bu nedenle de organlar yardımcı kişi sayılmayacağından<sup>15</sup> TBK md.116 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak bu durum, tüzel kişilerin yardımcı kişi kullanamayacağı anlamına da gelmemelidir<sup>16</sup>. Tüzel kişilerde yardımcı kişi, tüzel kişinin organları dışındaki personeli, ifası kendisine bırakılan borçlar veya kullanılmasına katıldıkları haklar bakımından söz konusu olabilir<sup>17</sup>.

Özel hastane yukarıda<sup>18</sup> da açıkladığımız üzere gerçek kişiler tarafından kurulabileceği gibi tüzel kişiler tarafından da kurulabilir. Hukukumuzda gerçek ve tüzel kişilerin her ikisi de yardımcı kişiden yararlanabileceğinden özel hastane kim

---

Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.I.**, s.432, Anılan yazarlara göre ise kanuni temsilci yardımcı kişi sayılmaz ve TBK 116 hükmü uygulama alanı bulmaz.

<sup>11</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz., Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.I.**, s.432; Nomer, **Genel Hükümler**, s.313..

<sup>12</sup> Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.648; Nomer, **Genel Hükümler**, s.313; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.I.**, s.428; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.368; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.894.

<sup>13</sup> Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.648.

<sup>14</sup> Eren, **Genel Hükümler.**, s.1075; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.I.**, s.429; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.364.

<sup>15</sup> Eren, **Genel Hükümler.**, s.1074; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.648; Nomer, **Genel Hükümler**, s.313; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.I.**, s.432; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.364; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.896.

<sup>16</sup> Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.648; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.364.

<sup>17</sup> Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.648; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.I.**, s.432.

<sup>18</sup> Bölüm I – Sözleşmenin Tarafları- Özel Hastane İşleticisi.

tarafından kurulmuş olursa olsun, özel hastane işleticisi yardımcı kişiden faydalanabilecektir.

Hastaneye kabul sözleşmesi ile hastane işleticisi çeşitli edimleri borçlanmıştır. Bu edimlerin teknik ve bilimsel çok fazla alanla ilgili olmasından bahisle hastane işleticisi tarafından bizzat ifa edilmesi mümkün değildir. Bu edimler hastane bünyesinde çalışan veya dışarıdan görevlendirilen personeller aracılığıyla ifa edilmektedir. Yeme-içme, barınma, temizlik, güvenlik gibi edimler ile tıbbi müdahale ediminin ifasına yönelik olarak icra edilen teşhis, tedavi, operasyon vb. edimler hastane işleticisinin yardımcıları vasıtasıyla ifa edilmektedir.

Yeme-içme, barınma, temizlik, güvenlik gibi edimleri icra eden personellerin hastane işleticisinin yardımcı kişisi olduğu açık bir şekilde belli ise de, tıbbi müdahale edimi bakımından yardımcı kişilerin kimler olduğu akdedilen sözleşme çeşitlerine göre değişiklik göstermektedir

Hastaneye tam kabul sözleşmesinin hekim sözleşmesi olmadan yapılan türünde sözleşme kapsamında tüm edimler hastane işleticisi tarafından borçlanıldığı için, tıbbi müdahale edimini ifa eden hekim ve diğer sağlık personelleri hastane işleticisinin yardımcı kişisi olarak hareket etmektedir. Hekimlik sözleşmesi ilaveli olan türünde ise, hekim tıbbi müdahalede bulunurken hem hekimlik sözleşmesi kapsamında bizzat borçlu sıfatıyla hem de hastaneye tam kabul sözleşmesi kapsamında hastane işleticisinin yardımcı kişisi olarak ifade bulunmaktadır. Bu nedenle hekimin tıbbi müdahale edimine aykırı davranması her iki sözleşmenin de ihlalini sonuçlandıracağından bu durumda hem hastaneye tam kabul sözleşmesi çerçevesinde TBK md.116'ya göre hastane işleticisinin hem de hekimlik sözleşmesi kapsamında TBK md.112'ye göre hekimin sorumluluğuna gidilebilmektedir.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin olduğu hallerde tıbbi müdahale edimi sadece hekim tarafından hekimlik sözleşmesi kapsamında borçlanıldığından buna aykırılık halinde kural olarak TBK md.112'ye göre sadece hekimin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Ancak bölünmüş hastane kabul sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde hekim, tarafı olduğu hekimlik sözleşmesini ifa edebilmek için hastane işleticisinin hastanesinde faaliyet gösterdiğinden bu sözleşmeye aykırılık

hallerinde hastane işleticisinin sorumluluğunun doğup doğmayacağı mevzusunun üzerinde durmak gerekmektedir.

Öncelikle tıbbi müdahale edimi bizzat hekimin davranışı sebebiyle gereği gibi veya hiç ifa edilmediyse bundan dolayı hastane işleticisinin sorumluluğuna gitmek mümkün değildir. Gerçekten de hekimin bilgisizliği ve tecrübesizliği nedeniyle tıp biliminin gereklerine uygun bir şekilde tedavi edimini ifa etmemesi ve hastanın da bu sebeple zarara uğraması halinde hastane işleticisinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak tıbbi müdahale edimi hekimin bir davranışı sebebiyle değil de müdahaleye yardımcı olan diğer sağlık personelleri veya hastaneden kaynaklı bir sebeple gereği gibi veya hiç ifa edilmemişse, bu durumda ihlale sebep olan personelin kimin için hareket ettiğine bakmak gerekmektedir.

Öncelikle hekimin kendi personelleriyle gelip tıbbi müdahalede bulunması ve ihlalin de bu personellerden kaynaklanması halinde, hekimlik sözleşmesi kapsamında TBK md.116'ya göre hekimin sorumluluğuna gidileceğini belirtmek gerekmektedir. Ancak buradaki gibi hekimin kendi ekibi yoksa veya ihlale hekimin ekibindekiler sebep olmamışsa, yani hastane bünyesinde çalışan sağlık personellerinin davranışları yüzünden tıbbi müdahale sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmemişse bu kişilerin davranışları sebebiyle hastane işleticisinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Sorumluluğun sebebi bu kez hastane işleticisinin organizasyon yükümlülüğünün gereğini yerine getirmemiş olmasıdır. Bu nedenle dayanağımız yine TBK md.112 olmaktadır. Ayrıca burada ihlale sebep olan sağlık personelinin haksız fiilin şartlarını taşıması halinde TBK md.49 hükmüne göre sorumluluğunun söz konusu olacağı da kuşkusuzdur.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde, hastane işleticisinin üstlendiği bakım, yeme-içme vb. edimlerin ifasında kullandığı yardımcı kişilerin sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı hastane işleticisi TBK md.116'ya göre sorumlu olacaktır.

## **2-Borcun ifasında yardımcı kişi kullanılması borca aykırı olmamalıdır.**

TBK md.116'ya göre borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumlu olabilmesi için her şeyden önce kanuna uygun bir şekilde borcun ifasının veya

hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılmış olması gerekir. Bu konuyla alakalı olarak yardımcı kişinin hangi hallerde kullanılabileceğine TBK md.83'ü de ele alarak yukarıda değerlendirmiştik<sup>19</sup>. Eğer borçlu kanuna uygun bir şekilde yardımcı kişi kullanmamış ve alacaklı da bu yüzden zarara uğramışsa borçlunun borca aykırılık teşkil eden bu davranışından sorumluluğu TBK md.116 hükmüne göre değil, borca aykırılığın genel olarak düzenlendiği TBK md.112'ye göre olacaktır.

Dikkat edilecek olursa, borçlu ister kanuna uygun bir şekilde isterse de aykırı olarak yardımcı kişi kullanmış olsun, kullandığı bu kişilerin alacaklıya vermiş oldukları zararlardan sorumlu tutulmaktadır. Ancak sorumluluğun esasları bu iki ihtimale göre değişiklik arz etmektedir. Şöyle ki, borçlu kanuna uygun bir şekilde yardımcı kişi kullanmış ve bu kişiler alacaklıya zarar vermişse diğer şartların da varlığı halinde sorumluluk TBK md.116'ya göre olmaktadır. Ancak borçlunun yardımcı kişi kullanması caiz değilse<sup>20</sup>, sözleşmeyi bizzat ifa etmekte alacaklının menfaati varsa (TBK md.83) ve buna rağmen yardımcı kişiden yararlanılmışsa bu kişiden yararlanmak başka bir şarta gerek kalmaksızın borca aykırılık teşkil etmekte ve borçlunun TBK md.112'ye göre sorumluluğuna yol açmaktadır.

Hekimin şahsının önemli olmadığı hallerde ise yardımcı kişi kullanılabilir. Ancak hekimin yardımcı kişi kullanması, tamamen kendisi tarafından yapılacak ifaya oranla daha düşük vasıfta bir ifaya yol açacaksa, yardımcı kişi kullanılamaz<sup>21</sup>. Diğer bir deyişle, hekimin şahsı ve yetenekleri ifada önemli rol oynamıyorsa, tıbbi faaliyetin niteliğine etki etmeyecekse ve hasta için bir olumsuzluk doğurmayacaksa yardımcı kişi kullanılabilir<sup>22</sup>.

### **3-Yardımcı kişi borca aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermelidir.**

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olabilmesi için bu kişilerin borcu ifa ettikleri veya borçluya ait bir hakkı kullandıkları sırada karşı tarafa

---

<sup>19</sup> Yardımcı kişinin fiilinden kaynaklanan sorumluluğun şartlarının anlatıldığı '*Sorumluluğun Şartları*' adlı kısma bakınız.

<sup>20</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1079; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.647; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, **C.I.**, s.433-434; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.364-365.

<sup>21</sup> Kulaklı, **a.g.m.**, s.15.

<sup>22</sup> Kulaklı, **a.g.m.**, s.15.

zarar vermiş olmaları gerekir. Yalnız burada borçlunun, yardımcısının alacaklıya verdiği her türlü zarardan değil, alacaklı ile arasındaki borç ilişkisinin ihlali sonucunu doğuran zararlar nedeniyle<sup>23</sup> TBK md.116'ya göre sorumlu olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Nitekim yardımcının zarar verici fiili, borcun ihlali niteliğinde olmayıp sadece ifası vesilesiyle işlenmiş olan ve fakat borç ilişkisi dışında kalan bir fiil ise, borçlu zarardan TBK md.116'ya göre sorumlu olmaz<sup>24</sup>.

Örneğin hastadan kan alan hemşirenin hijyen kurallarına uymaması sebebiyle hastanın enfeksiyon kapması halinde, hemşirenin bu fiili tedavi sözleşmesinin ifası nedeniyle gerçekleştiğinden akdedilen sözleşme türüne göre hastane işleticisi ve/veya hekim TBK md.116'ya göre sorumlu olmasına rağmen; hemşirenin kan alma sırasında hasta ile tartışması ve sinirlenip hastaya makas fırlatması ve hastanın kolunda kalıcı bir izin oluşmasına sebebiyet verecek derecede yaralaması halinde hemşirenin bu fiili tedavi sözleşmesinin ifası vesilesiyle işlendiğinden bundan dolayı borçlunun TBK md.116'ya göre sorumluluğu doğmayacaktır.

Örnekte de görüldüğü üzere bir fiilin borcun ifası kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediği borçlunun sorumluluğunun kapsamı bakımından son derece önemli bir konudur. Borçlunun yardımcı kişiden yararlanmasının mümkün olduğu bir durumda, yardımcı kişinin alacaklıya karşı yapmış olduğu zarar verici fiil sözleşmenin ifası kapsamındaysa, borca aykırılık teşkil eden bu fiilinden dolayı borçlu TBK md.116'ya göre sorumlu olacaktır. Sözleşme dışı bir fiil ise, yani yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarar, borçlunun borcunu ihlal etmiyorsa<sup>25</sup> bu durumda TBK md.116'nın uygulanması mümkün olmayacaktır. Ancak borçlu ile yardımcı kişi arasında emir talimat ilişkisi varsa ve diğer şartlarında gerçekleşmesi halinde borçlu bu kişinin vermiş olduğu zararlardan yine sorumlu olacak ve fakat

<sup>23</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1079; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.649; Mehmet Karaca, 'İfa Yardımcısını Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu', **Terazi Ayhık Hukuk Dergisi**, No:49, Eylül 2010, s.52; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, **C.I.**, s.434; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.365; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.896.

<sup>24</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1079; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.649; Oğuzman/ÖZ, **a.g.e.**, **C.I.**, s.434-435; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.365; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.896.

<sup>25</sup> Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, **C.I.**, s.435.



sorumluluğun esasları bu kez TBK md.66 kapsamında ‘Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu’ nun düzenlendiği haksız fiil hükümlerine dayanacaktır. Eğer borçlu ile yardımcı kişi arasında böyle bir emir talimat ilişkisi de yoksa artık borçlu bu kişinin fiilinden sorumlu olmayacak, yardımcı kişi kendi fiilinden haksız fiil hükümlerine göre, fakat bu kez genel kural olan TBK md.49 kapsamında sorumlu olacaktır.

Görüldüğü gibi yardımcı kişinin fiili, bundan yararlanan kimse için TBK md.116 ya da TBK md.66’dan doğan sorumluluğa yol açabilir. Hangi kanun hükmünün uygulanacağını tespiti için her iki sorumluluğun amacı ve koşullarını karşılaştırıp farklarının ortaya konulması oldukça önem arz etmektedir.

### **TBK md.116’nın TBK md.66 İle Karşılaştırılması**

Gerek TBK md 116 gerekse de TBK md.66 hükmü yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk halini düzenlemektedir. Ancak TBK md.116 hükmü alacaklı ile borçlu arasında hukuki bir ilişkinin olması ve yardımcı kişinin fiilinin bu hukuki ilişkiye aykırı olması halinde uygulama alanı bulacakken<sup>26</sup>; TBK md.66 hükmü çalıştırılan kişinin adam çalıştırmanın borç ilişkisi içinde bulunduğu kişi dışında, bir üçüncü kişiye zarar vermesi halinde uygulama alanı bulmaktadır<sup>27,28</sup>. Diğer bir anlatımla, TBK md.116’da ‘sözleşmeden doğan sorumluluk = akdi sorumluluk’ TBK md.66’da ise, başkasının fiili nedeniyle ‘sözleşme dışı sorumluluk’, ‘haksız fiil sorumluluğu’ söz konusu olmaktadır<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Eren, **a.g.e.**, s.619, 620; Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1961, s.449; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.651; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.436; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.365; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.901.

<sup>27</sup> Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.324; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.365; Tandoğan, **a.g.e.**, s.449; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.901.

<sup>28</sup> **Yarg. 11. Hukuk Dairesi, E. 200/4672, K.2000/5679, T.19.06.2000**, ‘Borçlar Kanununun 55. Maddesine göre başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan sorumludur... Aynı kanunun 100. Maddesinde ise muavin şahısların mesuliyeti düzenlenmiş olup bir borcun ifasını ya da bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını bir yardımcı kişiye bırakan kimse, yardımcı kişinin görevi çerçevesinde diğer tarafa zarar vermesinden sorumlu tutulmuştur. İki madde arasındaki fark; zarar gören ile adam çalıştırın arasında sözleşme ilişkisi yoksa BK’nın 55. Maddesine göre, sözleşme ilişkisi varsa BK’nın 100. Maddesine göre adam çalıştırının sorumluluğunun belirlenmesi gerektiğidir.’ (**www.kazanci.com**).

<sup>29</sup> Reisoğlu, **a.g.e.**, s.365.

TBK md.116'ya dayanan sorumlulukta yardımcı kişi ile bundan yararlanan arasında bağımlılık ilişkisi aranmazken; TBK md.66'ya dayanan sorumluluğun doğabilmesi için çalıştırılan kişi ile çalıştıran arasında böyle bir ilişkinin olması gerekir<sup>30</sup>.

İki hüküm arasındaki bir diğer fark da kusurun ispatında karşımıza çıkar. TBK md.116'da borçlu kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulamaz. Fakat şayet borç bizzat borçlu tarafından ifa edilse idi, zarara yol açan fiilde borçlu kusurlu sayılmayacak ve sorumlu olamayacak idiyse, sırf bir yardımcıya başvurdu diye sorumlu tutulması için de bir sebep olmadığından<sup>31</sup> borçlu bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. TBK md.66'ya dayanan sorumlulukta ise, TBK md.66/f.2'ye göre adam çalıştıran, çalışanını seçmede, talimat vermede ve denetimde zararın doğmaması için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Görüldüğü gibi TBK md.66 adam çalıştıranı 'kurtuluş kanıtı'<sup>32</sup> getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı tanımıştır.

Son olarak, TBK md.116, sözleşmesel sorumluluk hali olduğu için sorumsuzluk anlaşması yapmak mümkün olmasına karşın, TBK md.66'ya göre, adam çalıştıranla zarar gören arasında sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün değildir<sup>33</sup>.

TBK md.116 ile TBK md.66'nın uygulama alanı bulması her zaman farklı zamanlara denk gelmez. Bazı hallerde yardımcı kişi, fiiliyle hem alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiyi ihlal etmiş hem de genel davranış kurallarına aykırı davranarak üçüncü bir kişiye zarar vermiş olabilir. İşte yardımcı kişinin fiilinin hem TBK md.116'ya göre borca aykırılık hem de TBK md.66'ya göre genel davranış kurallarını ihlal ettiği bu gibi hallerde alacaklının hangi hükme göre zararının tazminini istemesi gerekeceği meselesinin üzerinde durmak gerekir. Gerçekten de yardımcı kişinin yapmış olduğu fiil borca aykırılık teşkil ettiği gibi aynı anda haksız

<sup>30</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II.**, s.143; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.366; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.901-902.

<sup>31</sup> Nomer, **Genel Hükümler**, s.312; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.436; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.366; Tandoğan, **a.g.e.**, s.446; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.898.

<sup>32</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.620; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.651.

<sup>33</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.621.

fiilin şartlarını da ihtiva ediyor olabilir<sup>34</sup>. Fiilin bu iki kanun hükmünü ihlal ettiği hallerde her iki sorumluluk hükmü yarışır. Bunun sonucu olarak da zarar gören dilediği sorumluluğa dayanmakta serbesttir<sup>35</sup>. TBK md.66 hükmü, haksız fiilden doğan kusursuz sorumluluk hali olduğu için sorumluluğun doğabilmesi için ne çalışanın ne de adam çalıştırmanın kusurlu olması şarttır<sup>36</sup>. Adam çalıştırmanın kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulmaması da TBK md.66/f.2’de kendisine tanınan imkândan faydalanarak, özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini veya özen yükümlülüğünü yerine getirirse dahi zararın meydana gelmesini önleyemeyeceğini ispat ederek<sup>37</sup>, yani kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. TBK md.116 için aynı olanak söz konusu olmayıp sadece kendisi bizzat ifa etse idi aynı zararın ortaya çıkacağını ve kendisinin de bundan sorumlu olmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir<sup>38</sup>.

Zarar gören tazminat istemini TBK md.66’ya dayandırır, 66. madde haksız fiil hükümlerine tabi olduğu için, TBK md.72/f.1’de belirtilen haksız fiillere ilişkin 2 ve 10 yıllık zaman aşımı süresi, ancak tazminat, ceza kanunlarına göre daha uzun bir zaman aşımının öngörüldüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa bu uzun zaman aşımı süresi uygulanırken; TBK md.116’ya dayandırması halinde, sözleşmeden doğan borçlara ilişkin TBK md.146’daki 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulama alanı bulacaktır. (TBK md.146 hükmünün genel kural olduğunu ve kanunda aksine bir düzenleme olmadığı müddetçe uygulanacağını ve fakat çalışma konumuz olan hastaneye kabul sözleşmesine vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması sebebiyle ve vekâlet sözleşmesinden doğan alacakların da TBK md.

<sup>34</sup> Örneğin; A bozuk bulunan kalorifer tesisatının onarılması için B ile anlaşmış, B de tesisatın onarılmasını yardımcısı C’ye bırakmıştır. C tesisatı onarıırken kazanın patlamasına sebep olmuş ve patlama sonucunda kazan tahrip olmuş, o sırada yoldan geçmekte olan D de yaralanmıştır. Bu olayda B, (C’nin fiili nedeniyle) D’ye karşı TBK 66’ya, sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu A’ya karşı TBK 116’ya göre sorumludur. Ancak bu örnekte de olduğu gibi ‘sözleşmeye aykırı davranış’, aynı zamanda ‘haksız fiil’ niteliğindeyse, zarar gören şahıs (örnekte A) zararın ödenmesini, ister 116., isterse de 66. Maddeye dayanarak başkasını çalıştırandan isteyebilir., Bkz., Reisoğlu, **a.g.e.**, s.365,366; Benzer örnekler için bkz., Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, **C.II.**, s.141, 142; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 651.

<sup>35</sup> Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, **C. II.**, s.142; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.902-903.

<sup>36</sup> Karaca, **a.g.m.**, s.57.

<sup>37</sup> Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, **C. II.**, s. 142.

<sup>38</sup> Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, **C. II.**, s.142.

147/f.1-5. bent uyarınca 5 yıllık zaman aşımı süresine tabi olduğunu önemle belirtmek gerekmektedir<sup>39</sup>.)

Tazminat talebinin hangi hükme dayandırılmasının zarar görenin menfaatine olacağı peşinen karar verilebilecek bir konu olmayıp en sağlıklı sonuca somut olayın şartlarını değerlendirmek suretiyle varılabilecektir. Nitekim haksız fiile ilişkin 2 yıllık zamanaşımı süresini kaçıran biri için TBK md.116'a başvurmak daha lehe iken, TBK md.72/f.1/c.2'de belirtilen haksız fiilin aynı zamanda suç oluşturduğu ve bunun da 10 yıldan daha uzun ceza zamanaşımı öngördüğü hallerde bu uzun süre uygulanacağından TBK md.66'ya gitmek zarar gören için daha avantajlı olacaktır. Yine aynı şekilde, 66. maddeye göre adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirebileceği bir halde 116. maddeye dayanmak daha lehe sonuç doğuracaktır.

Konuya ilişkin son olarak TBK md.60'a da değinmek gerekir. Buna göre, bir kişinin sorumluluğu yukarıda bahsettiğimiz gibi birden fazla sebebe (TBK md.116 ile TBK md.66'ya) dayanabiliyorsa ve zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, hâkim zarar görene en iyi giderim imkânını sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

#### **4-Borçlu, borç yardımcı kişi yerine bizzat kendisi tarafından ifa edilse ve zarar verici davranışta bizzat bulunsa idi, sorumlu tutulabilecek olmalıdır.**

Borçlunun, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarardan sorumlu olması için kendisinin veya yardımcısının kusurunun gerekli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.

a) Bazı yazarlara göre, borçlunun alacaklıya verdiği zarardan sorumlu olabilmesi için, yardımcı kişinin kusurlu olması gerekir; zira borçlu borcu bizzat ifa etmiş olsaydı, meydana gelen zarardan ancak kusurlu olduğu takdirde sorumlu olacak idiyse, kullandığı yardımcı kişinin verdiği zarardan sorumlu olabilmesi için de yardımcının bu zarara kusuruyla sebep olması gerekir<sup>40</sup>. Buna göre, yardımcı kişi kusurlu değilse meydana gelen zarardan borçluyu sorumlu tutmak hakkaniyete

---

<sup>39</sup> Bkz: Bölüm IV.

<sup>40</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1081; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.365-366; Tandoğan, **a.g.e.**, s.443.

aykırıdır ve bu nedenle borçlu yardımcısının kusursuz olduğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir<sup>41</sup>.

b) Diğer bir görüşe göre<sup>42</sup>, borçlunun yardımcı kişinin vermiş olduğu zarardan sorumlu olabilmesi için ne kendisinin ne de yardımcısının kusurlu olması gerekir<sup>43</sup>. TBK md.116/f.1'de sorumluluğun doğması için borçlu veya yardımcısının kusurundan söz etmediği için, herhangi bir kusur şartı aranmadan yardımcının borcu ifa ederken alacaklıya zarar vermesi, borçlunun sorumlu olması için yetecektir<sup>44</sup>. Ayrıca borçlu yardımcı kişi kullanmakla ondan yararlandığı için, onun verdiği zararlardan sorumlu olması hakkaniyet ilkesine, nimet külfet dengesine uygun düşer<sup>45</sup>.

c) Bu konuda savunulan bir diğer görüş<sup>46</sup>, doktrin ile uygulamadaki hakim görüşü oluşturmaktadır ki bizimde katıldığımız bu görüşe göre, borçlunun yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olabilmesi için ne kendisinin ne de yardımcısının gerçek kusuruna ihtiyaç vardır<sup>47</sup>. Burada sorumluluk borçlunun farazi kusuruna dayanır ve yardımcı kişinin zarar verici davranışını bizzat borçlu yapmış olsaydı, bu davranış onun için kusurlu sayılacak idiyse, borçlunun farazi kusuru gerçekleşmiş olur<sup>48</sup>. Buna karşılık borçlu, yardımcı kişinin davranışında bulursa idi, bu onun için kusurlu bir davranış sayılmayacak idiyse, bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir<sup>49</sup>.

---

<sup>41</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1081; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.365-366.

<sup>42</sup> Akman, **a.g.t.**, s.74. Anılan yazar bu görüşün savunucularındandır.

<sup>43</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1081 vd.; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.365-366; Tandoğan, **a.g.e.**, s.444.

<sup>44</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1081 vd.; Tandoğan, **a.g.e.**, s.444.

<sup>45</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1081, 1082.

<sup>46</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1082 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,C.III: İfa , İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, s.22; Nomer, **Genel Hükümler**, s.319; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I**, s.436-438; Tandoğan, **a.g.e.**, s.444; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.898; Haluk Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1996, s.79. Anılan yazarlar bu görüşün savunucuları arasında yer almaktadır.

<sup>47</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1082; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, **a.g.e.**, s.22; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.898.

<sup>48</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1082.

<sup>49</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1082; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I**, s.436; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.366; Tandoğan, **a.g.e.**, s.444-445.

Örneğin; tranfüzyon sonucunda hastanın hayatını kaybetmesinde, ölüm sonucuna cross yapılmayarak yanlış tranfüzyon yapılması sebep olmuşsa bu durumda, hekim müdahaleyi bizzat kendisinin yapmış olması halinde de aynı sonucun doğacağını iddia edemeyeceğinden TBK md.116'ya göre sorumlu olmaktan kurtulamayacaktır. Ancak ölüm olayına yukarıda belirttiğimiz gibi malpraktis değil de komplikasyon yol açmışsa, başka bir deyişle hasta, vücudunun tranfüzyonu kabul etmemesi sonucu hayatını kaybetmişse bu müdahale hekim tarafından bizzat yapılsaydı dahi aynı sonuç doğacağından TBK md. 116 sorumluluğu doğmayacaktır.

Bu görüş, yardımcı kişinin davranışı borçlunun davranışı olsaydı, bunun ona kusur olarak yükletilip yükletilemeyeceği varsayımına dayandığı için, yardımcı kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmaması önem taşımaz<sup>50</sup>. Yani, yardımcı kişi ayırt etme gücüne sahip olmasa bile, borçlu onun davranışında bulunsaydı, böyle bir davranış şekli borçlu yönünden kusurlu sayılacak idiyse, borçlu meydana gelen zarardan sorumlu olur. Görüldüğü gibi yardımcı kişinin verdiği zararda borçlunun gerçek anlamda bir kusuru bulunmasa dahi, o, bu zarardan sorumlu olduğu için, TBK md.116 borçlunun kusuruna bağlı bir sorumluluk hali değildir<sup>51</sup>.

Borçlu işi kendisi yapsaydı sorumlu olmayacağı bir davranıştan, sırf yardımcı kişiye başvurdu diye sorumlu tutulmamakta; ancak diğer taraftan da yardımcının borçludan daha az bilgi ve beceriye sahip olması veya ayırt etme gücünün olmamasının riski alacaklıya yükletilemeyeceğinden bu görüş hem alacaklının hem de borçlunun menfaatlerini koruduğu için hakkaniyete daha uygundur<sup>52</sup>.

Bu görüşle ilgili son olarak şuna da dikkat etmek gerekir; yardımcıyı kusursuz kılan olaylar borçlunun başına gelseydi onun kusursuz olup olmayacağı araştırılmayacak, sadece borç bizzat borçlu tarafından ifa edilseydi zarar verici olayın

<sup>50</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1082; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.436; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.364; Tandoğan, **a.g.e.**, s.445.

<sup>51</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1083; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.436; Kusursuz sorumluluk hallerinin kanunda sınırlı sayıda sayılmış olması ve TBK md.116' da kusurdan hiç bahsetmediği gerekçesiyle buradaki sorumluluğun kusura dayandığını savunan karşıt görüş için bkz: Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.649.

<sup>52</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.1082; Tandoğan, **a.g.e.**, s.446.

borçlu için bir kusur teşkil edip etmeyeceği göz önünde bulundurulacağından borçlunun da önleyemeyeceği bir olaydan, bir kazadan veya mücbir sebepten ileri gelen zarar borçlunun sorumluluğuna yol açmayacaktır<sup>53</sup>.

**5-Yardımcı kişilerin fiilinden borçlunun sorumluluğunu kaldıran veya daraltan bir anlaşma bulunmamalıdır.**

Sorumsuzluk anlaşması konusunda genel kural TBK md.115'te düzenlenmekle birlikte, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğun kaldırılması veya azaltılması amacıyla akdedilen sorumsuzluk anlaşması özel olarak TBK md.116/ f.2 ve f.3'te düzenlenmiştir

TBK md.116/f.2 yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir, diyerek borçlunun ağır kusurundan doğan sorumluluğunu bertaraf edecek şekilde sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasına izin vermek suretiyle TBK md.115'ten farklı bir düzenleme getirmiştir. Yani TBK md.115'e göre borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin olarak yapacağı sorumsuzluk anlaşması kesin olarak hükümsüz iken; TBK md.116/f.2'ye göre borçlunun yardımcı kişilerin ağır kusurlu fiillerinden sorumlu olmayacağını kararlaştırdığı bu tarz anlaşmalar geçerli olacaktır. Borçlunun, borcunun ifasını yardımcısına bırakması halinde, başkasının eylemlerinden sorumluluğu söz konusu olduğu için ve bir kimsenin kendi ağır kusurundan dolayı sorumlu olmayacağını alacaklıya kabul ettirmesi ile başkasının ağır kusurundan dolayı sorumlu olmayacağını kabul ettirmesi farklı şeyler<sup>54</sup> olmasından dolayı iki düzenleme arasında bu şekilde değişikliğe gidilmiştir.

TBK md.116/f.3'te belirtildiği şekilde, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Bu maddede sayılan bir iş kapsamında kullanılan yardımcı kişilere ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları bakımından f.2'de

<sup>53</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.899.

<sup>54</sup> Akman, **a.g.t.**, s.75; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.659.

belirtilen genel kural uygulanmayıp kusurun derecesine bakılmaksızın kesin olarak hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur. Halbuki TBK md.116/f.3'e karşılık gelen 818 sayılı BK'nın md.100/f.3'te ise bu sözleşme sadece ağır kusur bakımından hükümsüz sayılmış, hafif kusura ilişkin böyle bir sözleşme yapmaya izin verilmişti.

TBK md.115/f.2'de 'hizmet sözleşmesi' bakımından getirilen düzenlemeye BK md.100/f.3'ten farklı olarak TBK md.116/f.3'te yer verilmemiştir. Dolayısıyla yeni düzenleme ile söz konusu durumlarda yardımcı kişilerin ağır veya hafif kusurlarının olduğu fiillerden doğan sorumluluğuna ilişkin yapılan anlaşmaların geçerli olması gerekecektir<sup>55</sup>. Ancak Adalet Komisyonu raporuna baktığımızda, yukarıda belirttiğimiz genel kural olan TBK md.116/f.2'nin uygulanmasının amaçlanmadığı, yeni düzenlemede eskisinden farklı olarak bu hükme yer verilmemesinin sebebi olarak TBK md.115/f.2'nin yardımcı kişilerin fiillerini de kapsayacak şekilde bu konuda yapılan 'her türlü sözleşme' için uygulanacak olması görülür<sup>56</sup>. O halde alacaklı ile borçlu arasında hizmet sözleşmesi varsa yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olunamayacağına ilişkin olarak yapılan sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüz olacaktır.

Tıbbi müdahale hizmetleri uzmanlığı gerektiren bir meslek faaliyeti olduğundan ve sadece yetkili kişilerce yürütülebildiğinden bu konuda sorumsuzluk anlaşması yapılarak yardımcı kişinin fiili sebebiyle sorumluluktan kurtulmak TBK md.116/f.3 hükmü gereğince mümkün değildir.

### III-GENEL DEĞERLENDİRME

Çalışmamızın üçüncü bölümünde özel hastane işleticisinin yardımcı kişinin fiilinden kaynaklanan sorumluluğu (TBK md.116) inceleme konusu yapılmış ve sorumluluğun süjesi ve sorumluluğun şartlarına yer verilmek suretiyle konu açıklanmıştır. Şöyle ki;

---

<sup>55</sup> Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.660-661; Vedat Buz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2012, ('**Sempozyum**'), s.173.

<sup>56</sup> Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.661; Buz, **Sempozyum**, s.174; Bu konudaki eleştiriler için bkz: Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.662-663; Buz, **Sempozyum**, s.174.



Yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğun doğabilmesi için, borcun ifasında veya borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasında yardımcı kişinin kullanılması, yardımcı kişi kullanılmasının borca aykırı olmaması, yardımcı kişinin borca aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermesi, borçlunun borç yardımcı kişi yerine bizzat kendisi tarafından ifa edilse ve zarar verici davranışta bulunsa idi sorumlu tutulabilecek olması ve yardımcı kişinin fiilinden borçlunun sorumluluğunu kaldıran veya daraltan bir anlaşmanın olmaması gerekmektedir.

Hekimlik sözleşmesi olmadan yapılan hastaneye tam kabul sözleşmesinde tüm edimler hastane işleticisi tarafından borçlanıldığından burada gerçekleşen sözleşmeye aykırılıklar yardımcı kişi konumundaki hekim veya diğer çalışanlar tarafından gerçekleştirilmişse ve TBK md.116'nın diğer şartları da bulunuyorsa hastane işleticisi TBK md. 116 hükmüne göre sorumlu olmaktadır.

Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinde tıbbi müdahale ediminde gerçekleşen sözleşmeye aykırılıklardan hem hastane işleticisi hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde hem de hekim hekimlik sözleşmesi kapsamında TBK md.112'ye göre sorumlu olmaktadır. Bahsi geçen hallerde hekim, tıbbi müdahale edimini ifa ederken hekimlik sözleşmesi kapsamında bizzat borçlu olarak hareket etse de hastaneye kabul sözleşmesi açısından hastane işleticisinin yardımcı kişisi konumundadır. Dolayısıyla bu edimin gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi halinde hastane işleticisi, yardımcı kişi konumundaki hekimin fiilinden TBK md.116'ya göre de sorumlu olmaktadır. Tıbbi müdahale edimi dışındaki bakım, yeme-içme vb. edimler ise sadece hastane işleticisi tarafından borçlanıldığından bunların gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi yardımcı kişinin fiilinden kaynaklanıyorsa yine hastane işleticisi TBK md.116'ya göre sorumlu olacaktır.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde ise, tıbbi müdahale edimi hekimlik sözleşmesi kapsamında sadece hekim tarafından borçlanıldığından, sözleşmeye aykırılık halinde hekimin TBK md.112'ye göre sorumluluğu söz konusu olmakla birlikte tıbbi müdahale edimini ifa eden hekim, hemşire, hasta bakıcı gibi başka sağlık personellerinden yararlanmış ve sözleşmeye aykırılık da bu kişilerin fiillerinden kaynaklanmışsa TBK md.116'ya göre de sorumlu olmaktadır. Tıbbi

müdahale dışındaki edimlere aykırılık halinde ise, bu edimler hastane işleticisi tarafından borçlanıldığından hastane işleticisinin bu edimleri gereği gibi veya hiç ifa etmemesi yardımcı kişinin davranışından kaynaklanıyorsa TBK md.116 sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu kaldıran veya azaltan sorumsuzluk anlaşmalarının yapılıp yapılamayacağı da inceleme konusu yapılmıştır. Tıbbi müdahalede bulunma edimi tıp mesleği çerçevesinde yürütülen bir faaliyet olduğundan hastane işleticisi ve/veya hekimin TBK md. 116/f.3 hükmü gereğince yararlandığı yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumsuzluk anlaşması yapmak suretiyle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİNİN HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞUNUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

#### I-GENEL OLARAK

Özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesini gereği gibi veya hiç ifa etmemesi halinde hastanın ve/veya yakınlarının başvurabileceği üç imkân bulunmaktadır. Bunlar aynen ifa, tazminat davası ve sözleşmeden dönmedir. Bu başlık altında hastaneye kabul sözleşmesine aykırılık halinde hastanın ve/veya yakınlarının sahip olduğu bu imkânlar inceleme konusu yapılacaktır.

#### II-AYNEN İFAYI TALEP

İfası mümkün olan bir muaccel borcun alacaklısı, borcu ifa etmeyen borçluya karşı açacağı bir dava (ifa davası) ile borcun aynen ifasını talep edebilir<sup>1</sup>. İfa davası, muaccel ve ifa edilebilir her türlü edimi kapsamaktadır<sup>2</sup>.

Özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesi ile üstlendiği edimi yerine getirmediği hallerde, şartlarının bulunması durumunda hasta veya temsilcisinin kural olarak ifa davası açma hakkı bulunmaktadır. Örneğin, burun ameliyatı olacak hastanın, özel hastane işleticisinin edimini ifa etmemesi nedeniyle kararlaştırılan tarihte ameliyat olamaması halinde, hasta sözleşmenin ifa edilmesi için özel hastane işleticisine karşı ifa davası açabilecektir.

Ancak taraflar arasındaki sözleşmenin tıp hukuku alanında akdedilmiş ve hastanın sağlığı açısından zamanın son derece önemli olması sebebiyle ifa davası açmak kimi zaman şartların oluşmamasından ötürü mümkün olmamakta, kimi zaman da hasta açısından zaman kaybı olarak değerlendirildiğinden bu yola başvurulmamaktadır. Yukarıdaki örnek üzerinden gidilecek olursa, hastanın başka bir zamanda burun ameliyatı olması mümkün olduğundan ifa davası açılabileceğine

<sup>1</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.1029; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.383; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.346.

<sup>2</sup> Eren, **Özel Hükümler**, s.1029; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.383.

kuşku duyulmamaktadır. Ancak hastanın ifa davası yoluyla hastane işleticisinin edimini ifa etmesini sağlaması, hastanın tedavisi açısından zaman kaybına yol açacağından uygulamada genellikle hastaların bu yolu tercih etmediği, diğer haklarını kullandığı gözlenmektedir.

### **III-TAZMİNAT DAVASI**

#### **A-GENEL OLARAK**

Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmeleri açısından meydana gelen sözleşmeye aykırılık halleri ve yahut sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışlar tazminat borcunun doğmasına yol açmaktır. Bu sözleşmeler bakımından borca aykırılığın ve dolayısıyla da tazminat talebinin iki farklı hükme dayandırılabilceğini ve bunlardan birinin borca aykırılığın genel olarak düzenlendiği TBK md.112, diğerinin de yardımcı kişinin fiilinin düzenlendiği TBK md.116 olduğunu yukarıda açıklamıştık<sup>3</sup>.

TBK md.112 ‘Borç hiç ya da gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.’ hükmüyle tazminat davasının şartlarını genel olarak düzenlemiştir. Bu maddeye göre tazminatın söz konusu olabilmesi için her şeyden önce borçlunun kusurlu olması gerekmektedir. Ancak kusur bakımından alacaklı lehine bir karine öngörülmüştür. Bu karineye göre, borçlu kusurlu kabul edilmiş ve kusursuzluğunu ispat etmediği müddetçe borçluya tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Tazminata hükmedilebilmesi için kusur dışında, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olması, alacaklının zarara uğraması ve bu ikisi arasında uygun nedensellik bağının olması da aranmıştır<sup>4</sup>.

Sorumluluğun TBK md.116’ya dayandırıldığı hallerde de tazminatın hesaplanmasının TBK md.112’deki şartlara göre olacağını, sadece kusur şartında farklılık olacağını yukarıda belirtmiştik<sup>5</sup>. Buna göre borçlunun sorumlu olabilmesi

---

<sup>3</sup> Bkz: II. Bölüm.

<sup>4</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: II. Ve III. Bölüm.

<sup>5</sup> Bkz: III. Bölüm-Yardımcı kişinin fiilinden kaynaklanan sorumluluk.

için ne kendisinin ne de yardımcısının kusuru gerekir. Nasıl borç bizzat borçlu tarafından ifa edilse idi, zarara yol açan fiilde borçlu kusurlu sayılmayacak ve sorumlu olmayacak idiyse, sırf bir yardımcıya başvurdu diye sorumlu tutulması için de bir sebep olmadığından borçlu bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Sözleşmeye aykırılık sebebiyle sorumluluğun doğduğu hallerde zarara uğrayan hasta veya ölümü halinde yakınları, yukarıda anılan hükümlere dayanarak uğradığı maddi ve manevi zararların tazminini talep edebilecektir. Tazminat hesabı ise her bir halde TBK md.51 vd. hükümlerine göre yapılacaktır. TBK md. 51 vd. maddeleri her ne kadar tazminata dair haksız fiile ilişkin düzenlemeler olsa da, TBK md.114/f.2'nin atfıyla bu hükümler kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulama alanı bulacaktır.

Tazminat davalarında zararın belirlenmesi oldukça önem arz etmektedir. Nitekim tazminat miktarının belirlenmesi ancak zararın miktarının tespiti ile mümkün olabilir. Tazminat miktarı ise, zararla sınırlı olup hiçbir şekilde zarar miktarını geçemez<sup>6</sup>. Bu başlık altında tazminat talebinde bulunan hasta veya ölümü halinde yakınlarının maddi ve manevi zararlarının ne şekilde tezahür edebileceği üzerinde durulacaktır.

## **B-MADDİ TAZMİNAT**

### **1-Maddi tazminatta zararın kapsamı**

Hastane işleticisi ve/veya hekimden sözleşmenin ihlali sebebiyle tazminat istenebilmesi için her şeyden önce zararın oluşması gerekmektedir. Hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmeleri çerçevesinde meydana gelen zarar ise, cismani zarar olabileceği gibi ölüm sebebiyle uğranılan zararlar da olabilmektedir. Bu nedenle tazminatın kapsamı belirlenirken açıklamalarımız sadece cismani ve ölüm halinde uğranılan zararlara ilişkin olacak, konumuzla ilgisi olmadığından 'bir malın telef olması veya hasara uğraması' şeklinde meydana gelen maddi zararlara yer verilmeyecektir.

---

<sup>6</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.724; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II.**, s.84; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.216; Nomer, **Genel Hükümler**, s.221..

Maddi zarar kalemleri TBK md. 53 vd. da özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre tıbbi müdahaleden doğan maddi zararlar hastanın sağ olup olmamasına göre bedensel zarar ve ölüm halinde uğranılan zarar olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bedensel zararlar da TBK md. 54'te belirtildiği üzere tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar vb. şekildedir. Ölüm halinde uğranılan zararlar ise TBK md. 53'te belirtildiği üzere ölümün hemen gerçekleşmesi veya daha sonra vuku bulması halinde değişiklik göstermektedir. Nitekim ölüm hemen gerçekleşmişse zarar, cenaze giderleri ve destekten yoksun kalınması sebebiyle ilgililerin uğradığı kayıplardan oluşmakta iken, ölümün hemen gerçekleşmemesi halinde bu zarar kalemlerine tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar da girmektedir.

Tazminat talebinde bulunacak kişi ise vücut bütünlüğünün ihlali halinde ilgilinin kendisi iken, ölüm halinde ölenin yakınlarıdır. Bu başlık altında maddi tazminat olarak hasta ile ölenin yakınlarının hangi taleplerde bulunabileceği üzerinde durulacaktır.

## **2-Maddi tazminatta zarar çeşitleri**

### **a-Bedensel Zarar**

#### **(1)-Bedensel bütünlüğün ihlali halinde zararın kapsamı (Bedensel Zarar)**

Zarar görenin vücut veya ruh bütünlüğünün maddi veya manevi bir zarar görecektir şekilde bozulmasına 'bedensel bütünlüğün ihlali'<sup>7</sup>, bu ihlal sebebiyle meydana gelen ekonomik kayıplara, maddi ve manevi eksilmelere de 'bedensel (cismani) zarar'<sup>8</sup> denir.

Beden bütünlüğünün ihlali halindeki zararın kapsamına, beden bütünlüğünü eski hale getirmeye yani iyileştirmeyi sağlamaya veya hastalık ya da sakatlığın

<sup>7</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.744; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s.92; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.225; Topuz, **a.g.e.**, s.307 vd.

<sup>8</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.745; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s.92; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.225; Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.229, Mustafa Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014, s.145.

artmasını önlemeye yönelik olarak yapılan masraflar ile hastanın söz konusu tıbbi müdahale sebebiyle uğradığı diğer zararlar girer.

Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmeleri kapsamında bedensel zararlar, hastanın geçirdiği operasyon sonucunda vücudunda kalıcı izlerin oluşması, operasyonun malpraktis nedeniyle başarılı olmaması ve bu sebeple başka operasyonların yapılmak zorunda kalınması ve tüm bu süreçte hastada psikolojik rahatsızlıkların ortaya çıkması vb. şekillerde karşımıza çıkabilir.

Bedensel bütünlüğünün ihlali halinde yukarıda belirttiğimiz üzere genel olarak hastalığın iyileştirilmesi ve eski haline getirilmesi için yapılan masraflar girmekle birlikte, bu hallerde özel olarak hangi tür zararların doğabileceği konusunda TBK md.54 özel hüküm getirmiştir. Hemen belirtmelidir ki bu maddede sayılan zarar kalemleri tahdidi olmayıp başlıca şu şekildedir; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır. Şimdi sırasıyla bu zarar kalemlerini açıklayacağız.

## **(2)-Bedensel zarar kalemleri**

### **i-Tedavi Giderleri**

Hastanın tıbbi müdahale ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan ve onun çalışma gücünü yeniden kazandırma amacını güden tüm tedavi giderlerinin karşılanması gerekir. Bu tedavi giderlerinin kapsamına ambulans, doktor, hastane, ilaç, ameliyat vb. gibi masraflar girdiği gibi hastaneye gelip gitme masrafları, devamlı bir kişinin yardımına muhtaç olmanın gerektirdiği masraflar da girer<sup>9</sup>.

Örneğin hastanın malpraktis sonucu sakat kalması ve yürüyememesi halinde, iyileştirilmesi için yapılan başka operasyonlar, bakıma muhtaç hale düşmesi sonucu sürekli olarak bakıcıdan yararlanması şeklinde tedavi masrafları doğmaktadır.

<sup>9</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.745-746; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II**, s.93; Tekinay/ Akman /Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s.603; Kıcıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.233; Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku**, s.148; Nomer, **Genel Hükümler**, s.211 vd.; Topuz, **a.g.e.**, s.311.

Tazmini gereken masraflar, ihlal ile uygun nedensellik bağı içerisinde bulunan ve halin şartlarına uygun olan masraflardır. Bu kapsamda tedavi giderleri, zarar görenin sosyal ve ekonomik durumuna uygun olmalıdır. Zarar gören bu giderleri bizzat yapmak zorunda olsaydı, nasıl bir hekim, hastane seçecek idiyse, bu halde de kendisine aynı imkân tanınmalıdır<sup>10</sup>. Anılan bu hallerde hastanın sosyo-ekonomik durumuna uygun bir şekilde tedavisinin üstlenilmesi gerekmektedir.

Tedavi masraflarının hesaplanacağı zaman dilimine ilişkin olarak belirtilmelidir ki, tedavi masrafları olarak sadece hüküm tarihine kadar yapılan masraflar hesaplanmamakta, tespiti mümkün olan gelecekteki (örneğin, ilaç, bakım, bakıcı vb. şekilde ileride yapılacağı muhakkak olan) masraflar da dikkate alınmaktadır<sup>11</sup>.

## **ii-Kazanç Kaybı (Çalışma Gücünün Geçici Olarak Kaybı)**

Bedensel bütünlüğü ihlal edilen kimse, bu nedenle tamamen veya kısmen çalışmama durumuna düşebileceği gibi bu durum geçici veya sürekli de olabilir. Bu başlık altında TBK sistematığına uygun olarak sadece geçici olarak çalışma gününün kaybından bahsedilecektir.

Hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmesi çerçevesinde yapılan tıbbi müdahale sonucu vücut bütünlüğü ihlal edilen hasta çalışma gücünü geçici olarak kaybetmiş ve hükümden önce de tamamen iyileşmişse, çalışma gücünün geçici kaybından doğan bu zarar; zarar görenin iyileşme anına kadar çalışmamasından doğan kazanç kaybından ibaret olacaktır<sup>12</sup>. Aynı zamanda bu zarar niteliği itibarıyla fiilen yoksun kalınan kar olup; geçici nitelikte ve geçmişe etkilidir<sup>13</sup>.

Örneğin hastanın ameliyat olması ve müşahede altında kaldığı zaman diliminde hastanede hijyen şartlarının sağlanmamasından dolayı enfeksiyon kapması

<sup>10</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.746; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s.604.

<sup>11</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, **C.II**, s.93; Topuz, **a.g.e.**, s.312.

<sup>12</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.747; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, **C.II**, s.94; Ömer Ekmekçi, 'Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları', **İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı: Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat**, İstanbul, 1996, s.96; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.226.

<sup>13</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.747.



sebebiyle normal şartlar altında yedi gün içinde iyileşmesi mümkün iken enfeksiyon kaynaklı olarak bu sürecin uzaması ve on gün kadar sonra çalışma gücünü kazanması halinde, hastanın kazanç kaybı enfeksiyon sebebiyle çalışamaması sebebiyle mahrum kaldığı kazanç miktarından ibarettir. Dikkat edilecek olursa burada hastanın zararı, ameliyat neticesinde iyileşmesi gereken normal süre için söz konusu olmamakta (yani yedi gün), malpraktis (enfeksiyon) nedeniyle normalden fazla bir süre çalışamaması (yani üç gün bakımından) şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Geçici iş göremezlik sonucunda uğranılan kazanç kaybının (yoksun kalınan karın) tespiti bakımından, ücretle çalışanlarda bunun kapsamına sadece ücret değil, yan ödemeler de girer<sup>14</sup>. Dolayısıyla davacının çalışsaydı yararlanabileceği ücret artışları da kazanç kaybı kapsamındadır. Bağımsız çalışanlar bakımından ise gelir kaybının hesabı biraz güçlük gösterebilir<sup>15</sup>. Gerçekten de bağımsız çalışanların bu sürede uğradığı maddi zararın tespitinde, kişinin çalışmasının şekli ve işyerine etkisi son derece önem arz eder. Nitekim kişinin tek başına çalıştığı işyeri ile birlikte çalışanların oluşturduğu işyeri bakımından zararın miktarı aynı olmayacaktır.

Henüz çalışma hayatına atılmamış veya çalışma yaşamının dışında bulunan kişiler bakımından geçici iş göremezlik kural olarak herhangi bir gelir kaybına yol açmasa da, çocuklar bakımından bu durum bazen okulun bitmesini ve doğal olarak da iş hayatına girmeyi geciktirebilir<sup>16</sup>. İşte bu gibi hallerde okulun uzamasının yol açtığı giderler ile kaybedilen zaman miktarında bir iş karşılığı ücretin teminat olarak kabul edilmesi gerekir<sup>17</sup>.

### **iii-Çalışma Gücünün Azalmasından ya da Yitirilmesinden (Sürekli iş göremezlikten) Doğan Kayıplar**

---

<sup>14</sup> Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II**, s.94.

<sup>15</sup> Ekmekçi, **a.g.m.**, s.96

<sup>16</sup> Ekmekçi, **a.g.m.**, s.97.

<sup>17</sup> Ekmekçi, **a.g.m.**, s.97.

Çalışma gücünün azalması (kısmi kaybı) veya yitirilmesi (tamamen kaybı) geçici olabileceği gibi sürekli de olabilir<sup>18</sup>. Örneğin hastada el, ayak, göz gibi uzuv kaybının olması çalışma gücünün sürekli olarak kaybını sonuçlandırabilir. Zarara uğrayan kişi çalışma gücünden devamlı olarak, tamamen veya kısmen yoksun kalmışsa, bu yüzden gelecekte uğrayacağı zararın hesap edilmesi gerekir. İşte bu nedenle tazminatın hesabında mağdurun iş görebilirlik süresinin uzunluğu ve çalışma gücü kaybı oranı önem taşır.

Sürekli iş göremezlik ister tam ister kısmi olsun geleceğe yönelik varsayımsal (farazi) bir zarar olarak hesaplanır<sup>19</sup>. Çalışma gücünün sürekli kaybından doğan zararın hesaplanmasına hastanın net geliri, iş göremezlik oranı, bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, karşılıklı kusur oranları vb. hususlar doğrudan etkili etmektedir<sup>20</sup>.

#### **iv-Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Soğan Kayıplar**

Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zarar, zarar gören kişinin çalışma gücünde bir azalma meydana gelmese dahi iş piyasasında yeni bir iş bulması veya eski işini korumakta güçlük çekmesi veya aynı işte çalışsa dahi ihlâlden öncesine nazaran daha çok emek sarf etmek zorunda kalması nedeniyle ortaya çıkan zararlardır<sup>21</sup>. Tıbbi müdahale sonucu hastanın uğradığı zarar ekonomik geleceğini zorlaştırmışsa bunun da tazmin edilmesi gerekmektedir.

Önemle belirtmek gerekmektedir ki, çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybedilmesi ekonomik geleceği sarssa da, bu zarar kalemi ile kastedilen çalışma gücünde bu şekilde bir kayıp olmaksızın ekonomik geleceğin sarsılması halidir. Örneğin, film ve tiyatro sanatçısı, model, manken, dansöz gibi görsel alanda her gün toplumla yüz yüze gelen kişilerin baş, yüz ve bacaklarında meydana gelen ciddi yara izlerinin onların çalışma gücünü azaltmasa bile mesleki yönden durumlarını

<sup>18</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.747; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II**, s.95, Reisoğlu, **a.g.e.**, s.225; Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.240; Topuz, **a.g.e.**, s.319.

<sup>19</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.747; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II**, s.95, Reisoğlu, **a.g.e.**, s.225.

<sup>20</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.747 vd.; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II**, s.95 vd., Reisoğlu, **a.g.e.**, s.225.

<sup>21</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.750; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II**, s.98; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.227; Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.256.

sarsacağından ekonomik geleceklerini tehlikeye düşürebilir<sup>22</sup>. Gerçekten de bir ses sanatçısının ya da bir artist ya da dansözün -örneğin geçirdiği burun ameliyat sonucunda burun tavanının çökmesi şeklinde- yüzünde kalıcı bir izin oluşması seslendirmenin, rolün ya da dansın icra edilmesine engel olmamasına rağmen iş bulmayı zorlaştırabilecek ve belki de imkânsız hale getireceğinden ekonomik geleceğın sarsılmasına yol açabilecektir. Diğer bir anlatımla, hastanın uğramış olduğu zarar çalışma gücünün kaybına yol açıyorsa bunu yukarıda açıkladığımız üzere talep edebilecektir<sup>23</sup>. Burada bahsedilen ise çalışma gücünde bir kayıp olmaksızın ekonomik geleceğın sarsılmasından doğan zararların da talep edilebileceğidir.

Ekonomik geleceğın sarsılmasından doğan zarar, zarar görenin ekonomik geleceğı sarsılmasaydı elde edeceği kazanç ile gelecekte elde edebileceğı kazanç arasındaki farktır<sup>24</sup>. Bu zararın hesaplanmasında çalışma süresi göz önünde bulundurulur ve zararın tespiti ancak TBK md.75'e göre belirlenebilir.

## **b-Ölüm Halinde Uğranılan Zararlar**

### **(1)-Ölüm hemen gerçekleşmişse**

#### **i-Cenaze Giderleri**

TBK md.53'te cenaze giderlerinin zarar kapsamında olduğu açıklanmış ise de, bu giderlerin neler olduğu belirtilmemiştir. Bu giderler, din adamlarına verilen paralar, taşıma, yıkama, kefenleme, tabut, mezarlık ücreti, ilan giderleri, otopsi, mezar yapımı, gömme, cenazeye katılanlara yemek verilmesi vb. şekilde

<sup>22</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.751; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II.**, s.98-99; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.227.

<sup>23</sup> Bkz: '*Çalışma Gücünün Azalmasından ya da Yitirilmesinden (Sürekli iş göremezlikten) Doğan Kayıplar*' başlığı.

<sup>24</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.750.

olabilmektedir<sup>25</sup>. Cenaze giderlerinin ölenin sosyal ve ekonomik durumuna uygun olması gerekmektedir<sup>26</sup>.

Cenaze giderlerini talep etme yetkisi bunu yapan kişiye aittir. Bu noktada talepte bulunanın mirasçı olması gerekmediği<sup>27</sup> gibi mirasçı olmasına bir engel de bulunmamaktadır<sup>28</sup>. Gerçekten de cenaze giderlerini ölenin mirasçıları (eşi veya çocukları) yapabileceği gibi mirasçılık sıfatını haiz olmayan kişiler (mirası reddeden eş veya çocuklar, kardeşler, anne-baba vb. kişiler) de yapabilmektedir.

## **ii-Ölenin Desteğinden Yoksun Kalınması Sebebiyle Uğranılan Zararlar (Destekten Yoksun Kalma Tazminatı)**

### **(a)-Destek kavramı**

Bir kimseye fiilen düzenli ve sürekli bakan ve olayların olağan akışına göre ona bu tarzda ileride bakması kuvvetle tahmin edilen kişiye ‘**destek**’ denir<sup>29</sup>.

Desteğin bu yardımı yapmaya hukuken mecbur olup olmaması desteğin varlığının kabulü açısından önem taşımadığı gibi, destek ile destek olunan kişilerin aynı ailenin bireyleri, kan hışmı veya birinin diğerinin mirasçısı olması da şart değildir<sup>30</sup>. Birinin bir başkasının desteği olup olmadığı hukuki bir ilişkiyi değil fiili duruma göre belirlenir<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.752; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II.**, s.99-100; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.221; Ekmekçi, **a.g.m.**, s.107; Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.272; Nomer, **Genel Hükümler**, s.219..

<sup>26</sup> Ekmekçi, **a.g.m.**, s.107; Eren, **Genel Hükümler**, s.752; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.221;.

<sup>27</sup> Karşı görüş için bkz: Eren, **Genel Hükümler**, s.752.

<sup>28</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz: Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II.**, s.100.

<sup>29</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.755; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II.**, s.101; Selahattin Sulhi Tekinay, **Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, 1993, İstanbul, s.12; Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.281; Nomer, **Genel Hükümler**, s.219; K. Emre Gökyayla, ‘Destekten Yoksun Kalma Tazminatı’ **Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II (Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan)**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, Birinci Basım, 2014, s.68.

<sup>30</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.753-754; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II.**, s.101, Tekinay, **a.g.e.**, s.16; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.221; Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.274; Nomer, **Genel Hükümler**, s.219; Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, s.68.

<sup>31</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.755; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II.**, s.101, Tekinay, **a.g.e.**, s.16; Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, s.69.

Desteğin öldükten sonra da devam edeceğinin kabul edilebilmesi için, yapılan yardımların sürekli ve düzenli bir nitelik taşıması gerekir<sup>3233</sup>. Yardımın sürekli ve düzenli sayılması için mutlaka belirli aralıklarla yapılması şart değildir. Fakat süreklilik arz etmesi söz konusu olmayan, hediye verme, geçici yardımda bulunma, destek olma durumu yaratmaz<sup>34</sup>. Yapılan yardımın, yardım görenin geçimini sağlayıcı veya geçimine katkıda bulunucu yardım olması gerekir. Desteğin geçimini sağlama veya geçimine katkıda bulunma, para verme tarzında olabileceği gibi bir kimseye hizmet görme tarzında da olabilir<sup>35</sup>. Kadının ücretsiz olarak kocasının işyerinde çalışması, ev masraflarının bir kısmını yüklenmesi ve hatta ev işlerini kendisi görerek kocasını hizmetçi masrafından kurtarması, sağladığı fayda nedeniyle kadını kocasına destek teşkil eder<sup>36</sup>.

#### (b)-Destekten yoksun kalma tazminatının hukuki niteliği

Destekten yoksun kalma tazminatı, desteğin gelir ve yardımından yoksun kalmaları nedeniyle tanınmış, destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, asli ve bağımsız bir talep hakkıdır<sup>37</sup>. Mirasçılık sıfatı ve miras hukuku ile bir ilgisi yoktur<sup>38</sup>. Çünkü bu hak mirasçılık sıfatından değil, eylemli olarak destek olanın ölümü nedeniyle onun yardımından yoksun kalma olgusundan kaynaklanmaktadır.

<sup>32</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.755; Kadir Emre Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı (Doktora Tezi)**, (tez.yok.gov.tr), 2004, Ankara, s.94; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II.**, s.102, Tekinay, **a.g.e.**, s.20; Nomer, **Genel Hükümler**, s.219; Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, s.69.

<sup>33</sup> **Yarg. HGK, E. 1979/4-1528, K. 1982/412, T. 21.4.1982**, '*Destek sayılabilmek için bakımın eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterlidir. Ölüm gününe kadar desteklik etmemiş olmakla beraber ilerde bakım gücüne kavuşarak bakımı yine eylemli ve düzenli olarak yerine getirmesi beklenen kimse de destek kabul edilir.*' (www.kazanci.com).

<sup>34</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.756; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II.**, s.102.

<sup>35</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.756; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II.**, s.102, Tekinay, **a.g.e.**, s.21; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.221-222.

<sup>36</sup> Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II.**, s.102-103, Tekinay, **a.g.e.**, s.21; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.222.

<sup>37</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.753; Gökyayla, **a.g.t.**, s.30; Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.277; Nomer, **Genel Hükümler**, s.219; Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, s.68.

<sup>38</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.753-754; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II.**, s.101; Gökyayla, **a.g.t.**, s.35; Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.281; Nomer, **Genel Hükümler**, s.219..

### **(c)-Destekten yoksun kalma zararının niteliği**

#### **(i)- Kazançtan yoksun kalmanın niteliği**

Destekten yoksun kalma zararı, destekten yoksun kalanların, desteğin sağlığında yaptığı ekonomik yardımlardan yoksun kalmaları nedeniyle oluşan maddi zarardır<sup>39</sup>. Bu zarar, destekten yoksun kalan kişilerin malvarlıklarının, ölüm sonucu mevcut durumda oluşan bir azalma, yani fiili zarar değil, ölen desteğin gelecekte yapacağı varsayılan destekliğine konu maddi artıştan yoksun bırakılmasıdır<sup>40</sup>. Bu nedenle, destekten yoksun kalma zararı, yoksun kalınan kazanç zararıdır.

#### **(ii)- Zararın yansıma zarar olması**

Ölenin desteğinden yoksun kalanların uğradıkları zararlar esas itibariyle yansıma zarar olmakla ve hukukumuzda yansıma zararın tazmin edilmeyeceği kural olarak kabul edilmekle birlikte, TBK md.53'ün bunu özel olarak düzenlemesi sebebiyle bu yansıma zararın tazmini talep edilebilmektedir.

### **(d)-Destek çeşitleri**

#### **(i)-Gerçek (fiili) destek**

Ölümün gerçekleştiği dönemde davacıya fiilen destek olana '**fiili destek**' veya '**gerçek destek**' denilir<sup>41</sup>. Bu destek, desteklenen kişinin geçimini kısmen veya tamamen sağlamak amacıyla yapılmalıdır. Şu kişiler gerçek destek kavramına girerler:

#### **(i/1)- Eşlerin birbirine destek olması**

MK md.186/f.3'e göre, eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmakla yükümlüdür. Eşlerden birinin ölümü diğerinin doğal olarak bu destekten mahrum kalmasına yol açmaktadır. Ülkemizde genelde kadınlar

<sup>39</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.755; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II**, s.101; Tekinay, **a.g.e.**, s.12.

<sup>40</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.755 vd.; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II**, s.101 vd.; Tekinay, **a.g.e.**, s.12.

<sup>41</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.755; Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II**, s.103; Gökyayla, **a.g.t.**, s.88; Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.282; Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, s.70.

ev hanımı olup emekleriyle, erkekler ise çalışarak evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Bu yüzden kocanın ölümü -kadın ev hanımı olmasa bile-çoğu zaman kadının hayat seviyesini olumsuz etkilemekte ve onu desteğe muhtaç duruma düşürmektedir. Kadın da gerek çalışmak suretiyle gerekse ev hanımı olup ev hizmetlerini görüp çocuklarla ilgilenmesi bakımından kocanın desteği sayılır. Karı-kocanın birbirinin desteği olması, ayrılık kararı olsa bile evlilik birliği süresince devam eder. Eşlerin birbirine bakma yükümlülüğü evlilik süresince devam ettiğinden destek ilişkisi, boşanma hükmünün kesinleştiği tarihte son bulur.

### **(i/2)-Çocukların anne-babasına destek olması**

Kazanç ve gelir sahibi olan çalışma çağındaki çocuklar, anne ve babasının gerçek desteği olabilir<sup>42</sup>. Gerçekten de ölümü anında kazanç sahibi olan ve anne ve babasına maddi açıdan yardım eden çocuklar, anne-babanın gerçek desteği olabilir.

### **(i/3)-Anne-babanın çocuklarına destek olması**

Anne ve baba ile çocuk arasındaki desteklik ilişkisi hukuki bir ilişkinin bulunmasına bağlı değildir. Bu nedenle anne ve baba evlilik birliği içinde doğan çocukları gibi, evlilik dışı çocuklarına da destek olabilir<sup>43</sup>.

Ayrıca MK md. 185/f.2 gereğince anne ve baba çocuklarının bakım, eğitim ve gözetimi ile yükümlüdürler. Çocukların kural olarak ergin olana kadar tazminat isteme hakları bulunmakla birlikte ülkemizin ekonomik koşulları ve aile ve sosyal yapısı gereğince yüksek öğrenimleri devam ettikçe çocukların anne ve babalarının yardımlarına muhtaç olduğu ve dolayısıyla da tazminat isteyebileceğinin kabulü gerekmektedir<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.757.

<sup>43</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.757.

<sup>44</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz: Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.284.

#### **(i/4)-Kardeşlerin birbirine destek olması**

Kardeşlerin birbirine destek olması mümkündür. Ancak kardeşin gerçek destek varlığından söz edebilmek için, gelir ve kazanç sahibi olması ve desteklik ilişkisinin ispat edilmesi gerekir<sup>45</sup>.

#### **(ii)-Varsayılan (Farazi) destek**

Öldüğü dönemde destek olma şartlarını sağlamamasına rağmen, ölmese idi ileride büyük ihtimalle davacıya destek sağlaması beklenen kimseye ‘**müstakbel (gelecekteki) destek**’ veya ‘**farazi (varsayımsal destek)**’ denilmektedir<sup>46</sup>. Görüldüğü gibi destekten bahsedebilmek için ölenin mutlaka ölüm zamanında bir kimseye bakıyor olması gerekmektedir.

Müstakbel destekten yoksun kalanların TBK md.53/b.3’ten yararlanacağına, fakat hâkimin bunların dava haklarını kabulde ve zararlarının belirlenmesinde takdir yetkisini kullanırken hükmün uygulama alanını dar tutması gerektiğine dikkat çekilmektedir<sup>47</sup>.

Farazi desteğe örnek olarak küçük yaşta ölen çocukların anne-babasına destek olması gösterilebilir<sup>48</sup>.

#### **(e)-Destekte bakım gücünün bulunması ve destekten yoksun kalanın bakım ihtiyacının bulunması**

##### **(i)-Bakım gücü**

Bakım gücü, desteğin ölmeydi elde etme olasılığı olan gelirlerin toplamıdır. Desteğin gelir ve kazancı, fiilen ve düzenli bir bakımı gerçekleştirecek miktarda olması gerekir. Tıbbi müdahale sonucu ölen hastanın gelir ve kazancının, desteği

<sup>45</sup> Eren **Genel Hükümler**, s.757.

<sup>46</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.758; Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II.**, s.103; Gökyayla, **a.g.t.**, s.88-89; Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.282; Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, s.71.

<sup>47</sup> Oğuzman/ Öz, **a.g.e., C.II.**, s.103.

<sup>48</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.757; Tekinay, **a.g.e.**, s.29; Nomer, **Genel Hükümler**, s.219.



olduğu kişinin tüm ihtiyaçlarını karşılayacak miktarda olması gerekmekte, bir kısmını karşılayacak bakım gücünün olması yeterli görülmektedir.

### **(ii)-Bakım ihtiyaı**

Destekten yoksun kaldığını iddia edenlerin, ölen hastanın yardımlarına muhtaç olması gerekir. Desteğin yardımı olmaksızın sosyal seviyesine uygun şekilde geçimini sağlayamayacak kişi, bakım ihtiyaı içinde sayılır<sup>49</sup>. Bu nedenle destekten yoksun kalanların mutlaka yoksulluk içine düşmeleri gerekli değildir.

Destekten yoksun kalanın bakım ihtiyaı, gelir elde etme, ölüm ve evlenme gibi nedenlerle kalkacağından ve doğal olarak desteklik ilişkisi de sona ereceğinden, bakım ihtiyaı olan kişinin zararı desteğin ölümü ile bakım ihtiyaının sona ereceği muhtemel zamana göre hesaplanır.

### **(f)-Zararın hesaplanmasında göz önünde bulundurulacak faktörler**

Destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken desteğin ekonomik (gelir) durumu, destek olduğu kişilere yapmış olduğu yardım miktarı, desteğin lmeseydi yardım edeceği süre (destek süresi) gibi hususlar göz önünde bulundurulur.

## **(2)-ölüm hemen gerçekleşmemişse**

**i-Tedavi giderleri ve çalışma gücünün azalmasından ya da yürütülmesinden doğan kayıplar**

### **(a)-Tedavi giderleri**

Ölüm hemen gerçekleşmemiş, olayla ölümün gerçekleştiği tarih arasında tedavi giderleri yapılmışsa, iyileşme için yapılan bu giderler ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpların da tazmin edilmesi gerekir (TBK md.53).

---

<sup>49</sup> Eren, **Genel Hükümler**, s.759; Oğuzman/z, **a.g.e., C.II.**, s.105; Gökyayla, **a.g.t.**, s.126; Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, s.73.

Örneğin hasta malpraktis nedeniyle çeşitli operasyonlar geçirmiş, günlerce yoğun bakımda kalmış ve daha sonra ölmüşse, ölüm anına kadar yapılan bu masrafların da tazmini talep edilebilecektir.

#### **(b)-Çalışma gücünün azalması veya kaybedilmesinden doğan kayıplar**

Hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmesi çerçevesinde yapılan tıbbi müdahale sonucu hasta, söz konusu müdahaleden bir süre sonra ölürse, olay ile ölüm tarihi arasındaki dönemde, geçici veya sürekli iş göremezlik nedeniyle gelir kaybına uğrar. İşte uğranılan bu zararının da tazmin edilmesi gerekir.

#### **ii-Cenaze Giderleri**

Bu konu ile ilgili açıklamalarımıza yukarıda<sup>50</sup> yer vermiş olduğumuzdan burada tekrardan kaçınmak amacıyla atıf yapmakla yetiniyoruz.

#### **iii-Ölenin Desteğinden Yoksun Kalınması Sebebiyle Uğranılan Zararlar (Destekten Yoksun Kalma Tazminatı)**

Bu konu ile ilgili açıklamalarımıza yukarıda<sup>51</sup> yer vermiş olduğumuzdan burada tekrardan kaçınmak amacıyla atıf yapmakla yetiniyoruz.

### **3-TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ**

Hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmeleri çerçevesinde zarara uğrayan hasta veya ölümü halinde yakınları TBK md. 50/f.1'e göre, zararını ispat yükü altındadır. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

Tazminatın belirlenmesi TBK md. 51 vd. maddelerine göre olmaktadır. TBK md.51'e göre, hâkim tazminatın ağırlığını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

---

<sup>50</sup> Bkz: IV. Bölüm.

<sup>51</sup> Bkz: IV. Bölüm.

TBK md.52'ye göre de, zarar gören zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. O halde, hastaneye kabul veya hekimlik sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen (örneğin; hastanın hastalığıyla ilgili gerekli bilgi ve belgeleri vermemesi, hekimin talimat ve tavsiyelerine uymaması vb. hallerde), riskli olduğu belirtilen müdahalelere rıza veren veya kendisinden kaynaklı sebepler vb. şekillerde zarara uğrayan hastanın tazminat talebi değerlendirilirken, TBK md.52'ye göre hâkim tazminatta indirim yapabileceği gibi tazminatı tamamen kaldırabilir.

Son olarak belirtilmelidir ki, TBK md.55/f.1'e göre 'Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılmaz.'

Anılan maddede 'Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılmaz.' denilmesinin nedeni TBK md.52/ f.2 uyarınca 'Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.' hükmünün bu tür zararlar da artık uygulanamayacak olmasıdır<sup>52</sup>. Diğer bir anlatımla, destekten yoksun kalma ve bedensel zararların tazmini hususunda hafif kusuru bulunan failin tazminatı ödemesi halinde yoksulluğa düşeceğinden bahisle hakkaniyet düşüncesi ile tazminattan indirim yapılamayacaktır.

#### **4- ZARARIN VE TAZMİNATIN HESAPLANMA TARİHİ**

Hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale sonucu zarar gören hasta veya ölümü halinde yakınlarının zararı hüküm tarihi esas alınarak hesaplanır. Bu müdahale neticesinde hastanın uğradığı

<sup>52</sup> Oğuzman Öz, a.g.e., C.II., s.107; Kıcılıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.344 vd.

zarar, davanın açıldığı anda tam olarak bilinemeyebilir. Hastanın tedavisi dava sırasında veya sonrasında da devam edecekse yapılacak tedavi masraflarının miktarını net bir şekilde bilmek mümkün olmayabilir. Hastanın veya ölümü halinde yakınlarının zararlarının davanın başında ve/veya hüküm verildiği zaman tam olarak tespit edilemediği hallerde HMK md. 107 hükmü ile TBK md. 75 hükmü uygulama alanı bulabilecektir. İşte bahsi geçen bu hallerde hasta veya ölümü halinde yakınları tazminat davasını belirsiz alacak davası şeklinde açmak suretiyle, dava sırasında artan zarar miktarını iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile karşılaşmadan ileri sürebilecektir. Gerçekten de HMK md.107’de ‘belirsiz alacak davası’ kenar başlığı ile düzenleme alanı bulan f.1’e göre, ‘Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hallerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.’ F.2’ ye göre ise, ‘Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.’ Görüldüğü gibi belirsiz alacak davası açılan hallerde, miktar ya da değer tespit edildiği anda iddianın genişletilmesi yasağından etkilenmeksizin talep arttırabilir. Fakat alacağın belirli hale gelmesinden sonra ortaya çıkan yeni talep eksik belirtilmişse, bundan sonra yeni bir arttırma isteği iddianın genişletilmesi yasağına takılır.

Tazminat davasında hüküm tarihine kadar uğranılan zararlar (ameliyat, ilaç masrafları, geçici iş göremezlik sebebiyle uğranılan kazanç kayıpları vb.leri) dikkate alınacağı gibi, tespiti mümkün olan gelecekteki (müstakbel) zararlar (sürekli iş göremezlikten doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar vb.leri) da dikkate alınacaktır. Şayet hükmün verileceği tarihte bu zararları belirlemek mümkün değilse, TBK md.75 hükmünün uygulanması söz konusu olabilecektir. Eş bir deyişle, bedensel zararın niteliği hâkimin karar verirken zararın kapsamını yeterli ölçüde tayin etmesine imkân vermiyorsa, TBK md.75 uyarınca, hâkim kararın kesinleşme tarihinden itibaren 2 yıl içinde konuyu inceleme ve tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. Tabi bu yetki de talep edilen

tazminat miktarı ile sınırlıdır. Fakat davacı gelecekteki masrafları talep hakkını saklı tutmuşsa, zaman aşımı süresi içinde bu masraflar için de ayrı dava açabileceği kuşkusuzdur.

HMK md.107 ile TBK md. 75 hükmünü mukayese edilecek olursa; HMK md.107 davanın açıldığı tarihte zararın miktar veya değeri tam olarak bilinmiyorsa, TBK md.75'te ise yargılama yapılmış, hüküm aşamasına gelinmiş fakat karar verme aşamasında hâlâ bedensel zararın kapsamının tam olarak tespitinin mümkün olmadığı durumlarda hâkime 2 yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisi tanınmak suretiyle uygulanabilen bir hükümdür. Diğer bir anlatımla; HMK md.107 hükmü zarar gören hastaya veya ölümü halinde yakınlarına zararının miktarının belirlenememesi halinde iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile karşılaşmaması için tanınan bir imkân iken, TBK md. 75 hükmü bedensel bütünlüğü ihlal edilen hastaya karar anında ve fakat zararın miktarının belirlenememesi halinde, hâkime kararın kesinleşmesinden itibaren 2 yıl içinde verdiği tazminat hükmünü değiştirme yetkisi verilmesidir. İki hüküm arasındaki bir diğer fark da, HMK md.107'nin usule ilişkin olması ve maddenin izin verdiği her türlü davada uygulanabilmesi, TBK md.75'in ise sadece bedensel zararın olduğu hallerde uygulanabilecek olmasıdır.

## **C-MANEVİ TAZMİNAT**

### **1-Manevi tazminatta zararın kapsamı**

Hastane işleticisi ve/veya hekimden sözleşmenin ihlali sebebiyle manevi tazminat istenebilmesi için her şeyden önce manevi zararın oluşması gerekmektedir. Hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmeleri çerçevesinde meydana gelen manevi zarar ise, daha çok hastanın vücut bütünlüğünün ihlali ya da ölümü halinde kendini göstermektedir. Bu nedenle manevi tazminatın kapsamı belirlenirken genel olarak manevi zarar kavramından ziyade bedensel bütünlüğün ihlali ve ölüm halinde uğranılan manevi zararın özel olarak düzenlendiği TBK md 56 hükmü esas alınarak açıklama yapılacaktır.

## 2-Manevi tazminatta zarar kavramı ve çeşitleri

### a-Manevi Zarar

Manevi zarar, kişilik haklarının ihlali sebebiyle duyulan acı, elem ve ızdırabı ifade etmektedir<sup>53</sup>. Manevi tazminat da kişinin uğramış olduğu manevi zararın giderilmesini amaçlamaktadır<sup>54</sup>. Manevi tazminat davası ile tıbbi müdahale sonucu hastanın veya ölümü halinde yakınlarının çekmiş olduğu ruhsal acı, elem ve ıstırap ödenecek tazminatla bir ölçüde telafi edilmeye çalışılır. Bu tazminat, hastanın veya ölümü halinde yakınlarının çektiği acı, elem ve ızdırabı tamamen ortadan kaldırmamakta sadece bir teselli olup bunun hafiflemesini sağlamaya hizmet etmektedir.

### b-Manevi Zarar Çeşitleri

Hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmesinin ihlali nedeniyle gerçekleşen manevi zarar, genellikle hastanın vücut bütünlüğünün ihlali ya da ölümü sebeplerine dayanmakla birlikte hastane işleticisi ile hekimin tıbbi müdahale edimi dışındaki yan edim yükümlülüklerine aykırı davrandığı ve fakat bedensel zarar ya da ölümün söz konusu olmadığı manevi zararlar da söz konusu olabilir. Gerçekten de hekimin hastasına ilişkin olarak edindiği ve mesleki sır kapsamında saklaması gereken bilgileri deşifre etmesi veyahut hastane işleticisinin hastayla ilgili şahsi bilgilerin başkalarının eline geçmesine olanak vermesi halinde uğranılan zarar buna örnek olarak gösterilebilir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu başlık altında hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmesi sebebiyle bedensel bütünlüğün ihlali ve ölüm halinde uğranılan manevi zararın özel olarak düzenlendiği TBK md 56 hükmü inceleme konusu yapılacaktır.

---

<sup>53</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II.**, s.253; Ayan, **a.g.e.**, s.303; Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.346.

<sup>54</sup> Manevi tazminatın amacına ilişkin olarak doktrinadaki tartışmalar için bkz: Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.II.**, s.253 vd.; Eren, **Genel Hükümler**, s.784 vd.; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.228; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.337; Kıcalıoğlu, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, s.346 vd.; Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2008, s.7 vd.; Sercan Çipli, **Beden Tamlığının İhlali Ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2011, ([www.tez.yok.gov.tr](http://www.tez.yok.gov.tr)) (Erişim Tarihi: 08.05.2016), s.38.

#### (1)-Bedensel bütünlüğün ihlali halinde manevi zarar

Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerine aykırılık neticesinde hastanın vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi, yani bedensel zararının olması, hastanın ve yakınlarının bu sebeple acı, elem ve ızdırap çekmesine (manevi zarara uğramasına) yol açabilir.

TBK md.56'da bedensel zararın ağırlığına göre bir ayırım yapılmıştır. Biz de bu başlık altında TBK sistematığına uygun olarak ikili bir ayırım yapmak suretiyle konuyu inceleyeceğiz. Ancak buna ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce bir bedensel zararın hangi hallerde hafif hangi hallerde ağır olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Zira uygulanacak hükümler ve tazmin talebinde bulunabilecek kişiler buna göre değişiklik göstermektedir.

Bir bedensel zararın hafif ya da ağır olması, basit tıbbi müdahale ile giderilebilir olup olmadığına, hastada hayati bir tehlike oluşturup oluşturmadığına, hastada kalıcı bir hasar meydana getirip getirmediğine vb. koşullara göre belirlenmektedir<sup>55</sup>.

#### i-Hafif bedensel zarar halinde manevi zarar

Hafif bedensel zarar, bedensel bütünlüğün ihlalinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilmesi, hastada hayati bir tehlike oluşturmaması ya da kalıcı bir hasara yol açmaması vb. hallerde söz konusu olmaktadır.

Hastaya pansuman yapıldığı sırada dikkatsizlik ve gerekli özenin gösterilmemesi sebebiyle hemşirenin elindeki makası hastanın bacağına batırması ve bu şekilde meydana gelen bedensel zarar sebebiyle duyulan acı ve üzüntü –makasın ciddi bir yaraya sebep olmadığı varsayımında- hafif bedensel zarar sebebiyle oluşan manevi zarara örnek olarak gösterilebilir.

Anılan bu hallerde yani hafif bedensel zarar halinde TBK md.56/f.1'e göre sadece mağdurun (hastanın) manevi tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır.

<sup>55</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E.2014/12161, K:2015/9898, T.16.09.2015; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2013/21-2215, K.2015/1487, T.05.06.2015 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi, 10.01.2016).

## ii-Ağır bedensel zarar halinde manevi zarar

Ağır bedensel zarar, bedensel bütünlüğün ihlalinin basit tıbbi müdahale ile giderilememesi, hastada hayati bir tehlike oluşturması ya da kalıcı bir hasara yol açması vb. hallerde söz konusu olan zarardır.

Hastada sürekli iş göremezliğe yol açan bedensel zararlar, uzuv kayıpları, sakatlık vb. haller ağır bedensel zarar niteliğindedir.

Hekimin tecrübesizliği ve bilgisizliği nedeniyle ameliyatın başarılı geçmemesi ve hastanın bu sebeple bir süre yoğun bakımda kalması; hastanın kangren olan sağ ayağının kesilmesi gerekirken dikkatsizlik ve gerekli özenin gösterilmeyerek sağlam olan sol ayağının kesilmesi vb. hallerde duyulan acı ve üzüntü ağır bedensel zarar sebebiyle oluşan manevi zarara örnek olarak gösterilebilir.

Ağır bedensel zararın söz konusu olduğu hallerde manevi tazminat talebinde bulunacak kişiler TBK md.56/f.2'ye göre zarar gören (hasta) ile onun yakınlarıdır. Bu hakka sahip olmak için zarar görenin yakını olmak yeterli olup onunla akraba veya mirasçı olmak gerekmemektedir<sup>56</sup>.

Bir kimsenin uğradığı bedensel zarar sebebiyle üzüntü duyanların bu şekilde manevi zarara uğraması yansıma zarar olmakla ve hukukumuzda yansıma zararın tazmin edilmeyeceği kural olarak kabul edilmekle birlikte, TBK md.56/f.2'nin açık düzenlemesi karşısında zarar gören hastanın yakınlarının da böyle bir dava açma hakkı bulunmaktadır.

Bahsi geçen bu düzenleme 6098 sayılı TBK'nın getirmiş olduğu önemli bir yeniliktir. Zira 818 sayılı BK döneminde zarar görenin yakınlarının böyle bir dava açma hakkı kanunda düzenlenmemiştir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, 818 sayılı kanun döneminde böyle bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiş olsa da ağır

---

<sup>56</sup> Oğuzman/Öz, a.g.e., C.II, s.281.



bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının da manevi tazminat talebinde bulunabileceği doktrin ve Yargıtay içtihatlarınca kabul edilmekteydi<sup>57</sup>.

## (2)-Ölüm halinde manevi zarar

Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmeleri çerçevesinde hastane işleticisi ve/veya hekimin sözleşmeye aykırı davranışları neticesinde hastanın ölmesi sebebiyle acı, elem ve ızdırap duyan hasta yakınları uğradıkları manevi zararın tazminini TBK md. 56/f.2 uyarınca talep edebileceklerdir.

Ölüm halinde manevi tazminat davası açma hakkı TBK md.56/f.2'nin lafzından da anlaşılacağı üzere doğrudan ölenin yakınlarına tanınmış bir haktır. Ölümle hastanın hayatı ve dolayısıyla da kişiliği sona ereceğinden (MK md.28/1) ölümden dolayı hasta yakınları, kendi şahıslarına ait olan manevi zararlarının tazminini talep edebileceklerdir. Bu hakka sahip olmak için ölenin yakını olmak yeterli olup onunla akraba veya mirasçı olmak gerekmemektedir<sup>58</sup>. Yani manevi tazminat davası açabilme hakkı ölenin yakınlarına doğrudan doğruya tanınan, ölen hastadan intikal etmeyen bağımsız bir haktır.

<sup>57</sup> **Yarg. 21. Hukuk Dairesi E.2015/17748, K.2015/20849, T.23.11.2015**, 'Kaza tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanununun 47. maddesine göre manevi tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan kişiye aittir. Yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler. Hal böyle olunca doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan yalnızca maddi sağlık bütünlüğü ihlal edilen kişi midir? Zarar kavramına (B.K. 46 ve 47) ruhsal bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği bu maddelerde sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil, ruhsal ve sinirsel bütünlüğünde korunduğu doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Öyleyse, bir kişinin cismani zarara uğraması sonucunda, onun (ana, baba, karı, koca ve çocuklar gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır şekilde bozulmuşsa, onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Nitekim, kaza sonucu ağır yaralanan ve 2 kez ameliyata rağmen iyileşmeyen çocuklarının durumu sebebiyle ruhsal bütünlüğü bozulan anne ve babanın (H.G.K. 26.4.1995 gün ve 1995/11-122, 1995/430) ve haksız eylem sonucu ağır yaralanan ve iktidarsız kalan kocanın karısının manevi tazminat isteyebileceklerine (H.G.K. 23.9.1987 gün ve 1987/9-183 1987/655) ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları aynı esaslara dayanmaktadır. Yine dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56.maddesi ile bu konu yeniden düzenlenmiş olup özetle "ağır zarar yada ölüm halinde zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar para ödenmesine karar verilebileceği" hükmü getirilmiştir. Bu yeni düzenleme ile 818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlük zamanında içtihatlarla düzenlenen husus yasa koyucu tarafından açıklığa kavuşturulmuş ve yaralanan sigortalının yakınlarının manevi tazminat davası bakımından hak sahipliği durumu ön şartı olarak "ağır bedensel zarar" koşulunu getirmiştir.' ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi, 11.01.2016).

<sup>58</sup> Oğuzman/Öz, a.g.e., C.II, s.281.

Ayrıca önemle belirtmelidir ki, ölüm halinde ölenin yakınlarının manevi tazminat davası açabilme hakkı, ölümün hemen gerçekleşmediği hallerde zarar görenin sahip olduğu manevi tazminat hakkının MK md.25 uyarınca ölüm üzerine mirasçılara geçmesi durumundan farklı olup bu hak doğrudan ölenin yakınlarına tanınmıştır.

### **3-Manevi Tazminatın Bölünmezliği**

Maddi tazminatın hesaplanmasında uygulama alanı bulan TBK md.53 ve md.54'te yukarıda açıkladığımız gibi zarar kalemleri tek tek sayılmış olup hâkimin takdiri manevi tazminatın düzenlendiği TBK md.56'daki kadar geniş tutulmamıştır. İki dava açısından hâkimin takdirinde bu şekilde bir değişikliğin olması doğal olarak usuli açıdan da bir takım farklılıkların olmasını sonuçlamıştır. Gerçekten de bedensel zarar ve ölüm halinde uğranılan maddi zararların tazmini belirsiz alacak davası şeklinde açılacakken aynı durum manevi zararların tazmini bakımından söz konusu olmamaktadır. Nitekim hukukumuzda 'manevi tazminatın bölünmezliği'<sup>59</sup> prensibi benimsenmiş olup manevi zararın tek seferde talep edilmesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, manevi tazminat davalarında hâkimin takdir yetkisi yüksek olduğundan ve hâkimin somut olaya ilişkin özel durumları değerlendirip uygun bir tazminat miktarını belirlemesi bir bütünlük arz ettiğinden manevi tazminat talebinin fazlaya ilişkin hakların saklı tutularak aşamalı olarak talep edilmesi mümkün olmamakta tek seferde ileri sürülmesi gerekmektedir.

### **D-ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİNİN DİĞER SAĞLIK PERSONELLERİ İLE MÜTELSİLEN SORUMLU OLMASI**

Hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmeleri kapsamında zarara uğrayan hasta ve/veya yakınlarına karşı hastane işleticisi, hekim veya diğer sağlık personelleri tek başına sorumlu olabileceği gibi bahsi geçen kişilerin birlikte sorumluluğu da söz

---

<sup>59</sup> Manevi tazminatın bölünebileceğini belirten görüş için bkz: Haluk N. Nomer, 'Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün müdür?', **İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.58, S.1-2, İstanbul, 2000, s.225; Mustafa Kılıçoğlu, 'Özel Durumlar (Ölüm ve Bedensel Zarar, Kişilik Haklarının Zedelenmesi)', **Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II (Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan)**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, Birinci Basım, 2014, s.44.

konusu olabilir. İşte burada birlikte sorumlu olunduğu durumlarda bahsi geçen kişilerin hastaya ve/veya yakınlarına karşı sorumluluklarının çeşidinin ne olacağı mevzusu üzerinde durmak gerekmektedir.

Birden çok kişinin alacaklıya ya da alacaklılara karşı borcun tamamından sorumlu olmasını ifade eden müteselsil borçluluk TBK md.162'ye göre, taraf iradesinden ya da kanundan doğar. Eğer borçluların alacaklıya karşı birlikte borçlu olma yönünde bir iradesi bulunmuyorsa ve kanunen de müteselsil borçluluk düzenlenmemişse borçlular müteselsilen değil borcun bir kısmından sorumlu olduğunun kabulü gerekmektedir<sup>60</sup>.

Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmeleri kapsamında hastane işleticisi, hekim veya diğer sağlık personellerinin hastada meydana gelecek zararlara karşı müteselsilen sorumlu olduğunun belirtildiği hallerde borçluların iradeleri ile müteselsil sorumluluk doğacaktır. Ancak hemen belirtmelidir ki, bahsi geçen sözleşmelerde bu tarz kayıtların yer alması hukuken mümkün olsa da uygulamada pek rastlanılan bir durum değildir.

Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmeleri bakımından müteselsil sorumluluk borçluların iradesinden ziyade kanunen söz konusu olmaktadır. Gerçekten de TBK md.61'e göre, 'Birden çok kişinin bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.' Bu hüküm kapsamında müteselsil sorumluluğun kimler arasında ve ne şekilde doğabileceğini akdedilen her bir sözleşme türü bakımından incelemek gerekmektedir.

## **1-Sözleşme Çeşitleri Bakımından Müteselsil Sorumluluk**

### **a-Hastaneye tam kabul sözleşmeleri bakımından**

#### **(1)-Hekimlik sözleşmesi olmaksızın akdedilen hastaneye tam kabul sözleşmesi bakımından**

---

<sup>60</sup> Oğuzman/Öz, a.g.e., C.II, s.455-456.

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın akdedilen hastaneye tam kabul sözleşmesinde tüm edimler hastane işleticisi tarafından borçlanıldığından hastanın gerek tıbbi müdahale gerekse de bakım, yeme-içme gibi edimler bakımından zarara uğraması halinde hastane işleticisi sözleşme hükümlerine (TBK md.112) göre sorumlu olmaktadır. Ayrıca bu hallerde hastane işleticisinin sözleşme ile üstlendiği edimlerin ifasında yararlandığı kişilerin (hekim, hemşire ve diğer sağlık personelleri) sebep olduğu zararlardan dolayı TBK md.116'ya göre yardımcı kişinin fiilinden kaynaklı sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir.

Hastane işleticisinin sözleşmesel sorumluluğunun yanı sıra hastanın zarara uğramasına yol açan fiiller genellikle genel davranış kurallarına da aykırılık oluşturmakta ve bu da fiili gerçekleştiren kişinin (hekim, hemşire hasta bakıcı ve diğer sağlık personelleri) TBK md.49'a dayanan haksız fiil sorumluluğunun doğmasına yol açabilmektedir. Gerçekten de çalışmamızda özellikle üzerinde durduğumuz 'malpraktis'in gerçekleştiği çoğu durumda haksız fiilin de olacağı göz önünde bulundurulunca sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun genellikle aynı anda olacağı tespitini yapmak yanlış olmayacaktır.

Ayrıca bu hallerde haksız fiili gerçekleştiren kişi ile hastane işleticisi arasında adam çalıştırma ilişkisi söz konusu ise TBK md.66'ya göre hastane işleticisinin haksız fiil sorumluluğu da söz konusu olmaktadır.

## **(2)-Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmeleri bakımından**

Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinde tıbbi müdahale edimi hem hastaneye kabul sözleşmesi ile hastane işleticisi tarafından hem de hekimlik sözleşmesi kapsamında hekim tarafından borçlanılmıştır. Dolayısıyla bu edimin gereği gibi ifa edilmemesi halinde hem hastane işleticisi hem de hekim taraf oldukları sözleşmeler çerçevesinde TBK md.112'ye sorumlu olmaktadır.

Tıbbi müdahale ediminin gereği gibi ifa edilmemesi yardımcı kişinin fiilinden kaynaklanıyorsa, yardımcı kişi ile bundan yararlanan borçlu arasında emir-talimat veya sözleşmesel bir ilişkinin olması gerekmediğinden ve yardımcı kişi bu

davranışıyla hem hastane işleticisi hem de hekimin borcunun ifasına yardım ettiği için, bu kişinin fiili nedeniyle gerek hastane işleticisinin gerekse de hekimin TBK md.116'ya dayanan sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinde tıbbi müdahale edimi dışındaki tüm edimler sadece hastane işleticisi tarafından borçlanıldığından hastane işleticisinin bu edimlerin ifası dolayısıyla TBK md.112 ve TBK md.116'ya dayanan sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Ayrıca haksız fiil niteliğindeki fiiller bakımından da bunu gerçekleştiren personel ile hastane işleticisi arasında adam çalıştırma ilişkisinin bulunduğu hallerde, hastane işleticisi TBK md.66'ya göre sorumlu olmaktadır. Bunlara ek olarak haksız fiilin söz konusu olduğu hallerde bunu gerçekleştiren kişi de TBK md.49'a göre sorumlu olmaktadır.

#### **b-Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi bakımından**

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin akdedildiği hallerde tıbbi müdahale edimi münhasıran hekim tarafından borçlanıldığından bunun gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi hekimin TBK md.112'ye göre sorumlu olmasına yol açmaktadır.

Tıbbi müdahale ediminin gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi, doğrudan hekimin davranışından değil de yardımcısının fiilinden kaynaklanmışsa bu durumda ikili bir ayırım yaparak konuyu incelemek gerekmektedir. Zira zarara yol açan yardımcı kişi hekimin söz konusu operasyonun yapılması için getirdiği kendi özel yardımcısıysa bu kişinin zarara yol açan fiillerinden TBK md.116'ya göre sadece hekime gidilebilecektir. Yardımcı kişinin fiili aynı zamanda haksız fiil teşkil ediyorsa TBK md.49'a göre fiili gerçekleştirenin sorumluluğuna doğrudan gidilebileceği gibi şartlarını taşıması halinde hekimin TBK md. 66'ya dayanan sorumluluğuna da gidilebilecektir.

Yardımcı kişi hekim tarafından özel olarak getirilmeyip hastane çalışanıysa, bu durumda yine TBK md.116'ya göre hekimin sorumluluğuna gitmek mümkün olsa da, TBK md.66'nın şartları varsa hastane işleticisinin haksız fiil sorumluluğuna da gidilebilecektir. Ayrıca bu halde de şüphesiz TBK md.49'a göre doğrudan fiili gerçekleştirene de gidilebilecektir.

Tıbbi müdahale edimi dışındaki edimler bakımından ise, bu edimler hastane işleticisi tarafından borçlanıldığından bunların gerektiği gibi veya hiç ifa edilmemesi yukarıda da belirttiğimiz üzere hastane işleticisinin TBK md.112, md.116 ve md.66'ya göre, fiili gerçekleştirenin de TBK md.49'a göre sorumlu olmasına yol açabilmektedir.

## **2-Müteselsil Sorumluluğun Hükümleri**

Bir borçtan birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumlarda, tüm borçlular alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmakta (TBK md.162/f.1) ve sorumlulukları borcun tamamı ödeninceye kadar devam etmektedir (TBK md.163/f.2). Bu hallerde alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir (TBK md.163/f.1).

Müteselsil borçlulardan biri, sorumlu olduğu paydan fazlasını ifa etmişse, bu miktar oranında alacaklının haklarına halef olur ve yine bu oran üzerinden diğer borçlulara karşı rücu hakkı kazanır. Rücu hakkı sahibi borçlu, her bir borçluya ancak sorumlu olduğu pay oranında rücu edebilir.

Borcun kendi payına düşenden fazlasını ifa eden müteselsil borçlunun diğer borçlulara ne oranda rücu edebileceği konusunda genel kural olan TBK md.167/f.1'e göre, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarda sorumlu olurlar. Meğerki aksi kararlaştırılmış veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmış olsun.

Birden çok kişinin birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu oldukları hallerde doğan müteselsil sorumlulukta ise aksi kanunda düzenlenmiş ve borçluların sorumlu olacağı miktarın belirlenmesi hakimin takdirine bırakılmıştır. Gerçekten de TBK md.62'ye göre, 'Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.' O halde hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmeleri kapsamında doğan müteselsil sorumluluk hallerinde, müteselsil borçluların zarardan ne oranda sorumlu olacağı hâkimin somut olayın şartlarına,

borçluların kusur oranlarına ve oluşan tehlikenin ağırlığına göre takdiri ile belirlenecektir<sup>61</sup>.

Rücu hakkına sahip olan borçlu ile rücu edilecek borçlu arasında sözleşme ilişkisi varsa, alacaklının zararını tazmin eden borçlunun rücu hakkı bu sözleşme ilişkisine (vekâlet, hizmet, eser gibi) dayanır<sup>62</sup>. Sözleşmesel bir ilişkinin bulunmaması ve fakat söz konusu fiilin haksız fiil teşkil etmesi halinde ise kendi payından fazlasını ifa eden borçlunun rücu hakkı TBK md.62'ye dayanır<sup>63</sup>.

### E-ZAMANAŞIMI

Hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmeleri çerçevesinde zarara uğrayan hastanın yukarıda belirttiğimiz üzere hastane işleticisi, hekim ve/veya diğer sağlık personellerinden genel sözleşmeye aykırılık hükmü olan TBK md112'ye, yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluğun düzenlendiği TBK md.116'ya, genel haksız fiil kuralı olan TBK md. 49'a ve/veya adam çalıştırmanın sorumluluğunun düzenlendiği TBK md.66'ya göre çeşitli talepleri söz konusu olabilir. Bu taleplere ek olarak hastanın zararını tazmin eden borçlunun, zarara neden olan fiilin gerçekleşmesinde kusuru olan diğer borçlu(lara) karşı yöneltebileceği rücu hakkı da bulunmaktadır. Burada belirtilen her bir talep farklı hükme dayanmaları sebebiyle, zaman aşımı süreleri bakımından da farklılıklar göstermektedir.

Gerçekten de hastanın TBK md.112 ve TBK md.116'ya dayanan tazminat istemi sözleşme temeline dayanmakta olup hem hastaneye kabul hem de hekimlik sözleşmesine vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacağından ve vekâlet sözleşmesinden doğan alacaklar da TBK md. 147/f.1-5. bent uyarınca 5 yıllık

---

<sup>61</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E.2014/3412, K.2015/142, T.14.01.2015 'Dava, rücu tazminat istemine ilişkin olup; rücu davasında, sorumlular arasında teselsül hükümleri uygulanamaz. Davalılar ancak kursuları oranında sorumludurlar. Açıklanan ilke göz önünde tutularak davalıların kusurlarının bilirkişi görüşü de alınmak suretiyle belirlenmesi ve kusur oranları itibariyle sorumlu tutulmaları gerekir. Dosyada tarafların kusur oranlarına ilişkin herhangi bir bilirkişi raporu da bulunmamaktadır. Karar, açıklanan nedenlerle yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.' Benzer yöndeki kararlar için bkz: Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E.2014/5883, K. 2014/8422, T.22.05.2014; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E.2015/488, K.2015/2102, T.25.02.2015 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi, 24.01.2016).

<sup>62</sup> Eren, **a.g.e.**, s.1084; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.650; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.365; Tandoğan, **a.g.e.**, s.451; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.900.

<sup>63</sup> Eren, **a.g.e.**, s.1084; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.650; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.365.

zaman aşımı süresine tabi iken; TBK md.49 ve TBK md.66'ya dayanan tazminat istemleri ise haksız fiil zaman aşımının düzenlendiği TBK md.72'ye göre belirlenmektedir. TBK md.72/f.1'de göre de haksız fiilden doğan tazminat istemleri zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zaman aşımına uğrar. Meğerki tazminat ceza kanunlarına göre daha uzun bir zaman aşımının öngörüldüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuş olsun.

Hastanın zararını tazmin eden müteselsil borçlunun diğer borçlulara yöneltebileceği rücu hakkının tabi olduğu zaman aşımı ise bu hakkın dayandığı hükme göre değişiklik göstermektedir. Nitekim ifade bulunan borçlu ile rücu edilecek kişi arasında sözleşmesel bir ilişki varsa zaman aşımı bu sözleşme ilişkisinin göre belirlenmesine karşın, rücu hakkı sözleşmeye değil de haksız fiile dayanıyorsa TBK md.73'te düzenleme alanı bulan süreler uygulama alanı bulacaktır. Buna göre borçlunun rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu olunan kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zaman aşımına uğrayacaktır.

## **F-GÖREV VE YETKİ**

### **1-GÖREVLİ MAHKEME**

Çalışmamızın bu kısmında hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi mahkemede görüleceği meselesi üzerinde durulacaktır. Bahsi geçen uyuşmazlıkların görüleceği mahkemeye ilişkin açıklamalarımız ise, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu<sup>64</sup> ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 4077 sayılı Tüketici Korunması Hakkında Kanun<sup>65</sup> ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun<sup>66</sup> bu konuda getirmiş olduğu düzenlenmeler karşılaştırılarak yapılacaktır.

<sup>64</sup> R.G.: Tarih : 2, 3, 4/7/1927, Sayı : 622, 623, 624.

<sup>65</sup> R.G.: Tarih : 8/3/1995, Sayı : 22221.

<sup>66</sup> R.G.: Tarih: 28/11/2013, Sayı : 28835.



### **a-1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Dönemi**

1086 sayılı HMUK zamanında görevli mahkeme dava olunan şeyin değerine bakılarak belirlenmektedir. 1086 sayılı kanunun 8. Maddesine göre ‘iflas davalarıyla vakfa ilişkin davalar hariç olmak üzere, mamelek hukukundan doğan değer veya miktarı beş milyar<sup>67</sup> lirayı geçmeyen davalar’ sulh hukuk mahkemesinde görülmektedir. Bu miktarın üstündeki talepler ise asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girmektedir. Dolayısıyla hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmeleri kapsamında meydana gelen uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, 1086 sayılı HMUK zamanında hangi mahkemenin görevli olduğu talep miktarına göre değiştiğinden kanunun getirdiği miktarın (01.01.2011-30.09.2011 dönemi için 7.780,00 TL’nin) altındaki talepler bakımından sulh hukuk mahkemesi görevli iken bu miktarı aşanlar bakımından ise asliye hukuk mahkemeleri görevli olmaktadır.

### **b-6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Dönemi**

6100 sayılı HMK md.2’ye göre ise, ‘Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.’ Hükmü getirilerek asliye hukuk mahkemeleri genel görevli mahkeme kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle 1086 sayılı HMUK zamanında uygulanan talep miktarına göre görevli mahkemenin belirlenmesi usulü terk edilmiş olup malvarlığı ve şahıs varlığına ilişkin tüm talepler aksine bir düzenleme olmadıkça asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girmiştir.

Çalışma konumuz olan hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmeleri kapsamında meydana gelen uyuşmazlıklarda ileri sürülen talepler de, 1086 sayılı kanun zamanında miktara göre farklı mahkemelerin görev alanına girmekte iken 6100 sayılı kanun ile münhasıran asliye hukuk mahkemelerinin görev alanına girmiştir.

---

<sup>67</sup> Bu miktar 01.01.2011-30.09.2011 dönemi için 7.780,00 TL idi.

### **c- 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Dönemi**

Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinin tüketici mahkemelerinin görev alanına girip girmediğine dair tüketici kanunu bakımından değerlendirme yapmadan önce, bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin olarak hastaneye kabul sözleşmesinin karma sözleşme olduğunu ve sözleşmedeki baskın edim olan vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını, hekimlik sözleşmesinin ise vekalet sözleşmesi olduğunu yukarıda<sup>68</sup> belirttiğimizi hatırlatmakta fayda bulunmaktadır.

4077 sayılı TKHK md.23/f.1-c.1’de ‘Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır.’ Hükümüyle tüketici mahkemelerinin görev alanı belirlenmiştir.

4077 sayılı TKHK kanuna göre hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinde hekim ve/veya hastane işleticisi ile hasta arasında vekâlet ilişkisi olduğundan bahisle tüketici mahkemesinin görev alanına girmemekte ve görev genel usul kurallarına göre belirlenmekteydi. 4077 sayılı TKHK’nın 1086 sayılı HUMK ile aynı anda yürürlükte olduğu zaman diliminde, görevli mahkeme yukarıda açıkladığımız üzere talep miktarına göre değişiklik göstermekte ve sulh ya da asliye hukuk mahkemesi görevli olmaktadır. Bu kanunun 6100 sayılı HMK ile aynı anda uygulandığı zamanda ise, görevli mahkeme yine yukarıda açıkladığımız üzere asliye hukuk mahkemeleri olmaktadır.

Gerçekten de **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2013/24241, K. 2013/23878, T. 1.10.2013 sayılı kararında**<sup>69</sup>,

*‘Davacılar, yanlış tedavi sonucu organ kaybına neden olduğunu belirterek maddi ve manevi tazminat istemiyle eldeki davayı açmışlardır. Mahkemece, tüketici mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik karar verilmiş ise de; B.K.’nun 502. maddesi hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekalet hükümleri geçerlidir.*

<sup>68</sup> Bkz: I. Bölüm.

<sup>69</sup> Karar [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden alınmıştır. (Erişim Tarihi; 31.10.2015).

*Somut olayda olduğu gibi, özel hastane ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar ile hasta arasındaki uyuşmazlıkların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğretisi ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır*

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

*Yukarıda açıklandığı üzere, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin 4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Tüketici yasası ile güdülen amaç tüketicinin tüketime yönelik satışlarda mal ve hizmetlerdeki ayıplara karşı korunması olduğundan, uyuşmazlığın genel mahkemede görülmesi gerekir.'*

**Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2006/1253, K. 2006/16343, T. 14.12.2006 sayılı bir başka kararında da<sup>70</sup>;**

*'4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı TKHK'nın Amaç başlıklı 1. Maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. Maddesinde, "Bu kanunun 1. Maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar." Hükümüne yer verilmiştir. Yasanın 3. Maddesinde mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları, hizmet; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade eder.Satıcı; kamu tüzel*

<sup>70</sup> Bkz: Yılmaz, a.g.e., s.200 vd.

*kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar Tüketici ise, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. **Bir hukuki işlemin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta ise dava, davacının tedavisini üstlenen davalı hastane ve çalıştırdığı elemanların tedavi sırasındaki kusurları nedeniyle oluşan zararın giderilmesine ilişkindir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkinin 4077 sayılı yasa kapsamında kalmadığı anlaşılmaktadır.... Bu durumda mahkemece davaya genel mahkeme sıfatıyla ve genel usullere göre bakılması gerekirken tüketici mahkemesi sıfatıyla yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.***

Şeklinde hüküm vererek hekim ve/veya hastane işleticisi ile hasta arasında akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görev itibariyle genel mahkemelerde görüleceği kanaatine varmıştır<sup>71</sup>.

#### **d-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Dönemi**

28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK md. 73/f.1'e göre, 'Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.' denilmek suretiyle tüketici mahkemelerinin görevi belirlenmiştir.

6502 sayılı TKHK'da tüketici mahkemelerinin görev alanının belirlenmesine de etki edecek nitelikte 'tüketici' ve 'tüketici işlemi' kavramlarında önemli değişiklikler yapmıştır. Gerçekten de 4077 sayılı TKHK md.3/f.1-e bendine göre

<sup>71</sup> Benzer şekilde karar için bkz: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2013/1177, K. 2013/9534, T.15.4.2013; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2014/4142, K. 2014/3700, T. 12.2.2014 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (Erişim Tarihi; 31.10.2015).

tüketici; bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanmışken; 6502 sayılı TKHK md.3/f.1-k bendinde ise, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Tüketici işlemi de 4077 sayılı TKHK md.3/f.1-h bendinde mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem şeklinde ifade edilmişken; 6502 sayılı TKHK md.3/f.1-l bendinde mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak belirtilmiştir.

Tüketici kavramı kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere, 6502 sayılı TKHK'da oldukça genişletilmiştir. 4077 sayılı kanuna göre tüketici sayılabilmek için bir mal veya hizmeti, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinmek, kullanmak veya yararlanmak gerekirken, 6502 sayılı kanuna göre ise, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmek tüketici sayılabilmek için yeterli olmaktadır. Tüketici işlemi kavramı ise 6502 sayılı TKHK'da yapılan esaslı değişikliklerden biridir. Gerçekten de eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere kurulan her türlü sözleşme ve hukuki işlem tüketici işlemi sayılarak bu kavram oldukça genişletilmiştir.

6502 sayılı TKHK'da yapılan bu değişiklikler neticesinde yukarıda belirttiğimiz şekilde vekâlet ve eser sözleşmeleri tüketici mahkemelerinin görev alanına girmiştir. Bu değişiklik doğal olarak, vekâlet sözleşmesi niteliğindeki hekimlik sözleşmesi ile vekâlet hükümlerinin uygulama alanı bulacağı hastaneye kabul sözleşmeleri ve baskın görüş ile Yargıtay içtihatlarıyla eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilen estetik müdahalelerden doğan uyuşmazlıkların görüleceği mahkemede değişiklik meydana getirip getirmediği sorusunu akıllara getirmektedir.

Konuya ilişkin olarak verilen Yargıtay içtihatlarına bakacak olursak, **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E.2015/4585, K.2015/9819 sayılı kararında**<sup>72</sup>,

‘...müteveffa ile davalı doktor arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin vekalet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakla, uyuşmazlığa vekalet hükümleri uygulanmalı ve doğal olarak, uyuşmazlığın da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir.28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK md.3/f.1’de tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmelerde dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi olarak tanımlanmıştır. Buna göre vekalet sözleşmesinden kaynaklanan davalara bakma görevi tüketici mahkemesine ait ise de...’

**Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2014/30305, K. 2014/35473, T. 13.11.2014 sayılı kararında da**<sup>73</sup>,

‘Mahkemece, Tüketici Mahkemesine görevsizlik kararı verilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, hasta ile özel hastane arasındaki tedavi hizmeti, dairemizin öteden beri değişme göstermeyen kararları kapsamında vekalet akdi olarak değerlendirilmekte olup, bu bağlamda eldeki davanın da vekalet ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. 6502 sayılı yasanın [87](#).maddesi doğrultusunda 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren aynı yasanın 3/L maddesinde vekalet akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Tüketici yasasının uygulanması gerekmekte olup, bu nedenle vekalet ilişkisinden doğan uyuşmazlığında Tüketici Mahkemesinde görülmesi zorunludur.’

---

<sup>72</sup> Bkz: Şatır, **a.g.e.**, s,42-43.

<sup>73</sup> Karar [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) adresinden alınmıştır. (Erişim Tarihi; 31.10.2015).

Şeklindeki kararları ile 6502 sayılı TKHK ile hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinin görev alanına girdiği yönünde kanaatini belirtmiştir.

**Kanaatimizce**, her ne kadar kanun lafzında vekalet ve eser sözleşmelerinin tüketici mahkemesinin görev alanına girdiği yönünde bir düzenleme getirilmiş olsa da bu, hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların görüleceği mahkemede değişiklik meydana getirmemektedir. Nitekim kanunun gerekçesine baktığımızda bu değişikliğin sebebi olarak ‘uygulamada ortaya çıkan ve tüketici sözleşmelerinin kapsamını daraltan yorumların önünde geçilmesinin amaçlandığı’ görülecektir. Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların görüleceği mahkemede değişiklik yapılması da bu amaca hizmet etmediğinden genel mahkemelerin görevli olduğu sonucuna varılabilmektedir.

Ayrıca 6502 sayılı TKHK md.1’de belirtildiği üzere, ‘Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir’.

Anılan hükümden de anlaşılacağı üzere tüketici kanunun öncelikli hedefi tüketiciyi korumaktır. Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinin tarafı olan hasta ise tüketici değildir. Dolayısıyla işbu kanunla taraflarının tüketici olmadığı hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme düzenlenmemiştir. Diğer bir anlatımla, söz konusu bu sözleşmelerde taraflardan hiçbiri tüketici olmadığından ve ortada tüketici işlemi de bulunmadığından 6502 sayılı kanunun amacı da göz önünde bulundurularak hasta ile hekim ve/veya hastane işleticisi arasındaki ilişkiden kaynaklı uyuşmazlıklara bu kanunun uygulanmayacağı sonucuna varılması gerekecektir.

4077 sayılı TKHK zamanında hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin olarak görevli mahkemenin tespiti meselesinde uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinin değil de genel mahkemelerin görev alanına

gireceği ‘Tüketici yasası ile güdülen amaç tüketicinin tüketime yönelik satışlarda mal ve hizmetlerdeki ayıplara karşı korunması olduğundan, uyuşmazlığın genel mahkemede görülmesi gerekir.’<sup>74</sup> Şeklinde birçok hükme konu olmuştur.

6502 sayılı kanunda, 4077 sayılı TKHK zamanında benimsenmiş olan tüketicinin tüketime yönelik satışlarda mal ve hizmetlerdeki ayıplara karşı korunması amacıyla bir değişiklik yapılmadığından veya hastaların tüketici sayılmasına ilişkin mevzuatsal değişiklikler de söz konusu olmadığından hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin değişmesi için bir sebep bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, 6502 sayılı TKHK ile yukarıda belirtilen amaç hala benimsendiğinden ve hastalar da tüketici sıfatını haiz olmadığından görevli mahkeme yine genel mahkemeler olmaktadır.

Ayrıca belirtmelidir ki, hastanın hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmeleri akdetmek suretiyle tedavi olması, kendisine tanınan sağlık hakkını kullanmasının bir yoludur. Sağlık hakkı ise yaşam hakkının sağlanmasına hizmet eden en önemli haklardan biridir. Önemine binaen bu hakkın konu olduğu uyuşmazlıkların ayıplı mal ve hizmet, tüketicinin hakları vs. gibi konularda meydana gelen uyuşmazlıkların görüldüğü mahkemede görülmesi ve bu insan hakkının ayıplı mal ve hizmetler ile birlikte değerlendirilmesi bu hakkın gereken şekilde korunamamasına yol açabilir ve bu şekilde sakıncalar doğurabilir<sup>75</sup>.

Gerçekten de, 6502 sayılı kanunun hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerine ilişkin olarak açılan davalarda görevli mahkemeyi değiştirdiği, yani tüketici mahkemelerini görevli kıldığı sonucuna varılması beraberinde birçok ciddi problemi doğuracaktır. Şöyle ki;

Vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinde görüleceği kabul edildiğinde, sözleşmeye aykırılık hali ile haksız fiil sorumluluğunun aynı anda bulunduğu hallerde görevli mahkemenin tespitinde problemlerle

---

<sup>74</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2013/24241, K. 2013/23878, T. 1.10.2013; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2013/1177, K. 2013/9534, T.15.4.2013; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2014/4142, K. 2014/3700, T. 12.2.2014 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (Erişim Tarihi; 31.10.2015).

<sup>75</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz: Şatır, a.g.e., s.42.



karşılaşılacaktır. Nitekim hekime ve/veya hastane işleticisine karşı sözleşmeye dayanılarak dava açılacak olursa uyuşmazlık vekâlet sözleşmesinden kaynaklandığı için tüketici mahkemeleri görevli olacak iken; haksız fiil temelli olarak açılacak davalarda –ortada bir tüketici işlemi ve tüketici olmadığından- genel mahkemeler görevli olacaktır. Gerçekten de 6502 sayılı kanun sadece vekâlet ve eser sözleşmeleri bakımından uygulanacağından haksız fiile dayanılması halinde asliye hukuk mahkemeleri görevli olacaktır. Diğer bir anlatımla, 6502 sayılı kanunun hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmeleri bakımından görevli mahkemede değişiklik yaptığı kabul edildiğinde, hastane işleticisi ve/veya hekime karşı sözleşmeye dayanılarak dava açıldığında tüketici mahkemeleri görevli olurken haksız fiile dayanıldığında asliye hukuk mahkemeleri görevli olacaktır.

Burada bir başka problem de davacının hukuki sebebi belirtmeden dava açtığı hallerde söz konusu olacaktır. Bu hallerde TBK md.60 gereğince zarar gören aksini istemedikçe veya kanun aksini düzenlemedikçe hakim zarar görenin lehine olan hükmü uygulamak zorundadır. Hangi hükmün daha lehe olduğu ise genellikle yargılamanın başında (davanın açıldığı anda) bilinmemektedir. Bu da görevli mahkemenin tespitini oldukça zorlaştırmaktadır. Zira haksız fiilin daha lehe olduğu kabul edilirse asliye hukuk mahkemeleri görevli olacakken, sözleşme hükümleri leheyse uyuşmazlık tüketici mahkemelerinin görev alanına girecektir.

Sonuç olarak, 6502 sayılı kanunun göreve ilişkin bu hükmünün birçok tartışmayı beraberinde getirdiği muhakkaktır. Kanımızca sağlık hakkının önemi gereğince görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olması gerekmektedir. Ancak görev konusunda oluşabilecek bu sorunları bertaraf etmek amacıyla mevzuatsal değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bu nedenle anılan hükümde vekalet sözleşmesinin genel olarak belirtilmesi yerine örneksime yoluyla bu kapsama alınmak istenen vekalet ilişkilerinin belirtilmesi bu hakkın korunması bakımından daha isabetli olmaktadır.

Son olarak belirtmelidir ki, 6502 sayılı kanunun geçici 1. Maddesinin 1. fıkrasında ‘Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam eder.’ hükmüyle daha önce başka

mahkemelerde açılmış olan ve yeni düzenlemeyle tüketici mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlıkların ikame edildikleri mahkemelerde görülmeye devam edeceği belirtilmiştir. O halde hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hakkında 6502 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan davalar bakımından, bunların tüketici mahkemesinin görev alanına girdiği kabul edilse dahi, görev alanlarının değişmeyeceği ve asliye hukuk mahkemesinde yargılamanın devam etmesi gerekeceği sonucuna varmak gerekmektedir<sup>76</sup>.

## 2-YETKİLİ MAHKEME

Yetki, bir ihtilafa hangi yerdeki görevli mahkemenin bakacağıının belirlenmesidir. Yetkili mahkeme belirlenmeden önce tıbbi müdahale sebebiyle zarara uğrayan hastanın veya ölümü halinde yakınlarının söz konusu ihtilafı hangi sorumluluk rejimine istinaden yargı önüne taşıyacağıının tespiti gerekmektedir. Zira buna göre yetkili mahkeme değişiklik arz etmekte, davacının davasını sözleşmeye veya haksız fiil hükümlerine dayandırması hallerinde farklı yerdeki mahkemeler yetkili olabilmektedir.

6100 sayılı HMK md.6'ya göre genel yetkili mahkeme davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. HMK md.7'ye göre ise, davalı birden fazla ise davanın bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılacağı düzenlenmiştir. O halde, hastane işleticisi ile hekime karşı aynı anda dava açmak istenildiği hallerde bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi yetkili olmaktadır.

<sup>76</sup> 6502 sayılı kanunda geçici 1. Madde ile açılmış olan davaların ikame edildikleri mahkemelerde görüleceğine ilişkin olarak açık bir düzenleme getirilmiş olmasına rağmen bu hükme aykırı bir çok yargı kararı verilmiştir.

**Yarg. 13. Hukuk Dairesi E.2014/30305, K.2014/35473, T.13.11.2014** sayılı karara göre, *'...eldek, dava 6502 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce 13.09.2013 tarihinde açılmış bulunduğu eldeki davaya genel mahkemede bakılması gerekir. Mahkemenin değinilen bu yönü gözeterek işin esasına girmek suretiyle hasil olacak sonuca uygun karar vermesi gerekirken, yazılı şekilde görevsizlik kararı vermiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.'* ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi, 31.10.2015).

**Yarg. 13. Hukuk Dairesi E.2015/4585, K.2015/9819** sayılı karara göre, *'... vekalet sözleşmesinden kaynaklanan davalara bakmak görevi tüketici mahkemesine ait ise de; 6502 sayılı TKHK'un geçici 1/1. Maddesine göre; bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam eder.'* Bkz: Şatır, a.g.e., s.42-43.

HMK’da genel yetki kuralına ek olarak genel yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırmayan özel yetki kuralları da kabul edilmiştir. Bu hükümlerden sözleşmelerden doğan davalarda yetkinin düzenlendiği HMK md.10 ile haksız fiilden kaynaklanan davalarda yetkinin düzenlendiği HMK md.16 çalışma konumuz bakımından oldukça önem arz etmektedir.

HMK md.10’a göre sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Bu hüküm sebebiyle davasını hastaneye kabul veya hekimlik sözleşmesine dayandıran davacı, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de dava açabilecektir. Sözleşmenin ifa edileceği yer ise genel itibariyle hastane olduğundan hastanenin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olmaktadır.

HMK md.16’ya göre ise, haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, haksız fiil temelli davalar bakımından **‘haksız fiilin işlendiği yer’**, **‘zararın doğduğu yer’**, **‘zararın meydana gelme ihtimalinin olduğu yer’** ve **‘zarar görenin yerleşim yeri’** mahkemeleri yetkili kabul edilerek çeşitli yetki kuralları öngörülmüştür.

#### **IV-SÖZLEŞMEDEN DÖNME (FESİH)**

Hukukumuzda karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde belirli şartların bulunması halinde sözleşmenin taraflarına sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Borçlar kanununun genel hükümlerinde sözleşmeden dönme hakkı ifa güçsüzlüğü sebebiyle hakkı tehlikeye düşen tarafa (TBK md.98/f.2); borçlu temerrüdü halinde alacaklıya (TBK md.125/f.2); alacaklı temerrüdü halinde borçluya (TBK md.110) ve ifa engellerinin olduğu hallerde de borçluya (TBK md.111) tanınmıştır.

Hastaneye kabul sözleşmesinin akdedildiği hallerde özel hastane işleticisinin borçlu temerrüdü, ifa güçsüzlüğü vb. sayılan şekillerde edimini ifa etmemesi diğer şartların da bulunması halinde hastanın sözleşmeden dönmesini sonuçlayabilecektir.

Hastaneye kabul sözleşmesinin gereği gibi veya hiç ifa edilmediği hallerde hastanın ifa veya tazminat davasıyla uğraşması, tıbbi müdahalede bulunmak açısından zaman son derece önemli olduğundan hastanın sağlığı açısından olumsuz sonuçlara yol açabilir. Nitekim hastanın ifa veya tazminat davası ile uğraşırken harcayacağı zaman, sağlığı açısından telafisi güç ve bazen de imkansız zararların oluşmasına neden olabilir. İşte hastanın sözleşmeden dönme hakkının olduğunun kabulü, anılan durumların sakıncalarının bertaraf edilmesine hizmet etmektedir. Gerçekten de hastaneye kabul sözleşmesinin akdedildiği ve özel hastane işleticisinin ifadan kaçındığı hallerde –diğer şartların da bulunması durumunda- hasta, sözleşmeden dönerek başka bir özel hastane işleticisi ile aynı nitelikte bir sözleşme akdedip istediği sağlık hizmeti alabilecektir.

Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve sona erme geriye etkilidir. Ayrıca daha önce ifa edilen edimler geri istenebilir (TBK md.125/f.3) Sözleşmeden dönme üzerine doğacak hukuki sonuçlar ise doktrinde tartışmalıdır<sup>77</sup>.

## V-GENEL DEĞERLENDİRME

Çalışmamızın dördüncü ve son bölümünde özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğunun hüküm ve sonuçları ‘Aynen İfayı Talep’, ‘Tazminat Davası’ ve ‘Sözleşmeden Dönme (Fesih)’ olmak üzere üç ana başlık altında incelenmiştir. Şöyle ki;

Alacaklı ifası mümkün olan muaccel her türlü borç için ifa davası yoluyla borçludan aynen ifa talebinde bulunabilir.

Çalışmamızda tazminat davası ‘Maddi Tazminat’, ‘Manevi Tazminat’, ‘Özel Hastane İşleticisinin Diğer Sağlık Personelleri ile Müteselsilen Sorumlu Olması’, ‘Zaman Aşımı’ ve ‘Görev ve Yetki’ alt ayrımlarına yer verilerek açıklanmıştır.

Maddi ve manevi tazminat başlığı altında, hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmelerinin gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi halinde hastanın ve/veya yakınlarının ne şekilde zarara uğrayabileceği, zarar kalemleri, maddi ve manevi

<sup>77</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Oğuzman/Öz, **a.g.e., C.I.**, s.529 vd.; Nomer, **Genel Hükümler**, s.369 vd.

tazminatın şartları, tazminat talebinde bulunabilecek kişiler vb. hususlar incelenmiştir.

Özel hastane işleticisinin diğer sağlık personelleri ile müteselsilen sorumlu olması başlığı altında hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmelerinden doğan zararlarda birden fazla kişinin aynı zarardan sorumlu olması hali ve zararın sorumlu olduğundan fazlasını tazmin eden borçlunun diğer borçlulara rücu etmesi için gereken şartlara yer verilmiştir.

Görev ve yetki başlığı altında ise hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli ve yetkili mahkeme konusu incelenmiş ve görev konusu incelenirken 1086 sayılı HMUK- 6100 sayılı HMK- 4077 sayılı TKHK ve 6502 sayılı TKHK kanunları karşılaştırılarak konu açıklanmıştır.

Zaman aşımı başlığı altında hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmeleri çerçevesinde zarara uğrayan hastanın ve/veya yakınlarının hastane işleticisi ve/veya hekime karşı yöneltebileceği taleplerini hangi zaman zarfında ileri sürebileceği üzerinde durulmuş ve konu TBK md.112/TBKmd.116- TBK md.49/TBK md.66 hükümlerine dayanan talepler karşılaştırılarak açıklanmıştır.

Çalışmamızda son olarak, hastanın hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında sahip olduğu sözleşmeden dönme hakkı inceleme konusu yapılmıştır.

## SONUÇ

- 1- Tıbbi müdahale ilişkisinin taraflarından biri her halde hasta (veya temsilcisi) iken ilişkinin diğer tarafı kamu veya özel hastane olabilmekte ve bu ilişkilerin niteliği de taraflarına göre farklılık göstermektedir. Söz konusu müdahale kamu hastanesinde yapılmışsa, hastane işleticisi ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişki yerine kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkmakta iken, müdahalenin özel hastanede yapılması halinde ise özel hastane işleticisi ve/veya hekim ile hasta veya temsilcisi arasında sözleşmesel bir ilişki olmaktadır. Bu sözleşmesel ilişki ise, hastane işleticisi açısından ‘Hastaneye Kabul Sözleşmesi’, hekim açısından ise ‘Hekimlik Sözleşmesi’ olarak karşımıza çıkmaktadır.
- 2- Hastaneye kabul sözleşmesi, özel hastane işleticisi ile hasta veya temsilcisiyle yapılan ve özel hastane işleticisinin tıbbi müdahale ve/veya diğer mutad edimleri (barınma, yedirip içirme vb.) yerine getirmeyi hastanın da bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Hastaneye kabul sözleşmesinin ‘Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’ ve ‘Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi’ olarak iki çeşidi bulunmakta ve hastaneye tam kabul sözleşmesi de ‘Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Akdedilen Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’ ve ‘Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’ olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılmaktadır.
- 3- Hekimlik Sözleşmesi, hekim ile hasta veya temsilcisi arasında yapılan ve hekimin tıbbi müdahale edimini ifa etmeyi ve hastanın da bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Hekimlik sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi ile bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin olması halinde karşımıza çıkar.
- 4- Hastaneye kabul sözleşmesi bünyesinde tıbbi müdahale, yeme-içme, barınma gibi birçok edimi barındırması sebebiyle hukuki niteliği açısından doktrinde tartışılmış ve vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, kendine

özgü yapısı olan sözleşme ve karma sözleşme olduğu yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay içtihatlarınca benimsenen ve bizim de katıldığımız görüşe göre hastaneye kabul sözleşmesi karma sözleşme niteliğinde olup baskın edim olan vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak ise, doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay içtihatlarında bunun vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

- 5-** Hastaneye kabul sözleşmesinin alt ayrımları sözleşmedeki temel edim olan tıbbi müdahale ediminin ifa edilme şekline dayanmaktadır. Tıbbi Müdahale, tıp mesleği mensupları tarafından bir hastalığın veya rahatsızlığın önlenmesine, iyileştirilmesine ya da hafifletilmesine yönelik, doğrudan veya dolaylı olarak yapılan ve tıp biliminin sınırları içinde kalan bütün faaliyet ve girişimleri içine alan bir kavramdır. Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden bahsedebilmek için müdahalenin, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili bir kişi tarafından, kanunda öngörölmüş amaçlar doğrultusunda, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilip hastanın rızası alınarak ve tıp biliminin kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılması gerekmektedir.
- 6-** Hastaneye kabul sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlölükleri bu sözleşmenin yapılış şekline göre farklılık göstermektedir.
  - a-** Hekimlik sözleşmesi olmaksızın yapılan hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hastanın tedavisi için gereken tıbbi müdahale, yeme-içme, barınma, hastane organizasyonunun yapılması gibi tüm yükümlölükler hastane işleticisi tarafından borçlanılmaktadır.
  - b-** Hastaneye tam kabul sözleşmesinin hekimlik sözleşmesi ilaveli olan çeşidinde ise hem hastaneye tam kabul sözleşmesi hem de hekimlik sözleşmesi olmak üzere hasta iki ayrı sözleşme yapmaktadır. Tıbbi müdahale edimi her iki sözleşme ile hem hekim hem de hastane işleticisi

tarafından borçlanılmaktadır. Ayrıca hastane işleticisi bu edime ek olarak yeme-içme, barınma, hastane organizasyonunu yapma gibi diğer edimleri de üstlenmektedir.

**c-** Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin akdedildiği hallerde hastane işleticisi sadece genel hasta bakımını sağlama ve hastane organizasyonunu yapma borcu altındadır. Tıbbi müdahale edimi ise hekimlik sözleşmesi kapsamında hekimin yükümlülüğündedir.

**7-** Sözleşmeye aykırılık, borcun zamanında veya hiç ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde söz konusu olmaktadır. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi (borcun kötü ifa edilmesi) ise tıp hukukunda malpraktis (tıbbi uygulama hatası) olarak karşımıza çıkmaktadır.

**8-** Malpraktis (tıbbi uygulama hatası); bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimin tanı ve tedavide standart ve belirlenmiş davranış biçimlerinden farklı davranması veya görev ihmali sonucu, hastada sağlığın geçici olarak bozulmasından, ölüme kadar giden zarara neden olunmasını ifade etmektedir. Malpraktis, teşhis, tedavi, organizasyon ve üstlenme hatası olarak çeşitli şekillerde söz konusu olmaktadır.

**9-** Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmelerini gereği gibi veya hiç ifa etmeyen hastane işleticisi ve/veya hekim, kusurlarının bulunmadığını ispat etmedikçe hastanın ve/veya ölümü halinde yakınlarının bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdürler.

**10-** Kusur, hukuk düzeni tarafından kınanan davranışı ifade etmekte ve ağır ve hafif kusur olmak üzere iki derecesi bulunmaktadır. Ağır kusur, kast ve ağır ihmal; hafif kusur da hafif ihmal şeklinde söz konusu olmaktadır.



**11-**Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmeleri kapsamında hastane işleticisi ile hekimin genel borca aykırılıktan sebebiyle sorumluluğu (TBK md.112), yardımcı kişinin fiilinden kaynaklanan sorumluluğu (TBK md.116), culpa in contrahendo sorumluluğu gibi farklı hükümlere dayanan sorumlulukları söz konusu olabilir.

**12-** Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun doğabilmesi için, borçlunun borcun ifasında veya borç ilişkisinden doğan bir hakkının kullanılmasında sözleşmeye uygun bir şekilde yardımcı kişi kullanması, yardımcı kişinin borca aykırı bir davranışıyla alacaklıya zarar vermesi, borçlunun borcun yardımcı kişi yerine bizzat kendisi tarafından ifa edilse ve zarar verici davranışta kendisi bulursa idi sorumlu tutulabilecek olması ve yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu kaldıran veya daraltan bir anlaşmanın olmaması gerekmektedir.

**13-** Hekimlik sözleşmesi olmaksızın yapılan hastaneye tam kabul sözleşmesinde tüm edimler hastane işleticisi tarafından borçlanıldığından burada gerçekleşen sözleşmeye aykırılıklar hastane işleticisinin TBK md.112'ye göre sorumluluğuna yol açmaktadır. Bu sözleşme bakımından hekim ve diğer sağlık çalışanları yardımcı kişi olarak hareket etmekte olup sözleşmeye aykırılık yardımcı kişi konumundaki bu kişiler tarafından gerçekleştirilmişse ve TBK md.116'nın diğer şartları da bulunuyorsa hastane işleticisi TBK md.116 hükmüne göre de sorumlu olmaktadır.

**14-** Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinde tıbbi müdahale ediminin gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi halinde, hem hastane işleticisi hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde hem de hekim hekimlik sözleşmesi kapsamında TBK md.112'ye göre sorumlu olmaktadır. Ayrıca bu hallerde tıbbi müdahale edimini ifa eden hekim, hekimlik sözleşmesi kapsamında bizzat borçlu olarak hareket etse de hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında hastane işleticisinin yardımcı kişisi konumunda olduğundan

sözleşmeye aykırılık halinde kanundaki diğer şartların da bulunması durumunda hastane işleticisi TBK md.116'ya göre de sorumlu olmaktadır.

**15-** Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde ise, tıbbi müdahale edimi sadece hekim tarafından borçlanıldığından, sözleşmeye aykırılık halinde hekimin TBK md.112'ye göre sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Ancak tıbbi müdahale edimini ifa eden hekim, hemşire, hasta bakıcı gibi diğer sağlık personellerinden yararlanmış ve sözleşmeye aykırılık da bu kişilerin fiillerinden kaynaklanmışsa TBK md.116'ya göre de sorumluluğu doğmaktadır. Tıbbi müdahale dışındaki edimlere aykırılık halinde ise, bu edimler hastane işleticisi tarafından borçlanıldığından onun TBK md.112'ye göre sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Hastane işleticisinin bu edimleri gereği gibi veya hiç ifa etmemesi yardımcı kişinin davranışından kaynaklanıyorsa TBK md.116 sorumluluğu da olmaktadır.

**16-** Hukukumuzda belirli şartların bulunması halinde sorumsuzluk anlaşması yapılmasına izin verilse de tıbbi müdahale edimi tıp mesleği çerçevesinde yürütülen bir faaliyet olduğundan hastane işleticisi ve/veya hekim TBK md.115/f.3 hükmü gereğince borçlu olarak, TBK md. 116/f.3 hükmü gereğince de yararlandığı yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumsuzluk anlaşması yapmak suretiyle sorumluluktan kurtulamamaktadır.

**17-** Culpa in contrahendo sorumluluğu diğer adıyla sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hali, taraflar arasında hukuki ilişki kurulmadan önce görüşenlerin yakınlaşmalarından doğan ve kökenini dürüstlük kuralında bulan genel özen gösterme yükümünün oluşturduğu güven ilişkisinin ihlal edilmesi halidir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabilmesi için, sözleşme görüşmeleri sırasında görüşenlerden birinin dürüstlük kuralına aykırı kusurlu davranışı ile diğer görüşeni zarara uğratması ve bu kusurlu davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

**18-** Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmeleri neticesinde zarara uğrayan hasta veya yakınları hastane işleticisi ve/veya hekimden sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat talebinde bulunabilirler.

**19-** Hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmeleri çerçevesinde meydana gelen maddi zarar, vücut bütünlüğünün ihlali halinde uğranılan zarar (cismani zarar) olabileceği gibi ölüm sebebiyle uğranılan zararlar da olabilmektedir. Maddi zarar kalemleri TBK md.53 vd. da özel olarak düzenlenmiş olup tıbbi müdahaleden doğan maddi zararlar hastanın sağ olup olmasına göre bedensel zarar ve ölüm halinde uğranılan zarar olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bedensel zararlar da TBK md. 54'te belirtildiği üzere tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar vb. şekildedir. Ölüm halinde uğranılan zararlar ise TBK md. 53'te belirtildiği üzere ölümün hemen gerçekleşmesi veya daha sonra gerçekleşmesi halinde değişiklik göstermektedir. Nitekim ölüm hemen gerçekleşmişse zarar, cenaze giderleri ve destekten yoksun kalınması sebebiyle ilgililerin uğradığı kayıplardan oluşmakta iken, ölümün hemen gerçekleşmemesi halinde bu zarar kalemlerine tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar da girmektedir.

**20-** Maddi tazminat talebinde bulunacak kişi ise vücut bütünlüğünün ihlali halinde ilgilinin kendisi iken, ölüm halinde ölenin yakınlarıdır.

**21-** Hastaneye kabul ve/veya hekimlik sözleşmeleri çerçevesinde meydana gelen manevi zarar ise, hastanın vücut bütünlüğünün ihlali ya da ölümü halinde hastanın ve/veya yakınlarının bu sebeple acı, elem ve ızdırap çekmesi (manevi zarara uğraması) şeklinde söz konusu olmaktadır.

**22-** Manevi tazminat davası açma hakkı, hafif bedensel zarar halinde TBK md.56/f.1'e göre sadece zarar görene (hastaya); ağır bedensel zararın söz konusu olduğu hallerde TBK md.56/f.2'ye göre zarar gören (hasta) ile onun

yakınlarına ve ölüm halinde de TBK md.56/f.2 gereği doğrudan ölenin yakınlarına aittir.

**23-**Hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde zarara uğrayan hasta ve/veya yakınlarının açabileceği tazminat davasında hangi mahkemenin görevli olduğu konusunda hukukumuzda birçok mevzuatsal değişiklik bulunmaktadır.

**a-** Görevli mahkeme 1086 sayılı HMUK döneminde talep edilen miktara göre değişmekte ve 2011 yılı için 7.780,00TL'nin altında kalan talepler bakımından sulh hukuk mahkemeleri görevli iken bu miktarı aşanlar bakımından asliye hukuk mahkemeleri görevlidir.

**b-** 6100 sayılı HMK'ya göre ise, görevli mahkeme talep miktarına bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesidir.

**c-** 4077 sayılı TKHK döneminde söz konusu uyuşmazlıklar bakımından genel mahkemeler görevlidir ve bu kanunun 1086 sayılı kanunla birlikte yürürlükte olduğu zamanlarda görevli mahkeme talep edilen miktara göre sulh ya da asliye hukuk mahkemesi olmakta iken 6100 sayılı kanunla birlikte uygulandığı zamanda münhasıran asliye hukuk mahkemesi görevli olmaktadır.

**d-** 6502 sayılı TKHK bakımından ise görevli mahkeme, Yargıtay içtihatlarına göre tüketici mahkemeleri iken kanımızca asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğunun kabulü gerekmektedir.

**24-**Hastaneye kabul sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi yerdeki görevli mahkemede görüleceğine ilişkin olarak; 6100 sayılı HMK md.6'ya göre genel yetkili mahkeme davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Birden fazla davalının olması halinde bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir (HMK md.7).HMK

md.10'a göre sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir.

**25-**Hastaneye kabul ve hekimlik sözleşmesine vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacağından ve vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan talepler de TBK md. 147/f.1-5. bent uyarınca 5 yıllık zaman aşımına tabi olduğundan anılan uyuşmazlıklardan doğan talepler de 5 yıllık zaman aşımına tabidir.



## KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil** : ‘Hekimin Sorumluluğunun Hukuki Temeli’, Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi Sempozyum Dizisi No:78, Ekim 2012, (Metin içinde ‘Sempozyum’ olarak anılmıştır.).
- AKKANAT, Halil** : ‘Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları’, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Hüseyin Hatemi (Editör), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.25-41.
- AYAN, Mehmet** : Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 9. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2015.
- AKMAN, Galip Sermet** : Sorumsuzluk Anlaşması (Doktora Tezi), İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1976.
- AKYILDIZ, Sunay / ÇELİK, Faik /HAKERİ, Hakan / SOMER, Pervin** : Tıp Hukuku Atölyesi- I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- ARIDEMİR, Arzu Genç** : Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2008.
- ATEŞ, Turan** : Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, Nobel Tıp Kitapevleri, 2012.

- BİRTEK, Fatih** : ‘Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayırımı’, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S.5, Yıl 2007, s.2001, 2003.
- BULUT, Berivan** : ‘Teşhis ve Tedavi Hatalarında Hekimin Sorumluluğu’ Farklı Çevrelerden Tıp Hukuku Sorunları, Birinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- BUZ, Vedat** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2012, (Metin içinde ‘Sempozyum’ olarak anılmıştır.).
- CANPOLAT, Ferhat** : ‘Kamu Hastanelerinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı’, (Çevirimiçi) ([www.tbddergisi.barobirlik.org.tr](http://www.tbddergisi.barobirlik.org.tr)) (Erişim Tarihi, 08.09.2014).
- ÇETİN, Gürsel** : ‘Tıbbi Malpraktis’, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi, No:48, Şubat 2006.

- ÇİMEN, Esra** : ‘Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü’, Farklı Çevrelerden Tıp Hukuku Sorunları, Birinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- ÇİPLİ, Sercan** : Beden Tamlığının İhlali Ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2011, ([www.tez.yok.gov.tr](http://www.tez.yok.gov.tr)) (Erişim Tarihi: 08.05.2016).
- DEMİR, Mehmet** : Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara, Turhan Kitapevi, 2010 (Metin içinde ‘Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu’ olarak anılmıştır.).
- DEMİR, Mehmet** : Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, (Metin içinde ‘Sağlık Hukuku Kurultayı’ olarak anılmıştır.).
- DEMİR, Mehmet** : ‘Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.3, Yıl. 2008, s.225-252, ( Metin içinde ‘AÜHFD’ olarak anılmıştır.).
- EKMEKÇİ, Ömer** . ‘Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının



Unsurları', İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı: Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul, 1996.

- EKİCİ, İlkey** : Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısının Fiillerinden Doğan Sorumluluk, 2016, Ankara, (www.tez.yok.gov.tr) (Erişim Tarihi: 08.05.2016).
- ER, Ünal** : Sağlık Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, (Metin içinde 'Genel Hükümler' olarak anılmıştır.).
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.33.(Metin içinde 'Özel Hükümler' olarak anılmıştır.).
- ERGÜNE, Mehmet Serkan** : Olumsuz Zarar, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2008 (Metin içinde 'Olumsuz Zarar' olarak anılmıştır.).
- ERGÜNE, Mehmet Serkan** : 'Culpa In Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini' Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.I., 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010, s.909-927.

- GÖKYAYLA, Kadir Emre** : Destekten Yoksun Kalma Tazminatı (Doktora Tezi), (tez.yok.gov.tr), 2004, Ankara.
- GÖKYAYLA, Kadir Emre** : ‘Destekten Yoksun Kalma Tazminatı’ Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II (Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan), İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, Birinci Basım, 2014, s.68-84 (Metin içinde ‘Destekten Yoksun Kalma Tazminatı’ olarak anılmıştır).
- GÜNDAY, Rezzan** : Tıbbi Müdahalede Ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- GÜVENÇ, Özgür** : ‘Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S.3-4, 2014, s.363-405  
(<http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi>)  
(Çevirimiçi, Erişim Tarihi; 01.10.2015).
- HAKERİ, Hakan** : Tıp Hukuku El Kitabı, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014 (Metin içinde ‘El Kitabı’ olarak anılmıştır.).
- HAKERİ, Hakan** : Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, (Metin içinde ‘Tıp Hukuku’ olarak anılmıştır.).

- HAKERİ, Hakan** : Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.161-170 (Metin içinde ‘Sağlık Hukuku Kurultayı’ olarak anılmıştır.).
- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, EMRE** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- HATIRNAZ EROL, Gültezer** : ‘Özel Hastaneler İle Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi’, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi ‘Sağlık Hukuku Makaleleri’ 10/17 Eylül 2011 Orhan Apaydın Konferans Salonu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.191-221.
- HATIRNAZ EROL, Gültezer** : Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu Ve Hasta Hakları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu** : Güven Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- KARACA, Mehmet** : İfa Yardımcısını Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu’, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, No:49, Eylül 2010.
- KICALIOĞLU, Mustafa** : Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki

- Sorumlulukları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- KICALIOĞLU, Mustafa** : Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, (Metin içinde ‘Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları’ olarak anılmıştır.).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara, 2013.
- KILIÇOĞLU, Mustafa** : Tazminat Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014, (Metin içinde ‘Tazminat Hukuku’ olarak anılmıştır.).
- KILIÇOĞLU, Mustafa** : ‘Özel Durumlar (Ölüm ve Bedensel Zarar, Kişilik Haklarının Zedelenmesi)’, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II (Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan), İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, Birinci Basım, 2014, s.37-44.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III: İfa , İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009.
- KULAKLI, Emrah** : ‘Teşhis ve Tedavi Sözleşmelerinde Yardımcı Şahsın Fiillerinden Doğan Sorumluluk’, (Çevirimiçi) [www.odakhukuk.com.tr](http://www.odakhukuk.com.tr) , (01.11.2013).

- KÜRŞAT, Zekeriya** : ‘Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.67, S.1-2, 2009, (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/>) (Erişim Tarihi:19.03.2016), s.143-166.
- OĞUZMAN, M. Kemal / Öz, M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 12.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014 (Metin içinde ‘C.I.’ olarak anılmıştır.).
- OĞUZMAN, M. Kemal / Öz, M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II., 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014 (Metin içinde ‘C.II.’ olarak anılmıştır.).
- NOMER, Haluk N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler,14. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2015 (Metin içinde ‘Genel Hükümler’ olarak anılmıştır).
- NOMER, Haluk N.** : Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1996 (Metin içinde ‘Maddi Tazminatın Belirlenmesi’ olarak anılmıştır).
- NOMER, Haluk N.** : ‘Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün müdür?’, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.58, S.1-2, İstanbul, 2000, s.221-229 (Metin içinde ‘İÜHFM’ olarak anılmıştır).

- ÖĞÜZ, Tufan** : ‘İfa İmkansızlığı’, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II (Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan), İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, Birinci Basım, 2014, s.327-331 (Metin içinde ‘İfa İmkansızlığı’ olarak anılmıştır).
- ÖZALP, Tuba / ÖZALP, Faruk** : Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa** : ‘Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu’, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi ‘Sağlık Hukuku Makaleleri’ 10/17 Eylül 2011 Orhan Apaydın Konferans Salonu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.295-313.
- ÖZKAN, Hasan / (ÖNER)** : Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, Ankara, AKYILDIZ, Sunay Seçkin Yayıncılık, 2008.
- ÖZPINAR, Berna** : ‘Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri’, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008.
- PETEK, Hasan** : ‘Güzelleştirme Amaçlı Estetik Amaçlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2006, (<http://webb.deu.edu.tr>) (Erişim Tarihi: 19.03.2016), s.177-239.

- REİSOĞLU, Safa** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012’ de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış 25. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2014.
- SAVAŞ, Halide** : Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Tıbbi Malpraktis- Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013 (Metin içinde ‘Tıbbi Müdahale Hataları’ olarak anılmıştır).
- SAVAŞ, Nuriye** : ‘Hekimin Tazminat Sorumluluğu’, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi ‘Sağlık Hukuku Makaleleri’ 10/17 Eylül 2011 Orhan Apaydın Konferans Salonu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.157-179 (Metin içinde ‘Hekimin Tazminat Sorumluluğu’ olarak anılmıştır)..
- ŞATIR, Nejdet** : Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Soruşturma Usulleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- ŞENOCAK, Zarife** : ‘Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat’, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008.
- TANDOĞAN, Haluk** : Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Ankara, Ajans Türk Matbaası,

1961.

**TANERİ, Gökhan** : Hasta Hakları, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2014.

**TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet /** : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

**BURCUOĞLU, Haluk /**

**ALTOP, Atilla**

**TEKİNAY, Selahattin Sulhi** : Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul, 1993.

**TOPUZ, Murat** : İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar Ve Bu Zararın Belirlenmesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

**TÜRKMEN, Ali** : Hasta ve Hekim Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

**ULUSLU, Çağrı Şükrü** : ‘Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği’, İstanbul Barosu Dergisi, Kasım-Aralık 2013, C.87, S.2013/6.

**YILMAZ, Battal** : Açıklamalı- İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.



**YÜREKLİ, Sabahattin**

: ‘İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.72, S.2, 2014, (www.journals.istanbul.edu.tr/) (Çevirimiçi, Erişim Tarihi; 01.10.2015).

### **ELEKTRONİK KAYNAKLAR:**

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

[www.kararara.com](http://www.kararara.com)

[www.journals.istanbul.edu.tr](http://www.journals.istanbul.edu.tr)

[baronet.istanbulbarosu.org.tr](http://baronet.istanbulbarosu.org.tr)

[www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr](http://www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr)

[www.odakhukuk.com.tr](http://www.odakhukuk.com.tr)

[dosya.marmara.edu.tr](http://dosya.marmara.edu.tr)

<http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi>

[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

<http://webb.deu.edu.tr>