

T.C.  
DİCLE ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI  
YÜKSEK LİSANS TEZİ

117009

ÖZEL HUKUK AÇISINDAN MUAYENEHANE VE ÖZEL HASTANEDE  
VERİLEN TIBBİ YARDIMLARDA HEKİMİN SORUMLULUĞU

117009

HAZIRLAYAN  
YAHYA KAZIK ( 2000-20343 )

TE. YÜKSEK LİSANS ENSTİTÜSÜ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DANIŞMAN  
Yrd. Doc. Dr. Murat KANDEMİR

DİYARBAKIR  
2002

## ( Ö Z E T )

Bu çalışma, Özel Hukuk Bölümünde Yüksek Lisans tezi olup, konusu “Özel Hukuk açısından, Muayenehane ve Özel Hastanede Verilen Tıbbi Yardımlarda Hekimin Sorumluluğu” dur.

Yapısı gereği tıbbi müdahaleler, insan sağlığını konu edinmeleri nedeniyle, hem zorunlu ve yararlı hem de tehlikeli sonuçlara neden olabilecek davranış ve uygulamaları bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla, hem tıbbi yardımda bulunan hekimin hem de sağlığına kavuşmak isteyen hastanın karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi ve taraflarca bilinmesi gerekir.

Tez üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; tıbbi yardımın tarihsel gelişimi, hekimlik ve özel hastane kavram ve yetkileri, tıbbi yardımın hukuki niteliği, İkinci bölümde; tıbbi yardım sözleşmesinin kurulması, tarafların borçları ve hekimin sorumluluğu, Üçüncü bölümde; sorumluluğun sonuçları, sorumluluğu kaldıran ve azaltan etkenler ve tıbbi yardım sözleşmesini sona erdiren nedenler incelenmiş ve birde sonuç kısmı koyulmuştur.

## A B S T R A C T

This study is Master of Science (Ms) thesis whose topic is “the responsibility of doctor concerning medical help at consulting room and private hospital in terms of private law”


Because of structure of medical intervention, concerning person' s health, the medical intervention includes the behaviour and applications which can cause both obligatory, help ful and dangerous results. For this reason, both doctors and the patients law and obligations have to be determined and know by both sides.

The thesis consists of 3 parts. At first part, the historical development of medical help, occupation of doctor, private hospital aspects and authority, and the law property of medical help, At second part; to establish medical help contract, the debts of sides and responsibility of doctor. At third part; result of responsibility, the factors that cancels or reduces responsibility and the factors that finalises medical help contract are examined and a result part is added.

**Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne**

Bu çalışma jürimiz tarafından...*Öz el Hulusu*.....

.....  
Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS/DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan : *Doc. Dr. H. Tahir Fendoglu* 

Üye : *Doc. Dr. Fazıl Hüsnü Ersoy* *F. Hüsnü Ersoy*

Üye : *Ç. Doc. Dr. Mustafa Karaman* *U. Karaman*

Üye : .....

Üye : .....

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

...../...../.....

.....  
Akademik Unvan, Adı-Soyadı

Enstitü Müdürü

(Mühür)

*Turan*

**Prof. Dr. Abdülbaki TURAN**  
Müdür

## İÇİNDEKİLER

TÜRKÇE ÖZET.....	I
İNGİLİZCE ÖZET.....	II
TUTANAK.....	III
İÇİNDEKİLER.....	IV
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### TIBBİ YARDIMIN TARİHİ GELİŞİMİ. HEKİMLİK VE HASTANE KAVRAMI VE YETKİLERİ, TIBBİ YARDIMIN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. TIBBİ YARDIMIN TASRIHSEL GELİŞİMİ.....	3
A. GENEL OLARAK.....	3
B. TIP TARİHİ AÇISINDAN.....	4
C. HUKUK TARİHİ AÇISINDAN.....	7
II. TÜRK HUKUKUNA GÖRE HEKİMLİK VE ÖZEL HASTANE KAVRAM VE YETKİLERİ.....	10
A. HEKİMLİK KAVRAMI.....	10
1. Türk Mevzuatına Göre Hekimlik Yetkisi.....	11
a. Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip ve Türk Olmak.....	11
b. Diplomasının Sağlık Bakanlığınca Onaylanmış ve Kaydedilmiş Olması.....	12
c. Tabip Odasına Kayıt Olmak.....	12
d. Tabiplik Yapmaya Engel Hali Olmamak.....	12
2. Bilirkişi Olma, Hasta Tedavi Etme ve Rapor Verme Yetkisi.....	13
3. Uzman Hekimlik.....	13
a. Kavramı.....	13
b. Uzman Hekimlik Şartı ve Yetkisi.....	13
B. ÖZEL HASTANELER.....	15
1. Kavramı.....	15
2. Kabul Edebilecekleri Hastalar.....	15

3. Yükümlülükleri.....	16
4. Mesul Müdür Kavramı.....	17
a. Niteliği.....	17
b. Sorumluluğu.....	17
<b>III. TIBBİ YARDIMIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....</b>	<b>18</b>
<b>A. AKDİ YÖNDEN.....</b>	<b>18</b>
1. Kendine Özgü (sui generis) Sözleşme.....	18
a. Tanımı.....	18
b. Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile İlgisi.....	18
2. Karma Sözleşme .....	19
a. Kavramı.....	19
b. Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile İlgisi.....	20
3. Yasada Düzenlenen Tipik Sözleşme.....	21
a. Hizmet Sözleşmesi.....	21
(1) Tanımı ve Özellikleri.....	22
(2) Yasada Belirtilen Diğer Sözleşme ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile İlgisi.....	23
b. Eser (istisna) Sözleşmesi.....	24
(1) Tanımı.....	24
(2) Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile İlgisi.....	24
c. Vekalet Sözleşmesi.....	27
(1) Tanımı.....	27
(2) Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile İlgisi.....	27
4. Özel Hastanelerde Yapılan Tıbbi Yardımın Hukuki Niteliği.....	31
<b>B.AKİD DIŞI.....</b>	<b>35</b>
1. Haksız Fiil Yönünden.....	35
a. Genel Olarak.....	35
b. Haksız Fiil Sorumluluğunun Şartları.....	36
2. Vekaletsiz İş Görme Yönünden.....	37
a. Genel Olarak.....	37
b. Hekimin Vekaletsiz İş Gören Olarak Hareket Edeceği Haller.....	37
(1) Acil Durumlarda Müdahale.....	37
(2) Ameliyatın Genişletilmesi ve Tehlikeli Durum.....	38

(a) Genel Olarak.....	38
(b) Ameliyatın Genişletilmesinin Şartları.....	38
c. Caiz ve Caiz Olmayan Vekaletsiz İş Görme.....	39

## İKİNCİ BÖLÜM

### TIBBİ YARDIM SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, TARAFLARIN BORÇLARI, HEKİMİN SORUMLULUĞU

<b>I. TIBBİ YARDIM SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI.....</b>	<b>40</b>
A. GENEL OLARAK.....	40
1. Ehliyet.....	40
a. Genel Olarak.....	40
b. Tıbbi Müdahalelerde Ehliyetle İlgili Sınırlamalar.....	41
2. İcap Kabul.....	42
3. Sözleşmede Şekil.....	43
a. Genel olarak.....	44
b. Tıbbi Müdahalede sözleşmenin şekli ile ilgili sınırlama.....	44
B. SÖZLEŞME YAPMA HÜRRİYETİ VE SINIRLARI.....	46
1. Sözleşme Hürriyeti.....	46
a. Genel Olarak.....	46
b. Kapsamı.....	46
2. Sınırları.....	47
3. İrade Fesadı Halleri (hata-hile-tehdit) .....	49
a. Genel Olarak.....	49
b. Hata.....	49
c. Hile.....	50
d. İkraah.....	51
<b>II. TARAFLARIN BORÇLARI.....</b>	<b>51</b>
A. HEKİMİN BORÇLARI.....	51
1. Genel.....	51
2. Teşhis ve Tedavi Etme Borcu.....	52
a. Genel Olarak.....	52
b. Tedavide Sorumluluğun Kapsamı.....	52

3. Hastayı Aydınlatma.....	54
a. Genel Olarak.....	54
b. Aydınlatmanın Kapsamı.....	56
c. Aydınlatmanın Sorumlusu.....	57
d. Genel Olarak.....	57
e. Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları.....	58
4. Sadakat ve Özen.....	58
a. Genel Olarak.....	58
b. Kapsamı.....	58
5. Kayda Geçirme (arşivleme) ve Hesap Verme Borcu.....	62
a. Genel Olarak.....	62
b. Kapsamı.....	63
6. Sır Saklama Borcu.....	64
a. Genel Olarak.....	64
b. Kapsamı.....	64
c. İstisnaları.....	65
d. Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları.....	66
7. Hekimin İş Bizzat Yapma Borcu.....	66
a. Genel .....	66
b. Yardımcı Personel Kullanması.....	66
c. Hekimin Yerine Başkasını Koyması.....	69
d. İfa Yardımcısı ve Başkasını Yerine Koymada Sorumluluk .....	71
8. Özel Hastanelerde İlave Borçlar.....	73
B. HASTANIN BORÇLARI.....	75
<b>III. HEKİMİN SORUMLULUĞU.....</b>	<b>76</b>
A. GENEL OLARAK.....	76
B. SORUMLULUĞUN ÇEŞİTLERİ.....	77
C. KUSUR SORUMLULUĞU.....	77
1. Akdi Sorumluluk ve Unsurları.....	77
a. Genel olarak.....	77
b. Akdi Sorumluluğun Unsurları.....	78
(1) Akit .....	78
(2) Akdin İhlali.....	78



(3) Zarar.....	80
(a) Genel Olarak.....	80
(b) Çeşitleri.....	82
(i) Maddi Zarar.....	83
(ii) Manevi Zarar.....	84
(iii) Olumlu – Olumsuz Zarar.....	84
(iv) Kişiyeye İlişkin – Şeyeye İlişkin Zarar.....	85
(c) Zararın İspatı.....	85
(4) Kusur.....	85
(a) Genel Olarak.....	85
(b) Kusurun Çeşitleri.....	86
(i) Kast.....	86
(ii) İhmal.....	87
(c) Kusurun İspatı.....	88
(5) İliyet Bağı.....	89
(a) Genel Olarak.....	89
(b) İliyet Bağını Kesen Durumlar.....	89
(c) İspatı.....	90
2. Akid Dışı Sorumluluk ( Haksız Fiil – Haksız Eylem ) .....	90
a. Genel olarak.....	90
b. Kusur Sorumluluğu Şartları.....	91
(1) Eylem.....	91
(2) Zarar.....	92
(3) İliyet Bağı.....	92
(4) Kusur.....	92
(a) Genel Olarak.....	92
(b) İspatı.....	94
c. Hukuka Aykırılık.....	94
(1) Genel Olarak.....	94
(2) İspatı.....	95
3. Kusursuz Sorumluluk (Objektif = İliyet Sorumluluğu) .....	95
a. Genel Olarak.....	95
b. Akid Dışı İlişkide.....	95

(1) İstihdam Eden Olarak Sorumluluğu.....	96
(a) Genel Olarak.....	96
(b) Sorumluluğun Şartları.....	96
(2) Eser Maliki Olarak Sorumluluğu.....	97
c. Akdi İlişkide.....	97
(1) Genel Olarak.....	97
(2) Şartları.....	98
4. Akdi ve Akit Dışı Sorumluluğun Yarışması.....	98
a. Genel olarak.....	98
b. Müdahalenin Akdi ya da Akit Dışı Olmasının Önemi.....	99
(1) Genel Olarak.....	99
(2) Akdi ya da Akit Dışı Olmasının yardımcıların Eylemleri açısından Önemi.....	100
5. Vekaletsiz İş Görme.....	102
a. Genel olarak.....	102
b. Vekaletsiz İş Görmede Sorumluluğun Kapsamı.....	102

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TIBBİ YARDIM SÖZLEŞMELERİNDE HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI. SORUMLULUĞU AZALTAN, KALDIRAN SEBEPLER VE TIBBİ YARDIM SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİREN NEDENLER.

<b>I. HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI.....</b>	<b>106</b>
A. GENEL OLARAK.....	106
B. HAKSIZ FİİL NEDENİYLE İSTENEBİLECEK TAZMİNAT.....	107
1. Tazminat Kavramı.....	107
2. Tazminat Talebi Çeşitleri.....	107
a. Maddi Tazminat.....	108
(1) Genel Olarak.....	108
(2) Kapsamı.....	108
(i) Ölüm Halinde Maddi Tazminat.....	108
(ii) Cismani Zararda Maddi Tazminatın Kapsamı.....	109
b. Manevi Tazminat.....	112

(1) Genel Olarak.....	112
(2) Maddi Tazminatın Amacı.....	112
(3) Şartları.....	113
3. Tazmin Şekilleri.....	115
a. Aynen Tazmin.....	115
b. Para İle Tazmin.....	115
<b>C. AKDE AYKIRI DAVRANIŞ DA TAZMİNAT.....</b>	<b>116</b>
1. Genel Olarak.....	116
2. Tazminatın Şartları.....	116
3. Tazminatın Kapsamı.....	117
<b>II. SORUMLULUĞU KALDIRAN VE AZALTAN ETKENLER.....</b>	<b>118</b>
A. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI.....	118
B. RIZA.....	120
C. ZARURET.....	120
D. TAZMİNAT MİKTARININ AZALTILMASI VEYA KALDIRILMASI.....	121
1. Genel Olarak.....	121
2. Müterafık Kusur.....	121
a. Kavramı.....	121
b. Müterafık Kusur Halleri.....	121
(1) Rıza.....	121
(2) Zarara uğrayanın (Hastanın) Zarara Sebep Olması.....	123
(3) Zarara uğrayanın (Hastanın) Zararın Çoğalmasına Sebep Olması.....	124
(4) Hakimiyet Düşüncesi.....	124
E. TIBBİ EYLEMLERDEN DOĞAN ZARARLAR İÇİN SORUMLULUK SİGORTASI.....	124
<b>III. TIBBİ YARDIM SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİREN NEDENLER.....</b>	<b>125</b>
<b>SONUÇ.....</b>	<b>127</b>

## KISALTMALAR

<b>ABD</b>	: Ankara Barosu Dergisi
<b>AD</b>	: Adalet Dergisi
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>bk.</b>	: Bakınız
<b>BK.</b>	: Borçlar Kanunu
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CMUK</b>	: Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu
<b>DD</b>	: Danıştay Dergisi
<b>Dnp.</b>	: Dipnotu
<b>DÜHFD</b>	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>E.</b>	: Esas
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>HUMK</b>	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu dergisi
<b>İBK</b>	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>K.</b>	: Karar
<b>md.</b>	: Madde
<b>MK</b>	: Medeni Kanunu
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>sh.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>TDN</b>	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>TŞSTİDK</b>	: Tababet ve Şuabatı sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>vs.</b>	: ve saire
<b>YD</b>	: Yargıtay Dergisi
<b>YKD</b>	: Yargıtay Kararları dergisi

## GİRİŞ

İnsanların için içinde bulunduğu topluma ve birbirlerine karşı insan onuruna yakışır tarzda düzelmiş hak ve yükümlülükleri ile, bunlara uymayanların uğrayacakları akıbetin önceden bilinmesi, bir arada belirli bir düzen içerisinde mutlu sağlıklı ve güven içerisinde yaşamının olmazsa olmaz kuralıdır. İnsanlar bu kuralları yapacakları yasalarla ve çekişmesiz uygulanı gelen örflerle düzenlerler. Bu nedenle hiçbir fiil ve olayı , o fiil ve olayların sonuçlarını, tarafların, karşılıklı yükümlülük ve hakların belirlenmesini hukuk dışında tutmanın hukuki güven açısından imkanı yoktur.

Günümüzde tartışmasız kabul edilen temel hak ve insan onuru gerekçeleri ile yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, insan sağlığı gibi hususları konu edinen tıbbi müdahalelerinde belirlenmiş kurallara bağlanmaması düşünülemez.

Yapısı gereği tıbbi müdahaleler insan sağlığını konu edinmeleri nedeniyle hem çok gerekli ve faydalı ancak ; maalesef, bir o kadarda tehlikeli sonuçlara sebebiyet verebilecek davranış ve uygulamaları bünyesinde barındırmaktadır. Bu nedenle hem sağlık personelinin korkusuzca faaliyet icra edebilmesi hem e şifa bekleyen hastanın zarar görmeden sağlığına kovuşa bilmesi için karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi ve taraflarca bilinmesi zorunludur.

Mevzuatımızda bu konuda düzenlemeler olmakla beraber , ayrıntılı , tam bir düzenleme mevcut değildir. Ayrıca; gerek Türk gerekse karşılaştırmalı hukuk doktrinde, tedavi sözleşmesinin oluşması, kapsamı yükümlülükleri ve sonuçları tartışmalıdır.

Tıbbi yardımların, Özel Hukuk , İdari Hukuk ve Ceza Hukukunu ilgilendiren boyutları söz konusu olabilmektedir.

Tezimizi hazırlarken, ağırlıkla Türk doktrini olmak üzere doktrini ve uygulamayı göz önüne alarak; Tıbbi yardımın ; muayenehane ve özel hastane hekimliği açısından, Özel hukuk yönünü inceledik.

Tezde üç bölüm ve birde sonuç bölümü vardır. Birinci bölümde; tıbbi yardımın tarihsel gelişimi , hekimlik ve özel hastane kavram ve yetkileri , tıbbi yardımın hukuki niteliği , İkinci bölümde ;tıbbi yardım sözleşmesinin kurulması, tarafların borçları ve hekimin sorumluluğu, Üçüncü bölümde ; sorumluluğun sonuçları, sorumluluğu kaldıran ve azaltan etkenler ve tıbbi yardım sözleşmesini sona erdiren nedenler incelendi ve birde sonuç kısmı koyuldu.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### TIBBİ YARDIMIN TARİHİ GELİŞİMİ, HEKİMLİK VE HASTANE KAVRAMI VE YETKİLERİ, TIBBİ YARDIMIN HUKUKİ NİTELİĞİ

#### I. TIBBİ YARDIMIN TASRIHSEL GELİŞİMİ

##### A. GENEL OLARAK

Tarih görünüşte dünün olaylarını anlatıyor olsa da amacı dolayısıyla dünden ve bu günden ziyade yarını ilgilendirir. Böyle olunca maziye dile getiren tarih milletlere ve bilim kollarına kılavuzluk eder.

Her ilmin bir tarihi olduğu gibi varoluş nedeni; insanın acılarını azaltmak ve hayatını uzatmak olan tıp ilminde tarihi geçmiş insanlık tarihi kadar eskidir.

Hastalıklardan ve ölümden korkan insan, varlığının her döneminde tıp ilmine ihtiyaç duymuş, Ve sorunlarına çareler aramıştır. Bu nedenle de tıp ile insan hayatı her zaman iç içe olmuş ve bir birini tamamlamıştır.

İnsanın sağlıklı yaşamını tehdit eden hastalıklara ve yaraların iyileştirilmesine yönelik çeşitli tedavi süreçleri geçirilmiş.

Hekim tarafından hastaya uygulanan tedavi sürecinde bazen istenmeyen sonuçlar doğabileceğinden hukuk insan vücuduna uygulanan tıbbi müdahaleyi belirli kurallar içerisinde düzenleyerek hastayı ve yaralı korumayı amaçlamıştır.

Tıbbi müdahalenin tarihsel süreç içerisinde geçirdiği evreleri göz önüne alarak

Tıbbi müdahalenin gelişimini;

a. Tıp tarihi açısından

b. Hukuk tarihi açısından olmak üzere kısaca ele alalım.

## B. TIP TARİHİ AÇISINDAN

Tıp bugünkü modern seviyesine ulaşmaya kadar bir çok evrelerden geçmiş ve bu sürecin geçirilmesinde birçok tıp bilimcisinin ömrü vefa etmemiştir.

Tıp hastalıkların tedavisi ve yaraların iyileştirilmesinde başvurulan bir bilim dalı olduğunu düşünürsek bu bilim dalının insanlık tarihi kadar eski olduğu ortaya çıkar.<sup>1</sup>

19. ve 20 yüzyıllardaki araştırmaların yanı sıra paleontoloji ve antropolojinin sunduğu kanıtlar ışığında yapılan incelemelerde; tıbbın kökenlerinin büyüye üfürükçülüğe ve dini pratiklere dayandığı ortaya çıkmaktadır. Eski çağlarda insanlar acıya ve ölüme yol açan hastalık gibi birçok bilinmezliklerin kötü ruhların işi olduğuna inanırlardı.

Zamanla ortaya kötü ruhları yatıştırmanın yollarını bildiğini, zehirli ve şifai otları tanıdığını iddia eden büyücüler çıktı. Böylece bu içgüdüsel ve ampirik uygulamalardan bir BÜYÜ-TIP alanı doğdu.

Bu dönemde insanlar doğa kanunları yerine hastalıkları ya tanrının kızlığına ya da şeytanın kötülüğüne yormuşlar, tedavi olarak ta esrarlı ilaçlar, sihirler kullanmışlardır.

Sümer medeniyeti tıp hakkında bilgi sahibi olduğumuz en eski medeniyettir. Tıp astrolojiye dayanmakta, yıldızlardan ve aydan çareler aranmaktaydı. Arkeologlar Mezopotamya' da rahiplerin tedavi edici reçeteler yazmak amacıyla kullandığı kül tabletler bulmuşlardır.

<sup>1</sup> Themalarousse, milliyet yayınları,1993-1994, IV. Cilt, sh.416



Eski Yunan Uygarlığında tıp, Felsefe ışığında gelişti. Tıp iyileştirme sanatı olduğu gibi, yalnızca rahipler tarafından değil, sorgulamayı büyüye tercih eden insanlar tarafından da uygulamaya başladı.

Yunan tıbbi ile ilgili en önemli bilgi kaynağı Homerostur.

Homeros şöyle yazmaktadır. " Doktor pek çok yaşama değer varlıktır. Yaralardan okları çıkarmada ve açılan bu yaraları bitkisel merhemlerle iyileştirmede eşi yoktur" Bu dönemde doktorlar işi nedeniyle saygı duyulan kişiydiler.

M.Ö. 6. yüzyıldan itibaren tıp yeni bir kimlik kazandı. Yunanlılar sorgulayıcı bir düşünce sistemi geliştirdiklerinden, yaşamla ilgili sorulara yeni cevaplar getirdiler. Pisagor (M.Ö.580-489) tarafından kurulan Greko – italik okul Bilimsel tıbbın temelini oluşturan büyük bir felsefe okuluuydu.

M.Ö. 5.y.y.da tıbbın babası olarak bilinen Hipokrates bu günde hala kullanılabilirlik özelliğine sahip gözlem ve mantığa dayalı tanısal bir araştırma yöntemi geliştirmiştir. Hipokrates tıbbi yeni ve tarihsel bakımdan belirleyici bir yöne oturtmuş, klinik gözlemlere dayanarak geliştirdiği tedavi yöntemleriyle tanıları bir yana bırakmıştır. Hipokrates bütün tıbbi bilgilerini hastalık kavramıyla ilişkilendirmiştir.

IX. ve X. Y. Yüzyılda, Türk islam filazofu ve hekimi İbni Sina "El Kanun" adlı eseri ile tıbbın temel ilkelerini, hastalıkları ve belirtilerini, tedavi yöntemlerini anlatarak tıp öğretimini derinden etkilemiştir.

Ortaçağda tıp ilminin gelişimi kilisenin etkisi altında kalmış. Bedensel hastalıkların sadece tanrının yardımıyla iyileşebileceği düşüncesi yaygınlaşmıştır.

Kilise, doktorlara inançsızlar gözıyla bakmaya başlamıştır. Ortaçağda tıbbın ilerlemesi durmuş Skolastik felsefe tıbbi olumsuz yönde etkilemiştir.

17. y.yılın ikinci yarısında giderek doğa bilimlerine ve deneysel araştırmalara yaklaşılmaya başladı. Rönesansla birlikte, bilimsel düşüncenin gelişmesi, gözlem ve deneye verilen önemin artması tıp ilminin ilerlemesinde etkili oldu.

19. y.yıl hızlı değişimlerin yaşandığı bir çağ oldu. Bilimsel düşünce, bilginin tüm alanlarına yayıldı. Tıp makineleşme ve endüstriyel gelişimden yeni tıbbi aletlerin keşfiyle direkt olarak etkilendi.

Bu dönemde yeni gelişmeler hızla gerçekleşti ve uzmanlaşmalarla günümüz koşullarını<sup>2</sup> yakaladı.

Bedenimizdeki yaşamsal organlarımız kalbimiz, karaciğerimiz, böbreklerimiz vb. sakatlanıyor ya da hastalanıyor.

Ancak bu organlarımız yedeği yok. Yeni gelişmeler, yeni teknikler ve gelişmeler bu sorunlarımızı da büyük ölçüde çözme yolunda.

ABD.'nin Los Angeles Kenti Ce dars – Sani Tıp Merkezi araştırmaları, hayvanlar üzerinde yaptıkları deneylerde Karaciğer dokuları üretmeyi başardılar. Başka araştırmacılar, hayvan böbrek hücreleri kullanarak böbreklerin süzme işlevini gören yeni organ dokuları geliştirmekle meşguller.<sup>3</sup>

Yeni ve en çok medet umulan bir diğer yöntemse, kök hücre nakli ve kök hücrelerden yararlanarak bu şekilde parkinson ve benzeri hastalıklar gibi beyin

---

<sup>2</sup> Khalkedon Tıp Tarihi ,çev.GÜDÜCÜ, N, Hürriyet Yayınları, İstanbul 1998, sh.1 vd.

<sup>3</sup> Hürriyet Gazetesi, Akciğer oluşturmasına yönelik haber, 14.06.2002 , sh. 31

dokusunun tahrip olmasından kaynaklanan hastalıkların tedavisi için özellikle çok uygun bir yöntem olmasıdır. <sup>4</sup>

Temel felsefe bu dokular ve organlarla insan tümüyle yeniden yaratılmaya çalışılmaktadır.

### C. HUKUK TARİHİ AÇISINDAN

Tıp ilminin uygulayıcısı olan hekimin, tıbbi yardımlarda bulunurken bilinmesi gereken bazı hususları ve bazı tıbbi kaideleri bilmemesi veya bir zarar oluşumunda bunun önlenmesi için gerekli tedbirleri ihmal etmesi durumunda hekimin bu zarardan dolayı mesul olması hem mantıki hem de hukukidir.<sup>5</sup> Doktor, her şeyden evvel insana zarar vermemekle yükümlüdür. Ancak, geçmişte olduğu gibi günümüzde de hekimin tedavi aşamasında bazı istenmeyen eylemleri nedeniyle hasta zarar görebilmektedir. Hekimin, hastaya verdiği zarar vukuunda sorumlulukla karşı karşıya kalması eski asırlara dayanmaktadır.

M.Ö. 2000 yılında, büyük Kral Hammurabi zamanında hasta ve yaralının doktoru rahiplerdi ve rahiplerin sorumluluğu tanrıya karşı bir sorumluluktur. Rahiplerin tedavi aracı dini ayinler ve dualardan başka bir şey değildi. Oysa, insan bedeninde cerrahi müdahale yapan cerrahlar sivil toplum örgütlerine karşı sorumluydular.<sup>6</sup> Hekimin tıbbi mes' uliyeti konusunda Hammurabi Kanunları' nda ağır hükümler yer almaktadır. Mezopotamya' da Hammurabi Kanunları' nda: " Şayet bir tabip, bir kimseye tunç neşteriyle ağır bir yara yapar ve ölümüne sebep olursa, yahut tunç neşteriyle göz perdesini açayım derken gözünü yok ederse, o tabibin ellerini kesmeli (218); "Şayet tabip tunç neşteriyle bir esire ağır ameliyat yapar, hasta ölürse yerine esir vermeli (219); "Şayet tabip tunç neşteriyle göz perdesini açar, gözünü harap ederse kölenin bedelinin yarısını

<sup>4</sup> GÜRDİLEK, R., " Kendi Organını Kendin Yap " , TÜBİTAK yayınları , Bilim ve Teknik Dergisi, Ankara 1999 , Ekim S. , sh.55

<sup>5</sup> YELMER,N.S: Hekimlerin Hukuki Mesuliyeti, İstanbul 1948, sh. 24

<sup>6</sup> Khalkedon Tıp Tarihi,sh.10vd.

vermeli <sup>7</sup>(220). Cerrahlar ihmal ve ehliyetsizliği nedeniyle verilen cezalar çok ağır gibi gözükse de her zaman katı bir şekilde uygulanmadığı konusunda kanıtlar vardır.

Bu kurallar; hekimlerin tıbbi müdahale sırasında ne derecede dikkat ve titizlik göstermelerini gerektiğini anlatmıştır. Ancak kusura dayanmayan, sorumluluk için zararlı neticenin varlığını yeterli sayan bu kurallar, ilkel dönemin hukuk anlayışına uygundur.<sup>8</sup>

Hindistan' da, Buddha Kanunlarına göre hekimin mesuliyetini hekimlerden oluşan bir jüri inceler. Hekimin kötü niyeti yok ise ceza görmez, dikkatsizliği varsa hekim artık san' atını icra edemez.<sup>9</sup> Cezayı gerektiren bir hal varsa hekimin cezalandırılması yoluna gidilmiştir.

Mısır' da hekimin mesuliyeti, tapınaklarda düzenlenen tıp bilgilerini içeren kitaba göre belirlenirdi. Bu kitaptaki kuralları uygulayan doktor, herhangi bir ölüm veya iyileşmeme durumunda sorumlu tutulmuyordu. Ancak, kitapta yer alan tıp kurallarından ayrılma durumunda meydana gelen zarardan doktor sorumlu idi.<sup>10</sup>Kısaca, sorumluluk, kitaptaki tıp kurallarına uyup – uymama halinde ortaya çıkmaktadır.

Eski Yunan' da hekimin tıp kurallarına uymaması kusur olarak kabul edilmektedir. Hekimin mesuliyeti bu kusurdan kaynaklanmaktadır.<sup>11</sup> Tıbbın babası olarak bilinen Hipokrates de hekimin sorumluluğu konusunda temel kurallar getirmiştir. Aynı zamanda tababet ahlakının kurucusu olarak da Medicine adlı eserinde vicdani sorumluluk konusunda etik kurallara yer vermiştir.<sup>12</sup> Hipokrates, bugün hipokrat yemini olarak bilinen "hekim andı"nın oluşmasına öncülük ederek, eserlerinde tıbbi – etik kuralları işleyerek, bugünkü

<sup>7</sup> UZLUK,F.N., Genel Tıp Tarihi, Ankara 1958, sh.18-19

<sup>8</sup> AŞÇIOĞLU, Ç.: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar ,Ankara 1993, sh.4

<sup>9</sup> YELMER,sh.13

<sup>10</sup> AŞÇIOĞLU,sh.4

<sup>11</sup> AŞÇIOĞLU,sh.4

<sup>12</sup> YELMER,sh.20

hekimlik mesleğinde vicdani sorumluluğun oluşmasına büyük katkıda bulunmuştur. Hekimlerin, mesleğe başlamadan önce tıp bilgilerini insanlık kanunları aleyhine kullanmamayı taahhüt ederek namus ve şeref üzerine içtikleri hekim andı vicdani sorumluluğu ifade etmektedir. Hipokrates, tıbbi mesuliyetin zararın giderilmesinden çok, cezai niteliği üzerinde de durmuştur.

Roma Hukuku'nda "Lex Aquia ve Lexcornela De siciriis et veneficiis" kanunları, hekimin mesuliyetini, cezai ve hukuki sorumluluk olmak üzere birbirinden ayırmıştır. Bu ayırma sonucunda hekimin hukuki sorumluluğu ve hastanın uğradığı zararın telafi edilmesi amaçlanmıştır. Hekimin, tıbbi mesuliyetin temeli olan kusur sorumluluğu, temel ve değişmez bir unsur olarak günümüze kadar gelmiştir.<sup>13</sup>

Kutsal kitaplar (İncil ve Kur'an) da hekimlerin mesuliyeti ile ilgili kurallara rastlanılmamaktadır. İslam kaynaklarına göre bir hadiste "her kim tabip olmadığı ve tıp ilmini bilmediği halde tababeti icra eder de, verdiği ilacın tesiriyle bir zarar meydana gelirse cahil tabibe tanzim ettirilir" demek suretiyle, doktorun kusura dayalı mesuliyeti kabul edilmiştir<sup>14</sup>.

Günümüzde hekimlik mesleği, çeşitli kanun ve yönetmeliklerle düzenlenmiştir. 1219 Sayılı Tabebet ve Şuabatı Sanatları İcrasına Dair Kanun ile doktorluk mesleği, mesleki kuruluşları ve hasta – hekim arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar getirmiştir.

Yürürlükte olan kanunlarda hekimlerin hangi eylemlerinin hukuka aykırı ve suç oluşturduğu düzenlenmemiştir. Hekimlerin hukuki sorumluluğunda özel düzenlemeler yerine genel kurallara dayanılması amaçlanmıştır. Türk Borçlar Yasasında sorumluluk ile ilgili genel kurallar hekimlerin hukuki sorumluluğu hakkında da uygulanmaktadır.

<sup>13</sup> AŞÇIOĞLU,sh.4

<sup>14</sup> BAYRAKTAR, K. ; Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu (Tez), İstanbul 1972, sh.51

Geçmişten günümüze kadar gelen, hekimin sorumluluğunda bulunması gereken kusur şartı, teknolojinin ilerlemesi, sanayi' nin gelişmesi ve istihdamın önem kazanması, tehlike yaratan faaliyetlerin artması, zarara uğrayan kişilerin bu ilerleme karşısında güçsüz ve aciz kalması, hakkaniyet ve denkleştirici adalet duyguları ile zarara uğrayanların, kusur olmasa bile zararlarının karşılanması gerektiği görüşü nedeniyle bir objektif – kusursuz sorumluluk alanı ortaya çıkmıştır. Çağdaş hukuk düzenleri sorumlulukta yalnız kusuru değil, kusur bulunmasa bile, zarar ile eylem arasında uygun illiyet bağının bulunması sorumluluk için yeterli sayan hükümlere yer vermişlerdir. Türk Borçlar Yasasının da kusursuz sorumluluk ile ilgili genel kurallar yer alır. Bu hükümler, hekimin kusursuz sorumluluğuna yol açan tıbbi müdahaleler sonucunda ortaya çıkan zararın tazmininde de uygulanmaktadır. Günümüzde, tıbbi tedavini ilerlemesi, makineleşmenin artması nedeniyle hekimler birçok tıbbi müdahaleyi yardımcı personel ile birlikte gerçekleştirmeye başlamıştır. Bunun sonucunda, istihdam edilen bu kişilerin verdikleri zarardan hekimin kusuru bulunmasa bile sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Böylece hızlı ilerlemenin yaşandığı teknoloji çağında doktor karşısında hastanın daha fazla zarar görmemesi ve ortaya çıkan zararın kusur bulunmasa bile zararın giderilmesi hakkaniyet gereğidir.

Günümüz hukuk düzeni, hekimin sorumluluğunda kusurun yanında, kusursuz sorumluluğu da kabul ederek sorumluluk alanında yeni bir ilerleme

## 1. Türk Mevzuatına Göre Hekimlik Yetkisi

Türkiye Cumhuriyetinde hekimlik ve dış hekimliği yapabilmek için bazı şartlar aranmaktadır. Bunlar: öncelikle hekimlik ve dış hekimliği yapacak şahsın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması, Tıp Fakültesi diplomasına sahip olması, tabip odasına kayıtlı bulunması, hekimlik mesleğinin icrasına (geçici veya sürekli) engel hali bulunmamasıdır.

### a. Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip ve Türk Olmak

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair 1219 Sayılı Yasanın 1. md.' nde: Türkiye Cumhuriyeti dahilinde hekimlik yapabilmek için Türk Tıp Fakültesi diplomasına sahip olmak ve Türk bulunmak şartı <sup>16</sup> aranmaktadır.<sup>17</sup> 2527 Sayılı ve RG.29.9.1981 tarihli yasaya göre " mevzuatımızdaki yabancı gerçek kişilerin çalışmalarını kısıtlayıcı hükümler "Türk soylu yabancılar için uygulanmayacaktır. Dolayısıyla artık Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair 1219 Sayılı Yasanın 1. md.' ndeki "Türk olmak" ifadesi Türk soyluları da kapsar hale gelmiştir.<sup>18</sup>

1219 Sayılı yasanın 4 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinden yabancı ülkelerin Tıp Fakültelerinden mezun Türk hekimlerinin Türkiye'de hekimlik yapabilmelerine olanak tanınmıştır. Yabancı ülkelerdeki fakültelerden alınan diplomalar Sağlık Bakanlığınca onaylanmak şartıyla hüküm ifade edecektir.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> 1219 Sayılı Yasanın 77. md.'ne göre kazanılmış hakkı olanlar bundan müstesnadır.

<sup>17</sup> 1219 Sayılı K. nun 30.md.sinde ise dış hekimleri açısından aynı şartlar aranmaktadır.

<sup>18</sup> 25.9.1981 – 2527 , RG. 29.9.1981 – 17473. Sayılı kanun gereği Türk soylu yabancıların Türkiye'de hekimlik faaliyetini yapabilmeleri için ayrıca şu 3 unsur da aranmaktadır: (a) Türkiye'de ikamet etmesi , (b) Çalışma izni almış olması , (c) O iş dalında bir ihtiyacın var olması.

<sup>19</sup> Dış hekimleri için ,1219 Sayılı Kanununun 31.md. sinde aynı koşul düzenlenmiştir.

### **b. Diplomasının Sağlık Bakanlığınca Onaylanmış ve Kaydedilmiş Olması**

1219 Sayılı yasanın gayet açık olan 2. md'sine göre: Türkiye Tıp Fakültesinden alınan diplomanın geçerli olabilmesi için doktorun bu diploması Sağlık Bakanlığınca onaylanmış ve kaydedilmiş olması gereklidir. Hekimlik yapmak isteyen hekimler de diplomalarını onaylatır ve kaydettirirler. Ancak zorunlu hizmetlerini yaptıkları sürece diplomaları alıkonulan hekimler bu süre içinde dahi hekimlik yapmaya izinlidirler.

1219 Sayılı Yasanın 7.nci md. tümü veya bir kısmı "Türk" olan memur kullanan özel ve kamu kuruluşları ile "Türk" hastaları tedavi eden herhangi bir hayır ve sağlık kurumunda çalıştırılacak hekimlerin birinci ve ikinci maddelerde gösterilen niteliklere haiz olması şartını aramıştır.<sup>20</sup>

### **c. Tabip Odasına Kayıt Olmak**

6123 Sayılı kanunun 6. md.' ne göre "tabip odasına kayıt" şartı; kamu kurumunda görev yapmakla beraber ayrıca dışarıda muayene açarak serbest çalışan doktorlarda da aranmaktadır. Bu şart serbest çalışan doktorlar için de geçerlidir.

### **d. Tabiplik Yapmaya Engel Hali Olmamak**

1219 Sayılı Yasanın 22.nci md.sinde geçici, 28.md.sinde ise devamlı meslekten yasaklanma halleri düzenlenmiştir.<sup>21</sup>

"Zorunlu devlet hizmetinin yapılmamış olması" 2514 Sayılı Yasanın 5. md.' ne göre mesleği yapmaya engeldir.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> 1219 Sayılı Kanunun 77.nci md.sinde belirtilen kazanılmış hakkı olanlar istisna tutulmuştur.

<sup>21</sup> Diş hekimleri için ,1219 Sayılı Kanunun 45.md. sinde aynı koşul düzenlenmiştir

<sup>22</sup> 2514 Sayılı Kanunda (R.G.25-8-1981 sayı:17439) Bazı sağlık personelinin devlet hizmeti yükümlülük süre ve şartları düzenlenmiştir.



2219 Sayılı Yasanın 9.md.' ne göre Yüksek Haysiyet Divanı kararıyla geçici olarak sanat icra etmekten yasaklanan hekimler de , bu yasak süresince hastanelerde sorumlu müdür olamazlar.

## **2. Bilirkişi Olma, Hasta Tedavi Etme ve Rapor Verme Yetkisi**

1219 Sayılı Yasanın 11.nci md.sinde mahkemelerin; Türkiye' de hekimlik yapma yetkisine haiz hekimlere bilirkişi olarak baş vurabileceği 13 ncü.md.sinde bir kişinin beden ve ruh durumu hakkında, yalnızca bu yasa kapsamındaki hekimlerin rapor düzenleyebileceği belirtilmiştir.

Aynı kanununun 8.nci md.' nde; bu yasada gösterilen niteliklere haiz olanların genel olarak hastalıkları tedavi hakkının var olduğu belirtilmiştir

## **3. Uzman Hekimlik**

### **a. Kavramı**

Tüm çalışmalarını tıbbın bir dalında yoğunlaştıran hekime uzman (mütehassıs )hekim denir.<sup>23</sup>

### **b. Uzman Hekimlik Şartı ve Yetkisi**

Herhangi bir hekimlik dalında uzman olarak faaliyetini yürütmek isteyenler için ise 1219 Sayılı Yasanın 8. md.' ndeki "uzmanlık belgesi" aranmaktadır. Bu konuda Bakanlar Kurulunun 5 NİSAN 1973 ve 7/6229 Sayılı Kararnamesiyle yürürlüğe konulan Tababet Uzmanlık Tüzüğü de açıklığı sağlamaktadır.

5 NİSAN 1973 ve 7/6229 Sayılı Kararnamesiyle yürürlüğe konulan Tababet Uzmanlık Tüzüğü'nün 2.nci md. sinde asistanlığın tanımı, 5.md.' nde

<sup>23</sup> Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, 10. C,Milliyet yayınları, sh.5162

tababet uzmanlık ana ve yan dalları, bunlardaki eğitim süreleri ve rotasyonların ek çizelgede gösterildiği belirtilmiştir. 6. md.' de asistan olma şartları düzenlenmiş, 6. md.A-1' de 2527 Sayılı Kanunun kapsamında olan Türk Soylu Yabancılara, ayrıca, 7.md.' nde yazılan koşullarla Türk soylu olmayan yabancıların da Türkiye'de asistanlık yapabilmesine imkan tanınmıştır.

Röntgen şüası, radyum emanisyonu veya radyum mürekkebatıyla veya her türlü elektrik aletleriyle teşhis ve tedavi yapmak 3153 Sayılı Yasanın 1. ve 2. md.' leri gereği uzmanlık şartına bağlanmıştır.

Rahim tahliyesi ve sterilizasyon ameliyatları da TCK. md. 470 gereği yetkisiz kimselerce yapıldığı takdirde cezai müeyyideye bağlanmıştır. Böylelikle rahim tahliyesi ve sterilizasyon ameliyatlarında da TCK. md. 470 gereği özel uzmanlık şartı aranacaktır.

Umumi ve mevzii his iptali ile yapılan büyük ameliyatlar 1219 Sayılı Yasanın 23. md. gereği uzman doktor şartına bağlanmıştır.

Yasalarda açıkça belirtilmedikçe uzmanlık nedeniyle hekimlik yetkisinde sınırlama olmadığını kabul etmek gerekir.<sup>24</sup>

Fakat burada hemen şunu da belirtmek gerekir ki; uzman bulunamaması, getirilememesi gibi zorunlu ve istisnai durumlarda uzmanlık şartına bakılmaksızın hastaya yardımda bulunmak 1219 Sayılı Yasanın 23. md. gereği zorunludur. Hatta böyle bir durumda doktorun yardımdan kaçınması gerek ahlak gerekse meslek etiği açısından tasvip edilemez. Kaçındığı takdirde ceza yaptırımına dahi gidilebilir.

<sup>24</sup> "...damar cerrahi dalının uzmanlığı gereği olan bilgiler araç ve gereçlerle müdahalede bulunup bulunmadığı, zararlı sonucun eksik bilgi ve araç-gereçten kaynaklanıp kaynaklanmadığı..."  
4.HD.6.5.1991 gün ve 990/5104 E-991429 K.- AŞÇIOĞLU, sh.45'den

## **B. ÖZEL HASTANE**

### **1. Kavramı**

2219 Sayılı Hususi Hastahaneler Kanununun 1.nci maddesi; devletin resmi hastanelerinden hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirerek zayıf düşenleri sıhhi şartlar içerisinde besleyerek eski gücüne kavuşturmak ve doğum yardımında bulunmak için açılan ve açılacak bulunan sağlık yurtlarının 'hususî hastanelerden ' sayılacağını ve bunların açılma, kullanma, kapanma şartlarının bu kanun hükümlerine bağlı olduğu düzenlenmiştir.

Aynı kanunu 2.nci maddesi; kendi kanunlarına ve nizamname ve şartnamelerine göre, hususî şirketler, fabrikalar, ticaret, ziraat, sanat ve nafia işlerinde çok işçi çalıştıran şahıslar, amele birlikleri ve bu gibi diğer şahıslar ve teşekküller tarafından kendi işçilerinin ve işlerinde kullandıkları adamlarının hastalıklarını tedavi ve sağlıklarını korumak için açılacak hastane, revir ve diğer sağlık yurtlarının bu kanun kapsamında olmadığını belirtmiştir.

### **2. Kabul Edebilecekleri Hastalar**

2219 Sayılı Yasanın 24 ncü. maddesinde; özel hastanelere ruhsatlarında nevi belirtilen hastaları kabul ve tedavi edebilecekleri belirtilmiştir.

Aynı kanununun 27.nci maddesinde ; özel hastahanelerde uzmanlar tarafından kullanılan ve mahsus kanunlardaki vasıflarda bulunan röntgen ve sesiriyat laboratuvarlarında hastanede yatmayanlara ait muayenelerin de yapılabileceği belirtilmiştir.

Özel Hastahaneler Tüzüğü'nün 2'nci md.sine göre: Özel hastaneler, Tababet Uzmanlık Tüzüğü'nde gösterilen veya açılma izinlerinde yazılı olan bir ya da birkaç uzmanlık dalıyla ilgili hastaları ya da tıbbi yardım isteyenleri tedavi ederler.

### 3. Yüklümlükleri

Özel Hastahaneler Tüzüğü'nün 26 nci maddesinde: Hastaların vizitelerinin, her sabah, hastanenin uzmanları tarafından ya da isteği üzerine dışarıdan hastanın bakımını üstlenen uzman tarafından yapılacağını,

Ağır ameliyat edilmiş ya da sürekli izlenmesi gerekli hastaların, ameliyat sonrası yada yoğun bakım birimlerinde; burada görevli uzmanlarca ya da hastayı tedavi eden tabiplerce, bu birimler yoksa tedavi eden tabipçe sürekli izlenerek gerekli önlemlerin alınacağı,

Bunların dışında ortaya çıkan herhangi bir acil durumda, hastane yönetiminin ilgili uzmanı getirmek zorunda olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca, Tüzüğü'nün 27 nci maddesinde günün her saatinde bir tabip bulundurulma zorunluluğu belirtilip, acil hastalar ve yaralılar başlığını taşıyan 28.nci.maddesinde; acil hasta ve yaralıların başvurusu halinde, ilk ve acil müdahalenin yapılabileceği imkana sahip bir acil ünitenin oluşturulmasının zorunluluğunu, yapılacak tıbbi yardımın ve alınacak önlemlerin yerine getirilmesinden mesul müdürün, onun bulunmaması halinde nöbetçi tabibin yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

2219 Sayılı Özel Hastaneler Kanununun 21 nci maddesine göre çıkartılan Özel Hastaneler Tüzüğü<sup>25</sup> nün 1.nci maddesinde; özel hastanelere kabul edilecek hastalar, hastanelerin türleri binaların nitelikleri, personel kadroları, bulundurulması zorunlu ilaç, araç ve gereçler ve özel hastanelerin iç hizmetlerine ilişkin esaslarının bu tüzükte gösterildiği belirtilmiştir. Devam eden diğer maddelerinde de; hasta odaları, mutfak, asansör, ısıtılma, tuvalet, banyo, özel hastanenin nevine göre olması gereken özellikler, ameliyathane ve laboratuvar hizmet yerleri, hasta dosyaları, iç hizmet yönergeleri, bulundurulacak en az sağlık personeli sayısı vb. olmak üzere özel hastanelerin kuruluş ve işletilmesi ile ilgili pek çok konu düzenlenmiştir.

<sup>25</sup> R.G. 10 Ocak 1983 –Sayı:17924 Bakanlar Kurulu Kararnamesi:No:8/5747-28 Şubat 1982

#### **4. Mesul Müdür Kavramı**

2219 Sayılı Hususi Hastahaneler Kanunu' nun, "hususî hastahanelerin teşkilatı" başlıklı 9 ncu md.sine göre : Hususi hastanelerin mesul bir müdürü bulunur.

##### **a. Niteliği**

Bu müdürün Türkiye'de sanatını yapmaya izinli Türk hekimi olması ve ikisi hastahanelerde olmak üzere en aşağı 5 yıl Türkiye'de hekimlik etmiş veyahut devlet meslek memurluklarında çalışmış bulunması, herhangi bir suçtan dolayı ağır hapse veya şeref ve haysiyeti bozan suçlar yüzünden hapse mahkum olmaması lazımdır.

##### **b. Sorumluluğu**

2219 Sayılı Yasanın 23.ncü maddesine göre; özel hastanenin müdürü , hastanenin her türlü mali ve idari işlerinden sorumlu olduğu gibi , hastaların tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslara uygun tedavi ve istirahatlerini sağlamakla da yükümlüdür.

Aynı kanun 12 nci maddesi; özel hastahanelerin kabule yetkili oldukları hastaların istedikleri tabibi, davete ve tedavilerinin bu hekimler tarafından yapılmasına müsaade etmeye mecbur olduklarını, eğer hastalar böyle bir talepte bulunmazlar ise hastahaneler bu tedaviyi birinci sınıf uzman tabiplerine tevdi edeceklerini, kendisine bakımı tevdi edilen uzman tabibin bu hastaların tedavisinden mesul olduklarını, birinci sınıf uzman mesul müdürlerin, kendi uzmanlıklarını da üzerine alarak yürütebileceklerini düzenlemiştir.

### III. TIBBİ YARDIMIN HUKUKİ NİTELİĞİ

#### A. AKDİ YÖNDEN

##### 1. Kendine Özgü (sui generis) Sözleşme

###### a. Tanımı

Kendine özgü sözleşme (Sui generis sözleşme) adından da anlaşılacağı üzere kendine özgülük taşımaktadır. Bu tip sözleşmeler yasadaki tip sözleşmelerden ya da tip sözleşmelerin karışımı olan karma sözleşmelerden farklıdır. Şöyle ki, aktin özellikleri yasadaki tipik unsurları taşımadığından tipik değildir, birkaç tipik sözleşmenin birbirine eklenmesiyle oluşturulan ama her iki sözleşmenin de özelliklerini taşıyan karma sözleşme de değildir.<sup>26</sup>

###### b. Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile İlgisi

Tedavi sözleşmesinin belli bazı özellikleri vardır. Bunlar; özel özen ve güven, bir tarafın aciz olması gibi özelliklerdir. Ancak bu nitelikler, doktrindeki bazı görüşlerin<sup>27</sup> aksine, kanaatimizce bu sözleşmeye kendine özgü nitelik kazandırıcı olmamalıdır.<sup>28</sup> Güven, şefkat vb. sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemez. Bunlar zaten hekimin özen yükümünün gerekleridir.<sup>29</sup> Nitekim özel özen ve güven unsuru bir avukat ile vekili arasındaki vekalet ilişkisinin de özelliklerinden biridir. Fakat bu özellik avukat ile müvekkili arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi niteliğini bozmamaktadır.

<sup>26</sup> ARAL, sh.52; TANDOĞAN, H. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1/1, Ankara 1985, sh.13

<sup>27</sup> AYAN, M. :Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara 1991, sh. 51; ATABEK, R. /SEZEN, M.:Hekimin Mesuliyeti, İBD., 1954, C.18, S.2, sh.135 vd.

<sup>28</sup> TANDOĞAN, H. : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, CII, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Ankara 1987, sh.21; "...cerrahi müdahalenin yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisi dolayısıyla vekalet hükümleri uygulanmalıdır."

<sup>29</sup> AYAN, sh.54

Hekimlik sözleşmesine kendine özgü sözleşme dememiz pratik ihtiyaçlara da uygun düşmeyecektir; kural bulmakta zorluk çekilecektir.<sup>30-31</sup>

Doktrinde kendine özgü sözleşme niteliğini sınırlı sayı (numerus clausus) prensibinden hareket ederek kabul etmeyen<sup>32</sup> görüşler de vardır.

## 2. Karma Sözleşme

### a. Kavramı

Aslında bu ayırım kendine özgü sözleşme ayırımıyla aynı madde içine de sokulabilir. Fakat kendine özgü sözleşmeye tam anlamıyla karma sözleşme denilemeyeceğinden, yasadaki (tipik) sözleşmelerin karışımına karma sözleşme dememiz daha mantıklı olabilecektir.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> ŞENOCAK, Z. : Özel Hukuk' ta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, sh.27; “Bu akitler iyi niyet kurallarına ve işlerde yaygın olan teamüllere göre yorumlanır ve tamamlanırlar. Bunlara mahiyetleri müsaade ettiği oranda benzedikleri akit tiplerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır ve gerektiği taktirde Borçlar Kanunu’ nun genel hükümlerine başvurulur. Doktrinde azınlıkta olan bir görüşe göre: hekim ile hasta arasındaki akit kendine özgü yapısı olan bir akitir. Bu nedenle taraflar arasında ortaya çıkan ihtilafların çözümü için Borçlar Kanunu’ nun genel hükümlerinde istifade edilmek gerekir.”

<sup>31</sup> HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI , A.: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, sh.50-51; “Atipik sözleşmeler ıskalasının en üst basamağındaki bu kendine özgü sözleşmeler açısından, (kural çokluğu) değil de (kural yokluğu) söz konusu olur...”

<sup>32</sup> HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI , A., sh.352; “Gautschi; İsviçre Borçlar Hukuku’ nu (iş görme sözleşmeleri) alanında (numerus clausus) ilkesinin hakim olduğu görüşünü ileri sürmüştür. ...Taraflar; diledikleri biçimde isimsiz iş görme sözleşmeleri kuramazlar. Bu konuda, OR. 395/II yd gerektiği gibi dikkat edilmemiştir. (Bk.386/II):

Bu kanundaki hiçbir sözleşme türüne uymayan iş görme sözleşmeleri, vekalet hükümlerinde tabi olurlar. (Bk. 386/II: “Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi vekalet hükümleri cari olur.”)...

Kanaatimce, OR394/II (Bk.386/II) kuralı; (numerus, clausus) ilkesinin bu alanda varlığını savunmayı zorunlu kılmaz. (numerus, clausus), kanundan açıkça anlaşılmalıdır. BK.386/II’ nin anlamı şu olmak gerekir: (somut olayda, yorum yolu ile, isimsiz bir iş görme sözleşmesinde doğan ihtilafların hangi sözleşme türüne ait kural ile çözüleceği tespit edilemiyorsa; vekaletle ilişkin kurallardan yararlanılır). Şu halde, burada (numerus, clausus) ilkesi getiren emredici bir kural değil, sadece, sözleşmeye uygulanacak kanun kuralı, güven ilkesine göre gerçekleştirilecek sözleşme yorumu ile belirlenemiyorsa, tamamlayıcı kural olarak vekalet kurallarının uygulanacağını belirten bir (yorum kuralı)’ dır.”

<sup>33</sup> ARAL, sh.52-53; “...Geniş anlamda karma sözleşmeleri, kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş akitlere ait unsurlara karışımı olarak tanımlamaktadırlar. Bu taktirde karma sözleşmeler ile kendine özgü (sui generis) sözleşmeler arasındaki fark, bazı hallerde tamamen kaybolmaktadır.... “

## b. Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile İlgisi

Hekimin tedavi faaliyetinde hastasına uygulayacağı tedaviler değişik nitelikler arz edebilecektir. Hekim uyguladığı tedavide hastasına değişik sözleşmelerin konusunu teşkil edebilecek nitelikte faaliyetlerde bulunabilir; bazı faaliyetlerinde tamamen bir tedavi amacı ön planda iken bazı faaliyetlerinde ise estetik veya diğer başka bir amaç ön planda olabilir. Hekimin bazı faaliyetleri ise bu tedavi, estetik ve diğer başka amaçlardan her birini de kapsayabilecektir, aynı zamanda her iki faaliyet de (tedavi, estetik amaç) ön planda olabilecektir. Karma sözleşme görüşüne en klasik örnek olarak diş hekiminin faaliyeti gösterilmektedir; diş hekimi dişe tedavi uygulama yanında aynı zamanda protez – köprü yapımını da üstlenmişse durum böyledir. Bu durumda hekimin sadece tek tip bir faaliyeti söz konusu olmadığından ve yapılan faaliyet değişik sözleşmeleri aynı zamanda devreye soktuğundan bu faaliyetin sonucunda uygulanacak hukuk kuralları da değişik sözleşme tiplerini kapsayabilecektir. Böylelikle de hekimin bu faaliyeti karma<sup>34</sup> bir nitelik arz edecektir.

Bu konuda devreye giren her iki sözleşmeye de öncelik tanınarak karma<sup>35</sup> nitelik verilmesi yönünde görüşler olduğu gibi; tedavi faaliyetinde baskın olan<sup>36</sup> faaliyetin hangi sözleşme tipine girdiği tespit edilerek faaliyeti o sözleşmenin hükümlerine gidilerek halledilmesi yönünde de görüşler vardır. Ayrıca bu görüşlerin yanında konuya farklı bir açıdan bakılarak, kombine akti<sup>37</sup> ilişkisinin uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir.

<sup>34</sup> HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI , A., sh.388; “...Ancak, diş hekimi, tedavi yanında protez yapmayı da yükümlenmiş ise...

Kanaatimizce bu gibi durumlarda mutlaka bir sözleşmenin seçilmesi zorunluğ u yoktur...(soğurma, massetme, imtisas kuramı) uygulanarak baskın nitelikteki sözleşmenin araştırılması gerekmez. Terkip kuramının... daha uygun olduğu görüşündeyim...”

<sup>35</sup> TANDOĞAN, CII, sh.12; “Von Büren’ de (Besonderer Teil, sh.125)... Bir diş hekiminin hem diş çekmesi hem de takma diş hazırlaması... gibi hallerde, hakimin sözleşmeye vekalet ve istisna akitlerinden uygun düşen hükümleri uygulanması gerektiği...görüşündedir. “

<sup>36</sup> TANDOĞAN, CII, sh.21;Gauch’ a göre; dişlere köprü, dolgu, protez yapılmasında diş hekiminin teknik bir imalatı bulunmakla birlikte duruma tamamen bakıldığında önceliğin dişleri iyileştirmeye yönelik bir çalışma yattığından vekalet olarak nitelendirme tercih olunmalıdır.; AŞÇIOĞLU, sh.20 ; Aksi görüş: HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI , A., sh.388; “...(soğurma, massetme, imtisas kuramı) uygulanarak baskın nitelikteki sözleşmenin araştırılması gerekmez.”

<sup>37</sup> ARAL, sh.52-53;



Doktrinde tedavi faaliyetinin temel özelliklerinden yola çıkılarak ve ayrıca bir sonuç taahhüt edilip edilmemesi ayrımlarına gidilerek ve bu ayrımlar sonucu ortaya çıkan sözleşmeler birleştirilerek bu yönde karma sözleşme görüşü ileri sürülebildiği gibi bu sonuç taahhüt etme ilişkisine bakılmadan sözleşmenin temel taşlarından yola çıkılması gerektiği de savunulmaktadır.<sup>38</sup>

Tıbbi el atmanın estetik amaçlı olduğu durumlarda sırf estetik amaçlı yapılan bu ameliyatlarda tedavi amacı arka plandadır. Fakat eğer bu el atma insan sağlığındaki bir sakatlığı düzeltmeye veya iyileştirmeye yönelikse estetik nitelik taşısa da aynı şeyi söyleyemeyeceğiz.<sup>39</sup>

Estetik operasyonlar ile diş protez yapımıyla ilgili tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili kanaatimiz, vekalet sözleşmesi başlığı altında belirtilecektir.

### 3. Yasada Düzenlenen Tipik Sözleşme

Bu konuda ; hizmet, eser (istisna), vekalet sözleşmesine girdiği yönde görüşler vardır.

#### a. Hizmet Sözleşmesi

##### (1) Tanımı ve Özellikleri

Borçlar Kanunu md. 313: "Hizmet akti, bir mukaveledir ki onunla işçi muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder."

"...Kombine akitler

...

-Hastaneye kabul sözleşmesi: Bakım (hizmet) + tedavi (vekalet) + oda tahsisi (kira) + yemek veya ilaç (satım) = para "

<sup>38</sup> HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A., sh.412-413;... Prof. Dr. Dessemontet' ye göre, sadece (sonuç taahhüt edilmiş midir?) veya (sonuç maddi bir eser midir?) gibi bir veya iki ölçüt ile bu konuda nitelenmeye gidilemez, (temel noktalar) in tümü değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekir. (s.213)"

<sup>39</sup> BAYRAKTAR, sh.165-186 ; AŞÇIOĞLU, , sh.51

Hizmet sözleşmesinin içeriğine baktığımızda; belli veya belli olmayan bir zaman süresince, tartışmalı olmakla birlikte bir bağımlılık <sup>40</sup> ilişkisi içerisinde ve bir ücret mukabilinde <sup>41</sup> borcun ifası söz konusudur. Fakat sonuç borcu yoktur. Hizmet sözleşmesini yerine getiren şahıs belli bir zamanda iyi niyet kurallarına göre o iş için gereken faaliyeti göstermiş ise sonuç olumlu da olumsuz da olsa sorumlu olmayacak ve de hizmet sözleşmesinden kaynaklanan borcunu yerine getirmiş sayılacaktır. <sup>42</sup> Nitekim Borçlar Kanun' nun 313 ncü maddesi de bunu açık ve seçik ortaya koymaktadır.

Hizmet sözleşmesi daima ivazlı olduğu halde vekalet ivazsız da olabilir.

<sup>40</sup> TANDOĞAN , CII, sh. 374 vd. “Vekilin müvekkile karşı bağımsız olması bazen vekaleti hizmet akdinden ayırt eden bir unsur olarak ileri sürülmektedir. Peyyer’ e göre, bu bağımsızlık mutlak olmadığı gibi vekaletle özgü ayırt edici bir unsur da değildir. Gerçekten bu bağımsızlık nispidir; çünkü sözleşmede işin icrası tarzına ilişkin olarak konacak hükümlerle veya müvekkilin sonradan vereceği talimat ile sınırlanabilir; ancak bu sınırlama vekilin iş gücünü belli olan veya olmayan bir zaman için iş sahibinin emrine tahsis etmesi derecesini bulduğu vakit, iş görme bir hizmet sözleşmesine bir konu teşkil eder.Nispi bağımsızlık vekilin müvekkilin menfaatine belli bir sonuca varmak için iş görürken, gayesine erişmek için belli ölçüde bir karar verme zorunluluğunda bulunmasının sonucudur; özel bir uzmanlığı gerektiren işlerde bu bağımsızlık genellikle daha geniş ölçüde olacaktır; herhalde vekil karar verme özgürlüğünü kullanırken sadakat ve özen yükümlülüklerine bağlıdır. ‘‘

<sup>41</sup> TANDOĞAN , CII., sh. 375 vd. Hizmet sözleşmesi daima ivazlı olduğu halde vekalet ivazsız da olabilir... Özellikle (ilmi veya bedii malumatı mahsusayı haiz olanlar tarafından ücretle yapılagelen) serbest hizmetler hem hizmet akdinin (BK.md.353), hemde vekaletin konusunu teşkil edebileceğinden bu gibi hizmetler dolayısıyla söz konusu sorunun çözülmesi pratik önem taşır.; AYAN, sh. 51; Alman özel hukukunda, vekalet sözleşmesi daima ivazsız olduğu kabul edildiğinden tedavi sözleşmesi hukuki nitelik olarak hizmet sözleşmesi kabul edilmektedir

<sup>42</sup>TANDOĞAN, CII, sh.35-36; “İstisna aktini hizmet aktinden ayıran başlıca unsurlar, bir bütün teşkil eden sonuç ve bağımsızlık unsurlarıdır.

İstisna akdi önceden belirtilmiş olan ve bir bütün teşkil eden bir emek sonucunun husule getirilmesini hedef tutar ve bu sonucun ortaya çıkmaması müteahhidin borcunu ifa etmediği anlamını taşır. Halbuki hizmet akdinde belli olan veya olmayan bir zaman içinde hizmet edimlerinde bulunması gerekir; işçi, işinde gerekli özeni göstermiş olduğu taktirde istenilen sonucun ortaya çıkmaması mutlaka onun borcunu ifa etmemiş olduğu anlamına gelmez. Bir kimse belli bir zamanda belli olmayan sayıda bazı aletler imalini ücret karşılığında üzerine almışsa kural olarak istisnai değil, hizmet akdi karşısında bulunur...”

## (2) Yasada Belirtilen Diğer Sözleşme ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile İlgisi

Zaman; hizmet sözleşmesiyle vekaleti birbirinden ayırmak için doktrinde ve uygulamada, genellikle başvuru kıstastır. Bu kıstasa göre, belli veya belli olmayan bir zaman için iş gücünün başkasına tahsisi söz konusuysa hizmet sözleşmesi, bir zaman kaydı olmaksızın belli bir sonuca yönelen belli iş veya işlerin sonucu kusur olmaksızın meydana gelmemesi rizikosunu üstlenilmeksizin, görülmesi halinde vekalet sözleşmesi düşünülür.<sup>43</sup>

İş sözleşmelerinde üç kurucu unsur yer almalıdır. Bunlar; ücret, bağımlılık ve devamlılık unsurlarıdır.

İşçi işverene faaliyetini yaparken tamamen bağımlıdır. vekil ise o kadar sıkı bir bağımlılık olmadan faaliyet yürütmektedir, fakat somut işte işverenin talimatlarına göre faaliyetinin niteliğini belirlemektedir. Bu durum çok açıktır ki doktor işçi gibi bağımlı olmadığını sadece talimatlar çerçevesinde bir ilintisinin bulunduğunu ortaya koyar.

Hizmet akdinin de işçi işverenin buyruğu altında ve onun talimatlarıyla bağımlıdır. Hekim ise tamamen hastanın buyruğu altına girmemektedir ve tam olmasa da meslek kuralları gereği bağımsızdır,<sup>44</sup> uzman hekimlik de bu bağımsızlık daha geniştir. Hekimin hastanın bütün talimatlarıyla bağlı olduğu düşünülemez<sup>45</sup>. Hekim hastasının menfaatine, bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve bir doktordan beklenecek özen seviyesinde hareket etmektedir.

<sup>43</sup> TANDOĞAN, CII, sh.376

<sup>44</sup> TANDOĞAN, CII, sh.374 ; “Vekilin müvekkile karşı bağımsız olması bazen vekaleti hizmet akdinden ayırt eden bir unsur olarak ileri sürülmektedir. Peyyer’ e göre, bu bağımsızlık mutlak olmadığı gibi vekaletle özgü ayırt edici bir unsur da değildir. Gerçekten bu bağımsızlık nispidir; çünkü sözleşmede işin icrası tarzına ilişkin olarak konacak hükümlerle veya müvekkilin sonradan vereceği talimat ile sınırlanabilir; : Gautschi, zaman kıstasının sorunu çözümlenmekte yeterli olmadığı ve nisbi bağımsızlık kıstasının daha yerinde olduğunu görüşündedir. TANDOĞAN,CII, sh..376’ dan naklen

<sup>45</sup> OLGAC, S. : İstisna Adi, Ankara 1977, sh. 6 “Hizmet akdinde esas, işçinin işverenin buyruğu altına girmektedir. Belli meslek kurallarına bağlı olan doktorun kendisi ile akit yaptığı hastanın buyruğu altına girmesi düşünülemeyeceğinden, doktorla hasta arasındaki ilişki hizmet akdi olamaz”

Bu nedenle tıbbi tedavide hizmet akdi kuralları uygulanması düşünülemez.<sup>46</sup> Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hizmet akdi özelliği taşımadığı doktrinde oybirliğine yaklaşırcasına savunulmaktadır.<sup>47</sup>

## **b. Eser (istisna) Sözleşmesi**

### **(1) Tanımı**

BK. md. 355'deki tanıma göre; "istisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder."

"... yeni bir eser meydana getirmenin yanında, mevcut bir eserin değiştirilmesi, onarılması, bakımı veya ortadan kaldırılması (yıkımı) da BK.m.355 anlamında bir istisna sözleşmesine konu olabilir."<sup>48</sup>

Çünkü BK.md.355'deki "şey" sözcüğü, incelediğimiz sözleşme türünü açıklamakta çok yetersiz kalmaktadır. Şöyle ki; eser sözleşmesinin içeriğinden yola çıktığımızda semen karşılığında mutlaka maddi bir mal değil bunun yanında manevi bir karşılığında girdiğini görmekteyiz.

Ortaya çıkacak sonucun madde metnindeki gibi sadece mal anlamında değil, daha geniş düşünülmesi gerektiği de ileri sürülmektedir.<sup>49</sup>

### **(2) Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile İlgisi**

İş, emek, imal, taşıyıcı gibi unsur aranmaksızın maddi olmayan sonuçların hangisinin eser sözleşmesine girdiğinin tespitinin güç olduğu, ortaya çıkacak sonucun BK. md. 359 a göre nesnel bir ölçü kullanılarak muayene ettirmek

<sup>46</sup> AYAN,, sh.54; ATABEK, R./SEZEN, M., sh. 142; BELGESAY, M.R.: Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1953, sh.76; ALIÇLI, S. : Cerrahin Mesuliyeti – Cerrahin Kanuni Mesuliyeti, İstanbul 1960, sh.25; SARIAL, E. : Sağlık Arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, sh.41

<sup>47</sup> TANDOĞAN, CII, sh.376 ; AŞÇIOĞLU, sh.19; BELGESAY , Mesuliyet, sh.76

<sup>48</sup> ARAL, sh.325

<sup>49</sup> TANDOĞAN, CII, sh.2; "Yasal tanımdaki (imal) deyimini yerine de ,imalden başka değişiklikleri ve sonuçları içine alabilecek olan (husule getirme) veya (ortaya çıkarma) deyiminin konulması daha isabetli olurdu"

mümkün olmaması nedeniyle, dava takip etme, hasta tedavi gibi hususları yapıları icabı istisna akdinin konusu olamayacağını ileri süren yazarlar vardır.<sup>50</sup>

Sonuç borcunun olmamasının yanında bu tip mesleklerde yapılan faaliyetin ilgili hekimin subjektif operasyonuna ve değer yargılarına bağlı olduğu bu yönden denetiminin zaten yapılamayacağı ileri sürülmektedir.<sup>51</sup>

Maddi - gayri maddi ayırmadan ziyade, sonucu belli bir şekilde ortaya çıkmayan ve tamlik ifade etmeyen saf insan emeği faaliyetinin eser sayılmaması nedeniyle, hasta tedavisi, (önceden belli bazı işlemlerin yapılması kararlaştırmaksızın uzun bir süre için diş tedavisi) gibi hallerde bir eserin varlığının kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir.<sup>52</sup>

Tedavi sözleşmesi yapısı gereği kişisel niteliklerin ve güven unsurunun ön planda olduğu sözleşmelerdir. Güvenin kaybolması halinde tedavinin devam edilmesine imkan bulunmamaktadır. Bu nedenle bu tip sözleşmelerden bazı ön tedbirleri alarak BK.md.396' ya göre her zaman dönülebilmek mümkün olmak zorundadır.<sup>53</sup>

Yargıtay 1964 yılında verdiği bir kararda beyin tümörü ameliyatının istisna sözleşmesi hükümlerine tabi olmadığını belirtmiştir.<sup>54</sup> Estetik ameliyatıyla ilgili verdiği başka bir kararında ise sonucun elde edilmesinin

<sup>50</sup> HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A., sh.348-349; "... maddi olmayan sonuçların hangisinin eser sözleşmesine girip hangisinin giremeyeceğini belirlemek güç olur.

Guhl/Merz/Kummer'de de Honsell ile aynı görüş ileri sürülmektedir. Ancak, burada aynı faaliyetin çeşitli iş görme faaliyetlerinin konusu olabileceği, bunun da sınır çizme güçlükleri yarattığı da doğru olarak belirtilir. Burada da satım sözleşmesindeki benzer bir biçimde ( ayıp dolayısı ile sorumluluk ) düzenlendiğinden (bkz: BK.359) ,eser sözleşmesinde nesnel bir ölçüt kullanılması gerektiği de belirtilir. Dava takip etme ve tedavi gibi ,mahiyetleri icabı sonuç tekeffül edilemeyen işlerde eser sözleşmesi sözleşmesi söz konusu olmaz..."

<sup>51</sup> TANDOĞAN, CII, sh.8 : Bilimsel veya tıbbi çalışmaların veya sanat eserlerinin kıymeti veya ayıplı olması çoğu zaman objektif olarak tayin edilemez ve doğrudan doğruya para ile ifade edilemez; bunlar uzmanlara göre dahi değişebilen subjektif değer yargılarına tabidirler

<sup>52</sup> HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A., sh.7; TANDOĞAN, CII, sh.5-6

<sup>53</sup> TANDOĞAN, CII, sh.11

<sup>54</sup> HGK .6-7-1964,E.964/37,K.40 AŞÇIOĞLU, sh.20

kararlaştırılmasından hareketle bu sözleşmenin eser sözleşmesi kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>55</sup>

“Hasta ile doktor arasındaki tedavi ve genel cerrahi müdahalelere ilişkin sözleşmeleri vekalet sözleşmesi olarak kabul etmek gerekir. Aynı sonuç estetik amaçla yapılan ameliyatlarda (saç nakli) içinde savunulmakta ve sınırda bir hal olmakla birlikte, bu tür ameliyatlarda, cerrahi müdahalenin çok kişisel karakter taşıması ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisinin varlığı sebebiyle, vekalet hükümlerinin uygulanması gerekir.”<sup>56</sup>

“Belirli bir sonuç taahhüdü bulunduğu taktirde, insan vücudu üzerinde çalışma sonuçları da eser meydana getirme Sayılır. Mesela, saç boyama veya saç yapma, manikür veya pedikür yapımı.”<sup>57</sup>

Sonuç olarak; yukarıda da doktrinden verdiğimiz örnekler doğrultusunda tedavi sözleşmesinin sonuç borcunu içermediği BK.md.359 gereğince maddi ayıplarının muayenesi için teslim edilemeyeceğinden teslim edilse bile değerlendirmelerin subjektif olacağından denetiminin mümkün olmayacağı, kişisel niteliklerle güven unsurunun ön planda olacağı saf insan emeği faaliyetinin eser sayılmayacağı gerekçeleriyle istisna sözleşmesi olmadığı ileri sürülmektedir.

Ancak dış hekiminin protezle yaptığı tedavi sözleşmeleri ile estetik ameliyatları içeren tedavi sözleşmeleri konusunda tartışmalar mevcuttur. Bu konuda yukarıdaki örneklerin yanında “karma sözleşmeler” başlığı altında geniş açıklama verilmiştir.

<sup>55</sup> 13.HD., 5.4.1993, E.131/K.2741 (YKD., 1994, sh.79); “Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyatı yapılamak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan Şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, öyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşkusuz ve duraksamaya yer olmayacak Şekilde açıktır. O halde bu sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabulü gerekir.”

<sup>56</sup> ARAL, sh.330, TANDOĞAN, CII, sh. 21

<sup>57</sup> ARAL, sh.332, TANDOĞAN, CII, sh. 24

### c. Vekalet Sözleşmesi

#### (1) Tanımı

BK. md. 368-1' e göre; "vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler".

Vekalet akdinde vekil müvekkilin menfaatine ve onun iradesine uygun bir sonuca yönelme şeklinde bir iş görmeyi borçlanmaktadır, zaman kaydına bağlı olmadığı gibi, nispeten bağımsız hareket etmekte ve vesile borcu yüklenmektedir. Sonuç borcu yoktur.<sup>58</sup>

Vekalet akdinin niteliği konusunda doktrinde ve uygulamada pek çok görüşlerin doğmasına yol açmıştır. Kanuni tanımdan da hareket eden bu görüşler şunlardır:

#### (2) Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile İlgisi

Tedavi sözleşmesinde özelliklerinden dolayı güven unsurunun ve akdin kişisel karakteri ön planda olması nedeniyle vekalet sözleşmesi kabul etmek.<sup>59</sup> ve yine özelliği nedeniyle gerekli şartların yerine getirilmesi ile vekaletle ilişkin olarak her zaman azil ve istifanın (BK md.396/1 gereği) mümkün olması gerekmektedir.<sup>60</sup> Güvenini kaybetmiş bir hastanın hekimini değiştirememesi ve tıbbi ve şahsi nedenlerle hekimin istifa edememesi , hastanın hekimini seçme hakkını daralttığı gibi tedavi sözleşmesinin de ruhuna aykırı olur. Nitekim; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi' nin 19. maddesi : Doktor ve dış doktorunun mesleki ve kişisel nedenlerle tedaviyi bitirmeden hastasını

<sup>58</sup> TANDOĞAN, CII, sh.356

<sup>59</sup> TANDOĞAN, CII, sh.21; Taraf"lar arasında güven unsurunun ve akitin kişisel karakterinin ağır basması nedeniyledir ki, tümörün alınması, takma göz takılması gibi cerrahi müdahaleler ve aile hekimliği müessesesi vekalet akti hükümlerine tabi kılınmalıdır : ARAL , sh. 330 : aksi görüş; AYAN, sh. 90-91 "Yardım, güven , anlayış, şefkat ve sevgi sözleşmenin muhtevasını değil, sorumluluk bilincine sahip bir hekimin borcunu yerine getirirken riayet etmesi gerekli davranışları ifade ederler..."

<sup>60</sup> TANDOĞAN, CII, sh.11; 375 :AŞCIOĞLU, sh.17

bırakabileceğini, ancak, diğer bir meslektaşının müdahalesine imkan verecek süreyi de hesap ederek hastayı zamanında haberdar etmesinin zorunluluğu, hastanın bırakılması durumunda hastanın hayati tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin bozulması muhtemel ise diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemeyeceği düzenlemiştir.

Hizmet aktinde işçi işverenin buyruğu altında ve onun talimatlarıyla bağlıdır. Hekim ise tamamen hastanın buyruğu altına girmemektedir ve tam olmasa da meslek kuralları gereği bağımsızdır,<sup>61</sup> uzman hekimlik de bu bağımsızlık daha geniştir. Hekimin hastanın bütün talimatlarıyla bağlı olduğu düşünülemez<sup>62</sup>. Hekim hastasının menfaatine, bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve bir doktordan beklenecek özen seviyesinde hareket etmektedir. Bu nedenle tıbbi tedavide hizmet akdi kuralları uygulanması düşünülemez. <sup>63</sup>

Zaman; hizmet sözleşmesiyle vekaleti birbirinden ayırmak için doktrinde ve uygulamada, genellikle başvuru kistasıdır. Bu kıstasa göre, belli veya belli olmayan bir zaman için iş gücünün başkasına tahsisi söz konusuysa hizmet sözleşmesi, bir zaman kaydı olmadan belli bir sonuca yönelen, belli iş veya işlerin, sonucu kusur olmaksızın meydana gelmemesi rizikosu üstlenilmeksizin, görülmesi halinde vekalet sözleşmesi düşünülür.<sup>64</sup>

Yasadaki diğer akitlerden herhangi birine girmeyen iş görme sözleşmelerine BK.md.386' nın ikinci fıkrası gereğince vekalet akti hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir<sup>65</sup>. Böylece yapılarına uygun olmak koşulu ile diğer

<sup>61</sup> TANDOĞAN, CII, sh.374 ; “Vekilin müvekkile karşı bağımsız olması bazen vekaleti hizmet akdinden ayırt eden bir unsur olarak ileri sürülmektedir. Peyyer’ e göre, bu bağımsızlık mutlak olmadığı gibi vekaletle özgü ayırt edici bir unsur da değildir. ..” : TANDOĞAN, sh.376 “ Gautschi, zaman kıstasının sorunu çözümlenmekte yeterli olmadığı ve nisbi bağımsızlık kıstasının daha yerinde olduğunu görüşündedir. “

<sup>62</sup> OLGAÇ, İstisna, sh. 6 “Hizmet aktinde esas, işçinin işverenin buyruğu altına girmektedir. Belli meslek kurallarına bağlı olan doktorun kendisi ile akit yaptığı hastanın buyruğu altına girmesi düşünülemeyeceğinden, doktorla hasta arasındaki ilişki hizmet akdi olamaz”

<sup>63</sup> AYAN, sh.54 ; ATABEK, R./SEZEN, M., sh. 142 ; BELGESAY, Mesuliyet, , sh.76 ; ALIÇLI, sh.25 ; SARIAL, sh.41

<sup>64</sup> TANDOĞAN, CII, sh.376

<sup>65</sup> Yargıtay Başkanlar Kurulu, 6.7.1964, E.964/37, K.40, Taraflar arasındaki ilişki, istisna akdine girmediğine göre, söz konusu edilen 386 ncı maddenin ikinci fıkrası yoluyla olayın vekalet



iş görme sözleşmelerine girmediğini tespit edebiliyorsak artık ona vekalet hükümlerini uygulamalıyız.

İstisna akdi başlığı altında da bahsettiğimiz gibi estetik ameliyatlar, diş hekimliğinde; tedavi ile protezin ve köprünün birlikte yüklenildiği durumlar ile diğer protezlerde ; tedavinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Kimi yazarlar güven ilişkisi ve kişisel karakter taşıması<sup>66</sup> nedeniyle , bazıları ise önceliğin iyileştirme.<sup>67</sup> olması nedeniyle vekalet aktinin uygulanması gerektiğini , diğer bazıları ise akitlerden uygun düşen hükümlerin<sup>68</sup> uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler..

Diş doldurmak, takma diş takmak gibi hallerde vekalet sözleşmesi bulunması nedeniyle, dişini doldurtan kimsenin istediği zaman hekimini değiştirebilmesini ve hekimin o zamana kadar yaptığı masrafını BK.md. 394 gereğince ödemesi gerektiği, ona ayrıca BK.md. 369 gereğince tam tazminat verilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>69</sup>

Doktrinde tartışılan bazı ayırık durumlar hariç tutulursa "fikri eser " kavramının gelişimine rağmen tedavi borcunun BK.md. 355 çerçevesinde bir eser olarak kabul edilmesi mümkün görülmemektedir. Hekimin borcu sadece yukarıda da belirttiğimiz gibi tedavi için gerekli tıbbi yöntem ve usulleri uygulamaktır.<sup>70</sup>

Eser sözleşmesinde kusur olmaksızın sonucun gerçekleşmemesinin rizikosunu müteahhit taşır. Oysa vekalet kabul etmemiz nedeniyle tıbbi

---

niteliğinde olduğunu kabulü gerekir. karar için bkz. AŞCIOĞLU, sh.20. ; OLGAÇ, S.:Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar,C.III., Ankara 1969,sh .450-451,

<sup>66</sup> ARAL, sh.330, TANDOĞAN, CII, sh. 21

<sup>67</sup> TANDOĞAN, CII, sh.21 ; Gauch' a göre; dişlere köprü, dolgu, protez yapısında diş hekiminin teknik bir imalatı bulunmakla birlikte duruma tamamen bakıldığında önceliğin dişleri iyileştirmek yönünde olan çalışmada görüldüğünden vekalet akdi tercih edilmelidir

<sup>68</sup> TANDOĞAN, CII, sh.12 ; "Von Büren' de (Besonderer Teil, sh.125)... Bir diş hekiminin hem diş çekmesi hem de diş takması gibi hallerde, hakimın sözleşmeye vekalet ve istisna akitlerinden uygun düşen hükümleri uygulanması gerektiğini savunur.

<sup>69</sup> TANDOĞAN, CII, sh.40-41

<sup>70</sup> AYAN, sh.55; BELGESAY, Mesuliyet, sh.76

tedavide riziko tamamen hastaya aittir<sup>71</sup>. Yani doktor kendinden bekleneni yapmanın ötesinde bir borç yüklenmemektedir.<sup>72</sup> Sonuç da hasta iyileşmese bile hekim bundan sorumlu tutulamaz.<sup>73</sup> Dolayısıyla da bir sonuç değil vesile borcu vardır.

Tedavi sözleşmesi bir vekalet sözleşmesi kabul edilince; bu sözleşme zımni olarak da meydana gelebilmektedir. talep edilen ücreti itirazsız olarak kabul etmek de tedavi ücretinin miktarını zımni kabuldür.<sup>74</sup>

Hukumumuzda Vekalet sözleşmeleri Roma Hukuk' un dan farklı olarak ivazlıda ivazsızda olabilir. Oysa hizmet sözleşmeleri daima ivazlıdır.<sup>75</sup> Alman Hukuku'na göre vekalet ancak ivazsız olabileceği için tıbbi tedaviler vekalet hükümlerine sokulmamaktadır.<sup>76</sup> Tedavi sözleşmesinin ücretsiz yapılabilmesine hukuki engel olmasa da tabiplerin meslekleri gereği yapmaları neticesi ivazlı olduğunun kabulü gerekir.<sup>77</sup>

Hekimlerin tedavi başvurusunu reddetme hakkının (istisnalar hariç) varlığına rağmen, derhal reddedilmemesi halinde BK.md.387 ye istinaden sözleşmeyi kabul etmiş sayılır.<sup>78</sup> Bunun nedeni hekimlerin mesleklerini devletin verdiği ruhsatla tekel olarak icra etmelerinden kaynaklanmaktadır.<sup>79</sup>

BK. md. 387 .nci md. si yalnızca hukuki vekaleti değil, maddi vekaleti de kapsar.<sup>80</sup> Maddi vekalette vekil müvekkil adına haklar kazanmaz borçlar

<sup>71</sup> TANDOĞAN,Cil, sh 377

<sup>72</sup> TANDOĞAN,Cil, sh.364

<sup>73</sup> AYAN, sh.55.

<sup>74</sup> TANDOĞAN,Cil, sh.368 “Tabiplerle muayene ve tedaviden veya mimarlarla plan çizilmezden önce ücret miktarı görüşülmemişse onların yolladığı faturala bu miktar hakkında bir icap anlamını taşır; hasta veya iş sahibi itiraz etmeksizin faturadaki miktarı öderse bu icabı zınnen kabul etmiş Sayılır.”

<sup>75</sup> TANDOĞAN,Cil, sh. 375

<sup>76</sup> AYAN, ,sh.52

<sup>77</sup> ŞENOCAK, sh. 34

<sup>78</sup> ÖNEN, T. :, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999, sh. 320

<sup>79</sup> TANDOĞAN,Cil, sh 389

<sup>80</sup> TANDOĞAN, Cil, sh.389 “ BK.md.387 yalnız hukuki işlemlere ilişkin vekaletler için değil maddi eylemlere ilişkin vekaletler için de geçerlidir: örneğin bir hekimle bir hastalığın tedavisi için yapılacak vekalet sözleşmesi için BK.md.387’ de zımni kabul hakkı da konulmuş olan ilke uygulanmalıdır. Vekalet sözleşmesinin kurulmasında zımni kabul müvekkil yönünden de olabilir.”

yüklenmez. Tedavi faaliyeti bu anlamda maddi vekalet niteliğindedir. Bunlarda diğer iş görme akitlerine girmiyorsa BK.md.368/II gereği vekalet hükümlerine tabi olur.<sup>81</sup>

Bizde, tıbbi yardım sözleşmesinin, sonuç borcunu içermemesi, denetiminin mümkün olmaması ve güven unsurunun ön planda olması ve pratik gayeye daha uygun düşmesi nedeniyle, yukarıda da belirtildiği üzere vekalet sözleşmesi sayan baskın görüşe katılıyoruz. Estetik ameliyat ve diş hekiminin protezle birlikte tedavi yüklenmesi hallerinde ise; estetik ameliyatta asıl amacın; ruhsal iyi durumda olmak gibi nedenle tedavi olduğu ve ayrıca olağan operasyon komplikasyonlarının (anestezi komplikasyonu) mevcudiyeti nedeniyle sonucun garanti edilemeyeceği bu nedenle vekalet gireceği oysa protezde böyle bir durumun söz konusu olmadığı ve açıkça sonuç borcunun söz konusu olduğu bu nedenle bu tür tedavi sözleşmelerinin karma nitelikte olduğu kanısındayız.

Akdi ilişkide sorumluluk, HEKİMİN SORUMLULUĞU başlığı altında incelenmiştir.

#### **4. Özel Hastanelerde Yapılan Tıbbi Yardımın Hukuki Niteliği**

Özel hastanelerde çalışan hekim hastası ile hekimlik tedavisinin sözleşme aşamasında birebir taraf değildir. Burada hastanın muhatabı özel hastanedir. İşte bizim bu konuda somut bir veriye gidebilmemiz öncelikle hasta ile doktor değil de , doktor ile doktorun görev yaptığı hastane arasındaki ilişki ve hastane ile hasta arasındaki ilişkidir.

Hastanın yoğunluklu muhatabı özel hastane kuruluşu olmakla birlikte fiilen tedavi yapan ilgili hekim olduğundan hasta ile hekim ilişkisi de sorumluluk

<sup>81</sup> TANDOĞAN,Cil, sh.359.360 ; ARAL, sh. 406 ; YAVUZ, C.: Türk Borçlar Hukuk, Özel Hükümler, İstanbul 1996, sh.563 ; ZEVKLİLER, A.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1998, sh.360-361

hukuku açısından materyalimiz olacaktır. Tıp fakültesinden diplomayı alan ilgili özel hastane kuruluşu olmadığından bu diplomanın sahibi ilgili doktor olduğundan hastaya birebir tedaviyi yapacak olan doktordur. Doktor hastasını tedavi ederken tıp biliminin vazgeçilmez ilkeleriyle bağımlıdır. Bu noktada özel muayenehane özel hastanesi hekimi ayrımının bir anlamı yoktur. Çünkü doktor gerek özel hastanelerinde gerekse muayenehanesinde görev yapsın uyacağı tıp ilkeleri aynıdır.

Birebir tedavide hasta hekimin ellerindedir. Hastanın tedavisi hekimin faaliyetiyle sağlanacaktır.

Doktorluk mesleğinde doktorun şahsiyeti güven unsuru açısından ön plandadır. Hasta kendisini tedavi edecek doktoru seçmede tamamen özgür olmalıdır. Bunun gerekçesini yine uzmanlık gerektiren doktorluğun "özel özen" ve "güven" mesleği olması ilkeleri oluşturmaktadır. Nitekim bu konu Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 5.md.'nde de hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre sağlık kuruluşlarında uygulanan usul ve kurallar saklı kalmak üzere , hasta ; doktorunu ve dış doktorunu serbestçe seçer.

Vekalet sözleşmelerinin BK.md.390/3' te de belirtildiği üzere vekil üstlendiği işi bizzat kendisi yapmalıdır. Özel hastanelerde asıl edim borcu olan tedavi borcunu ilgili özel hastane üstlenmektedir ki bu soru tartışmaya değerdir.

işleticisi doktor değildir ve hastahane özellikli bir yerde bütün hastaların tedavisini de yüklenemez. Yine BK.md. 390 III' e göre "adet başkasını kendi yerine ikameye müsait olması halinde " vekilin vekaleti başkasın yaptıra bilmesine rağmen, hastahanenin tıbbi tedavi işini kendi adına; "hastanın doktorunu seçme, hastanın rızası, tedavi sözleşmesinde öne çıkan güven ilişkisi " gibi nedenlerle başkasına yaptırması düşünülemez.

Özel hastahanelerin yapabilecekleri ancak; 2219 Sayılı Hususi Hastahaneler Kanunu'nun 12 nci maddesinin "...bu tedaviyi birinci sınıf uzman tabiplerine tevdi edeceklerini, kendisine bakımı tevdi edilen uzman tabibin bu hastaların tedavisinden mesul olduklarını " şeklindeki düzenlemesi nedeniyle görevi bir uzmana tevdi etmektir. Bu nedenlerle hastahane doktor ilişkisi bir hizmet sözleşmesine dayansa da tedavi söz konusu olduğu durumlarda vekalet hükümlerinin uygulanması tedavi sözleşmesinin özellikleri gereğidir.

Doktorun sorumluluğunun "ifa yardımcısı" olarak BK. md.100 dayandırmak tedavide asli unsur doktor olması nedeniyle bu meslekle bağdaşmaz.<sup>83</sup> Ancak; 2219 Sayılı Hususi Hastahaneler Kanunu'nun 12 nci maddesi gereğince hasta uzmanını kendi belirlemediyse, hastanenin görevi tevdi ettiği uzman seçiminde sorumluluğu vardır. Ayrıca hasta bakımı, yardımcı personel seçimi, teknik imkanlar, idari ve diğer paramedikal tedbirler konusunda da sorumluluğu vardır.

Hasta tedavi başvurusunda kendisini tedavi edecek hekimi bizzat tayin etmemişse ve bunu zımnî veya açık bir şekilde ilgili sağlık kuruluşuna bırakmışsa bu durumda, BK.md.390 devreye girecektir. Bu madde gereğince de ilgili sağlık kuruluşu tedaviyi uzmana tevkil etme yoluna gidecektir.<sup>84</sup>

Bununla beraber dikkat edilmelidir ki, BK.md.390 devreye girdiği durumda aslında BK.md.391 de yine devrede kalacaktır. Şöyle ki 391 nci

---

<sup>83</sup> AŞÇIOĞLU, sh. 22

<sup>84</sup> AŞÇIOĞLU, sh. 22

madde gereği; tedavi doktora yüklenmekle birlikte sorumlu müdürün sorumluluğu da devam edecektir.

Hasta tarafından bizzat hekimin davet edilmesi durumunda, hasta ile davet edilen hekim arasındaki bire bir ilişkinin adına vekalet denmesi uygun olacaktır. Artık burada hastanenin tedavi yönünden borçları ferî nitelik taşıyacaktır.<sup>85</sup>

“... özellikle Alman Hukukunda hastaneye kabul sözleşmesinin , tedavi ediminin üstleniliş tarzına göre “tam hastaneye kabul sözleşmesi (Der totale Krankenhausaufnahmevertrag)”, “bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi (Der aufgespaltane Krankenhausaufnahmevertrag)” ve “hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi (Der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztausatzvertrag)” olmak üzere 3 ayrı çeşidinin bulunduğu kabul edilmektedir. İsviçre hukukunda ise , genelde “tam hastaneye kabul sözleşmesi (Der totale Spitalaufnahmevertrag)” ve “ bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi (Der aufgespaltane Spitalaufnahmevertrag)” şeklinde ikili bir ayırım yapılır...”<sup>86</sup>

Hastane işleticisinin , mesul müdürün , hekimin borç ve sorumlulukları yukarıda ki paragrafta belirtilen sözleşmelerden herhangi birinin seçilmesi halinde değişmektedir.

Özel hastahanelerde sorumluluğa gidebilmek için; “hukuka aykırılık, kusur, zarar, illiyet bağı” aranır.

---

<sup>85</sup> Bu ferî nitelikler şunlar olabilir; hastanın yatırılması, iâşesi , bakımı vs.

<sup>86</sup> AYAN, sh.133 vd.

## B. AKİD DIŞI

### 1. Haksız Fiil Yönünden

#### a. Genel Olarak

Haksız bir fiil nedeniyle başkasına bir zarar veren şahsın sorumluluk şartları B.K. md.41'de belirtilmiştir.hukuki sorumluluğun mevcut olabilmesi için , zarar veren şahısla zarar gören şahıs arasında haksız fiilden önce hukuki bir ilişkinin varlığına gerek yoktur. Haksız fiil, hukuka aykırı olan , yani kanuna örf ve adete aykırı olan bir fiil demektir.

Hekimle hasta arasında açık (sarih) ya da kapalı (zımni = örtülü) bir tedavi sözleşmesi olmadığı takdirde sorumluluk ancak akid dışı sorumluluk ilkeleri ile çözüme ulaştırılabilecektir. Acil bir vak' a söz konusu olup ta hekimin tıbbi müdahale zorunda kalması durumunda ise orta bir yol izlenip "vekaletsiz iş görme" hükümlerine gidilebilecektir. Akid dışı sorumluluk durumunda; ya BK.md.41 gereğince haksız bir fiilden veya da BK.md.58 gereğince tıbbi araç gereçlerdeki yapım ve bakım eksikliğinden dolayı sorumluluğa gidilebilecektir.

Hastaya olumlu ( bilinci kapalı hasta üzerin tecrübe edinme maksatlı müdahale hastanın hayatına hilerak son verme ) vada olumsuz ( acil

zamanda haksız fiilde oluşturmaktadır. Bu durumda akdi ve akid dışı sorumluluk yarışır. <sup>89</sup>

Hekim sır saklama yükümüne aykırı bir davranışla hastaya bir zarar verirse, BK.md. 398 f.ll ' e göre bu zararlarla sorumlu tutulur. Bu davranış TCK tarafından da suç teşkil ediyorsa, BK:md. 41' e göre de , haksız fiile dayanarak da tazminat talep etmesinin mümkün olacağı , Bu durumda tazminat taleplerinin yarışacağı, <sup>90</sup> ayrıca; sırrın açıklanmasının MK.md.24 f.ll gereği de haksız fiil teşkil edebileceği ileri sürülmektedir. <sup>91</sup>

Hekimin vekaletsiz iş gören olarak hareket ettiği ( trafik kazasına uğramış bilinci kapalı yaralıya ilk yardım yapması vb. ) durumlarda ,müdahalenin hukuki vasfı , müdahalenin caiz olup olmamasına göre değişir. Eğer yapılan müdahale caiz olmayan vekaletsiz iş görmeyi içeriyorsa verilen zarara haksız fiil hükümleri uygulamak gerekir. <sup>92</sup>

### **b. Haksız Fiil Sorumluluğunun Şartları**

- a) Hukuka aykırı bir fiil ;
- b) Bu fiil ile bir şahsa verilen zarar;
- c) Fiilin işlenmesinde failin kusurlu olmasıdır.
- d) illiyet bağı

Yukarıda bahsettiğimiz unsurlar , akid dışı sorumluluk bahsinde, sorumluluğu azaltan veya kaldıran nedenler ise sorumluluğu kaldıran, azaltan etkenler bölümünde incelenmiştir.

<sup>89</sup> ŞENOCAK, sh.14; AYAN, sh..61; BELGESAY, Mesuliyet, sh.77

<sup>90</sup> TANDOĞAN,H. : Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet),Ankara 1981, sh.528-538

<sup>91</sup> TANDOĞAN,Cll, sh.455-456

<sup>92</sup> ŞENOCAK, sh. 31



## 2. Vekaletsiz İş Görme Yönünden

### a. Genel Olarak

Vekaletsiz iş görenin başkasının işini görmek niyetiyle ve o kişinin faydasına veya muhtemel iradesine uyarlı bir davranış da bulunması halinde de iş görenin fiili vekalet olmamasına rağmen hukuka uygun demektir.<sup>93</sup>

Hekim ve hasta arasında geçerli bir akid bulunmadığı, bazı durumlarda hekim vekaletsiz iş gören olarak tedavisini icra edecektir. Bu durumda hekim sözleşme veya talimatla verilmiş olan bir iradeye dayanmaksızın hastanın tedavisi için onun menfaatine tıbbi faaliyetlerde bulunur. Bu tür müdahaleler açısından Alman Hukuku ve İsviçre Hukukunda vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı kabul görmektedir.<sup>94</sup>

### b. Hekimin Vekaletsiz İş Gören Olarak Hareket Edeceği Haller

Bunlardan en önemlileri; acil durumlar ile ameliyatın genişletilmesi durumudur. Acil durumlarda hekim hastanın muhtemel iradesine dayanarak yani varsayılan rızasına dayanarak bir faaliyette bulunmaktadır. Burada hekimin yaptığı faaliyet hastayı ağır bir zarardan hatta bir ölümden dahi kurtarabilecek nitelik arz etmektedir.

#### (1) Acil Durumlarda Müdahale

Zaruret hallerinde hekim için hastaya tıbbi müdahale bulunma zorunluluğu vardır. Bu durumda hasta ve hekim arasında yapılmış bir akid olmaması nedeniyle vekaletsiz iş görme ilişkisi ortaya çıkacaktır.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> EREN, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler , Cilt II, Ankara 1986, sh.271; TANDOĞAN, Mesuliyet, sh.32-33

<sup>94</sup> AYAN, sh..60

<sup>95</sup> AYAN, sh.60

Doktor TCK'nın .md.476 ve 527.maddelerinde ve Tıbbi Deontoloji nizam namesinin 3. maddesinde hekimin acil durumlarda gerekli müdahaleyi yapmakla zorunlu olduğu düzenlenmiştir.Bu hüküm hukuki bir hüküm olmak yanında insani, ahlaki, dini, vicdani her türlü insanların birbirleri ile birlikte yaşamaktan doğan evrensel bir yükümdür.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesini 3. maddesine göre mücbir bir durum olmadıkça doktor yardım etmekle yükümlüdür.

## **(2) Ameliyatın Genişletilmesi ve Tehlikeli Durum**

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

Yine doktorun yaptığı ameliyat esnasında, tedavinin ilerleyen safhalarındaki sürpriz durumlarda ameliyat genişletilmek veya tehlikeli bir durum arz etmek gibi nitelikler taşıyabilir.Bu esnada hastanın rızası alınamayabileceğinden doktor tıp biliminin kendisine verdiği yükümü yerine getirerek hastanın varsayılan iradesine göre gerekli ameliyatı yapacaktır. Bu durumda yapılan müdahale, ortada bir rıza olmadığı içinde vekaletsiz iş görme hükümlerine tabi olacaktır.

### **(b) Ameliyatın Genişletilmesinin Şartları**

Bir ameliyatın genişletilmesinin kabul edilebilir olabilmesi için Türk ve İsviçre hukuk doktrinin ve mahkeme uygulamaları; genişletilen tıbbi müdahalenin , hastanın rıza göstermiş olduğu önceki müdahalenin risklerinden daha büyük riskler taşımaması, Gecikmenin doğuracağı tehlikeler nedeniyle hastanın rızasının alınmasının mümkün olmaması .ölüm tehlikesi söz konusu olmadıkça Önemli Organların genişletilmiş tıbbi müdahaleyle alınması uygun değildir.

Sayılan şartların varlığı halinde hekim, hastanın ilk ameliyata göstermiş olduğu rızasının, genişletilmeye yapılan müdahaleyi de kapsadığını farz ederek

vekaletsiz iş gören sıfatıyla söz konusu müdahaleyi yapabilecektir. <sup>96</sup>

### c. Caiz ve Caiz Olmayan Vekaletsiz İş Görme

Eğer iş sahibinin menfaatine uygun , hukuka, ahlaka, adaba aykırı olmayan bir vekaletsiz iş görme girişimi söz konusuysa caiz olan bir vekaletsiz iş görme , yok eğer vekaletsiz iş görenin ; aslında iş sahibinin menfaatine olmayan ancak menfaatine sandığı, yada iş sahibinin açık yasaklamasına aykırı olan, başkasına ait olduğunu bilerek veya bilmeyerek kendi menfaatine iş yapması halinde, yahut yetkili olmayan bir kimsenin kendisine verdiği vekaletle istinaden iş sahibinin bir işini yapması halinde artık bir caiz olmayan vekaletsiz iş görme söz konusudur. <sup>97</sup>

Hekimin vekaletsiz iş gören olarak hareket ettiği ( trafik kazasına uğramış bilinci kapalı yaralıya ilk yardım yapması vb. ) durumlarda ,müdahalenin hukuki vasfı, müdahalenin caiz olup olmamasına göre değişir. Eğer yapılan müdahale caiz olan bir vekaletsiz iş görmeyi içeriyorsa ortada akit benzeri bir fiili ilişki var demektir. <sup>98</sup> Eğer caiz olmayan bir vekaletsiz iş görme var ise o zaman haksız fiil hükümleri uygulanmalıdır. <sup>99</sup> Eğer hasta her iki durumda da sonradan icazet verecek olursa artık BK.md.415 gereğince vekalet hükümleri uygulanmalıdır. <sup>100</sup>.

Vekaletsiz iş görmede sorumluluk “ hekimin sorumluluğu “ bölümünde vekaletsiz iş görme başlığında incelenmiştir.

<sup>96</sup> ŞENOCAK, sh.105

<sup>97</sup> ŞENOCAK, sh.103;TANDOĞAN,Cil, sh.676-677; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI , sh.495; ZEVKLİLER,, A.: Borçlar Hukuku , Özel Borç İlişkileri, Ankara 1982.,sh.179

<sup>98</sup> TANDOĞAN,Cil, sh.677 ; TANDOĞAN, H.: Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957, sh54 ; ŞENOCAK, sh.103

<sup>99</sup> ŞENOCAK, sh. 31

<sup>100</sup> ŞENOCAK, sh.103

## İKİNCİ BÖLÜM

### TIBBİ YARDIM SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, TARAFLARIN BORÇLARI, HEKİMİN SORUMLULUĞU

#### I. TIBBİ YARDIM SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

##### A. GENEL OLARAK

Tedavi sözleşmesinin kuruluşu da aynen diğer sözleşmeler gibi genel esaslara tabidir. Dolayısıyla, sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla doğar ( BK.m.1 / II ). Şekil serbestisi geçerlidir. Zimni olarak da kurulabilir.

#### 1. Ehliyet

##### a. Genel Olarak

Tarafların ehliyetlerine de genel esaslar uygulanır. Bu konuda ikili, üçlü, dörtlü ayrımlara rastlanmaktadır.Dörtlü ayırım şu şekilde yapılmaktadır :

1. Tam ehliyetliler
2. Tam ehliyetsizler
3. Sınırlı ehliyetliler
4. Sınırlı ehliyetsizler

Tam ehliyetliler her türlü hukuki işlemi tek başına yapabilirler. Çünkü temyiz kudretine sahip, reşit ve yasada sayılan sebeplerden biri dolayısıyla da kısıtlanmamışlardır. . Ancak, 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanununun 6.nci.md. sine göre sterilizasyon ameliyatları ve gebeliğe son verme halinde rıza sahibi evli ise diğer eşinde rızasını şart koştur.

Tam ehliyetsizlerin fiili ve hukuki işlem ehliyetleri yoktur. Hukuka aykırı işlemlerinden ve hukuka aykırı fiillerinden sorumlu ( kusura dayanmayan haksız fiil sorumlulukları istisna ) tutulmazlar. Temyiz kudretleri yoktur. Bunların tedavi sözleşmelerinin kanuni temsilcilerince yapılması zorunludur. Ancak acil ameliyatları bunun dışında tutmak ve kanuni temsilcilerinin rızasını var kabul etmek gerekir.

Sınırlı ehliyetliler kural olarak tam ehliyetlidirler, ehliyetsizlik istisnadır. Yasadaki numerus clausus (sınırlı sayı) dışındaki hukuki işlemleri tek başlarına yapabilirler. Sınırlı ehliyetliler; MK379' a göre kendilerine kanuni müşavir atanırlardır. Tedavi sözleşmesini tek başlarına yapabilirler

Sınırlı ehliyetsizler; ehliyetsizlik asıl ehliyetlilik istisnadır. Sadece kanunda belirtilmiş olan hukuki işlemleri yapabilirler. Bunlar mümeyyiz küçüklerle mümeyyiz kısıtlıdır. Kanuni temsilcileri vasıtasıyla yasa da sayılanlar dışındaki işlemleri yapamazlar. Tedavi sözleşmesini yapabilip yapamayacakları tartışmalıdır. MK 16/2' ye göre münhasıran şahsa bağlı sözleşmelerin bizzat yapılması gerekir. Tedavi sözleşmesi de münhasıran şahsa bağlı bir sözleşmedir. Bu nedenle yapabilecekleri<sup>101</sup>, diğer bir görüşe göre<sup>102</sup>; özellikle sınırlı ehliyetsiz durumundaki bir kişinin korunması için yasal temsilcisi tarafından yapılabilmelidir. Her türlü tıbbi müdahalede kanuni temsilcinin rızasının alınmasını şart koşan 1219 Sayılı yasanın 70. md.' si ile diğer bir kısım özel yasa hükümleri de bu düşünceyi destekler.<sup>103</sup>

### **b. Tıbbi Müdahalelerde Ehliyetle İlgili Sınırlamalar**

Tıbbi müdahaleler konusunda yasa ve tüzüklerde ehliyetle ilgili olarak sınırlamalar getirilmiştir.

<sup>101</sup> AYAN, sh.57

<sup>102</sup> ZEVKLİLER, A.:Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1989, sh.456-457

<sup>103</sup> AYAN, sh 57

Bunların bazıları aşağıdadır;

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanununun 6.nci.md. si; Gebeliği sona erdirmede küçüğün rızası ile velinin iznini, vesayet altında olup mümeyyiz yada reşit olmayan kişilerde ise, kişinin kendisinin ve vasisinin rızası ile birlikte ve sulh hakiminin iznini de şart koştur.

2238 Sayılı yasanın 5. maddesine göre; 18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmamış kişilerden organ ve doku alınması yasaklanmıştır.

1219. Yasanın 70. maddesine göre : Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları hernevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin eveliminde muvaffakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvaffakatın tahrili olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muhtedir olmadığı takdirde muvaffakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlerden alakadarın şikayetine bağlı olmak şartıyla ... kadar hafif cezayı naktiye alınır.

“Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 22. maddesinin 4. fıkrasına göre : Avortmanlarda, hastanın ve varsa veli veya vasisinin yazılı olarak muvaffakatının alınması şarttır.”

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Yasa md.4/II : sterilizasyon ameliyatı tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır. 2. fıkrasına göre : bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastanın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.

## **2. İcap Kabul**

Tedavi sözleşmesinin kuruluşu da aynen diğer sözleşmeler gibi genel esaslara tabidir. Dolayısıyla, sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun

irade açıklamalarıyla doğar.<sup>104</sup> BK.md.1 / II'ye göre, şekil serbestisi geçerlidir. Zımni olarak da kurulabilir.<sup>105</sup> Hekimin hastayı kabulü, muayene etmesi, bir kısım tedavi tedbirlerine başlaması gibi davranışlar taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin meydana gelmesi bakımından yeterlidir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 5.nci md.si; Hastanın tedavi olmak isteği hekimi serbestçe seçebileceğini belirtmiştir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.18' göre: "Tabip ve Diş Tabibi, Acil Yardım , Resmi veya İnsani Vazifenin İnfası halleri hariç olmak üzere, mesleki ve şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.

TDN md. 3'e göre: Tabip, vazifeleri ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilkyardımda bulunur.

Kural olarak, bir sözleşme için yapılan icabın olumlu veya olumsuz yönde cevaplandırma zorunluluğu yoktur.<sup>106</sup> Ancak; BK.md.387' ye göre; vekile tevdi edilen işin idare hususunda, vekilin resmi bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icrasından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekalet vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır.

Bu nedenle, hekimlik faaliyetinde de, hekim, yapılan tedavi talebini derhal reddetmezse sözleşme kurulmuş olur.<sup>107</sup>

BK.m.387 hükmü sadece gaipler yani hazır olmayanlar arasında vekalet sözleşmesinin kurulmasında uygulanır. Hazırlar arasında, özellikle telefonla yapılan icaplarda bu hüküm uygulanmaz. (BK.m.4/II)<sup>108</sup>

<sup>104</sup> ARAL, sh. 411

<sup>105</sup> AYAN, sh. 56

<sup>106</sup> TANDOĞAN,CII, sh.387

<sup>107</sup> ÖNEN, sh. 320

<sup>108</sup> ARAL, sh. 411 " kabul edilmiş sayılır " ifadesinin tartışması için Bk. sh. 412

.BK.m.387' de yer alan "derhal" deyiminden ne kastedildiği somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.<sup>109</sup>

2283 Sayılı yasaya göre organ ve doku alacak hekimlerin vericiyi bu konuda bilgilendirmeleri gerekmektedir.

Ayrıca ; yapılan tıbbi tedavinin hukuka uygun geçerli bir akde dayanabilmesi için, yapılan tedavinin içeriği ve sonuçları hakkında hastanın aydınlatılmış olması gereklidir. Aydınlatmayla ilgili husus sistematığe uygun olması nedeniyle "hekimin borçları" bölümünde, hastayı aydınlatma başlığı altında incelenmiştir.

### **3. Sözleşmede Şekil**

#### **a. Genel olarak**

Tedavi sözleşmesinin kuruluşu da aynen diğer sözleşmeler gibi genel esaslara tabidir. Dolayısıyla Şekil serbestisi geçerlidir.

B.K.md.11/I' e göre ; hukuki muamelenin geçerliliğini açık bir şekil kuralı olmadıkça şekle bağlı kılmaz. ispat açısından şeklin yararları bulunmaktadır."<sup>110</sup> özel bir kural ile bir geçerlilik şartı olarak şekil aranmış ise, bu istisnai kurallara da riayet etmek gerekir.<sup>111</sup>

#### **b. Tıbbi Müdahalede sözleşmenin şekli ile ilgili sınırlama**

İlgili kanun ve tüzüklerde şekle ait daraltıcı bazı hususlar düzenlenmiştir bunların bazıları şunlardır;

<sup>109</sup> ARAL,sh. 413

<sup>110</sup> ARAL, sh. 413

<sup>111</sup> HATEMİ/SEROZAN./ARPACI, sh. 394



“Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 22. maddesinin 4. fıkrasına göre : Avortmanlarda, hastanın ve varsa veli veya vasisinin yazılı olarak muvaffakatının alınması şarttır.”

2238 Sayılı Yasanın 6. maddesine göre : “on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alabilmesi için vericinin en az iki tanık arasındaki açık bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.”

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Yasa md.4/II : sterilizasyon ameliyatı tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır. 2. fıkrasına göre : bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastanın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.

1219. Yasanın 70. maddesine göre : Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları hernevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evelemirde muvaffakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvaffakatın tahrili olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muhtedir olmadığı takdirde muvaffakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlerden alakadarın şikayetine bağlı olmak şartıyla ... kadar hafif cezayı naktiye alınır.

2238 Sayılı yasanın 18. maddesine göre ; sağlığında, organ ve dokularını tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını belirtmeyen bir kimsenin organ ve dokuları, sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa yanlarında bulunan herhangi bir yakınının muvaffakatıyla alınabilir.

2283 Sayılı yasaya göre organ ve doku alacak hekimlerin vericiyi bu konuda bilgilendirmeleri gerekmektedir.

2238 Sayılı yasanın 15. maddesine göre; 2238 Sayılı yasaya aykırı şekilde organ ve doku alan ve / veya satanlar hakkında 2 ile 4 yıl arasında hapis ve ... para cezası ön görülmüştür.

TCK.md.471' e göre; bir erkek yada kadının rızası olmaksızın sterilizasyon yapmak suçtur.

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Yasaya göre; tıbbi bir sakınca olmadıkça kişinin rızası alınmak koşulu ile sterilizasyon yapılabilir.

Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkındaki 2238 Sayılı Kanun 2.nci md.sine göre; Oto – greftler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tayin olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri, tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir.

## **B. SÖZLEŞME YAPMA HÜRRİYETİ VE SINIRLARI**

### **1. Sözleşme Hürriyeti**

#### **a. Genel Olarak**

Taraflar, B.K.md.19 gereği ,akit serbestisi ve özellikle tip serbestisi ilkelerine dayanarak yasal sözleşme tiplerinden diledikleri gibi ayrılıp<sup>112</sup> yasada düzenlenmemiş sözleşmeleri dahi yapabileceklerdir. Zira yasada belirlenen tipler, sınırlı sayı ( numerus clausus ) değildir.<sup>113</sup>

#### **b. Kapsamı**

Şu hususları kapsar:.

a) Akit yapıp yapmama özgürlüğü;

<sup>112</sup> HATEMİ,H., / SEROZAN, R./ ARPACI, A., sh.35

<sup>113</sup> ARAL sh.50 ; Aksi görüş, GAUTSCHİ,Art.394,N.56 ; ARAL, sh.51; den aynen

- b) Akdin karşı tarafını seçme özgürlüğü;
- c) Şekil özgürlüğü;
- d) Akdi değiştirme veya ortadan kaldırma özgürlüğü;
- e) Akdin tipini (muhtevasını ) belirleme özgürlüğüdür.

Tarafların kanunda belirtilen tiplere bağlı kalmadan sözleşme kurma yetkisine, akdin içeriğini belirleme ve tip serbestisi ilkesi denir.<sup>114</sup> Taraflar hukuki ilişkilerini emredici kurallar çerçevesinde diledikleri gibi düzenleye bileceklerdir.

## 2. Sınırları

Bütün akitlerde ortak olarak bazı muteberlik şartları aranır ki , bunlar:

- a. Ehliyet
- b. Adin konusu, emredici hukuk kaidelerine , kamu düzenine , genel ahlaka (umumi Adaba) ve şahsiyet haklarına aykırı olmamalıdır.
- c. Akdin konusu imkansız olamamalıdır.
- d. İrade beyanları sıhhatli olmalıdır.
- e. Muvazaa bulunmamalıdır.

Bazı akitlerde ise akitlerin özelliği gereği ayrı bazı şartlar aranır.Bunlar:

- a.Gabin bulunmaması
- b. Şekil unsuru.

Şahsiyeti koruyan bir hükme aykırı olarak yapılan bir akit; emredici hukuk kaidesine aykırıdır. Böyle bir hüküm bulunmasa bile şahsiyete aykırı bir konu içeren bir akit hükümsüzlük müeyyidesine uğrar. Çoğu zaman bu durumlarda ahlaka aykırılık da vardır. Mesela ,uygun olmayan bir ameliyata razı olma böyledir.<sup>115</sup>

<sup>114</sup> ARAL, sh. 50

<sup>115</sup> OĞUZMAN,M.K./ ÖZ,M.T.,Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul ,1998, sh.73

Anayasanın 17.nci md.si; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağını, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını düzenlemiştir..

MK. nun 23.ncü md.si; kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini ve kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini veya onları hukuka yada ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağını düzenlemiştir.

Bu nedenle kişilik haklarından vazgeçmek ve bu haklara yapılacak zararlara razı olmak, bu davranış için hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Zira rıza gösterme, ancak rızayı beyan eden şahsın üzerinde tasarruf edebileceği haklara ilişkin olduğu taktirde muteberdir. O halde rıza, emredici hukuk kurallarına ,ahlaka ve özellikle şahsiyet haklarına aykırı olmamalıdır.<sup>116</sup> Mesela kanser hastalığı nedeniyle çok acı duyan bir hastanın bu acılara dayanamayıp bir hekimle anlaşarak onun yapacağı bir iğneyle ölmeye rıza göstermesi halinde, bu rıza kişilik haklarına aykırı olduğu için, MK.md.23 ve BK.md.20 uyarınca geçersizdir. Ancak, bu gibi kişilik haklarının ihlali, üstün düşünce ve amaçlarla oluyorsa, rıza hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Mesela, hastanın aydınlatılması koşuluyla, ameliyat veya ananın sağlığı nedeniyle yapılan kürtaj fiillerinde durum böyledir.<sup>117</sup>

Beden bütünlüğü ve sağlık gibi kişisel değerlere kişinin rızasıyla yapılan girişimlerin geçerli olabilmesi için kişinin geçerli bir rızası , bunun yanında girişimin beden üzerinde uygulanabilmesi için kişinin aşırı bir zarar görmemesi ve büyük bir tehlike altına girmemesi ve ayrıca; girişimin üstün amaçlar taşıması gerekir. Örneğin para karşılığı bazı organlarının başkasına verilmesine razı olmak hukuka aykırıdır.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> AKMAN, G.S.:Sorumluluk Anlaşması ( Doktora Tezi), İstanbul 1976,sh.22

<sup>117</sup> EREN,Cil, sh.270-271

<sup>118</sup> ZEVKLİLER, A.:Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları, D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi S.1 , Diyarbakır 1983, sh. 20-22

### 3. İrade Fesadı Halleri (hata-hile-tehdit)

#### a. Genel Olarak

Hukuken korunan sağlıklı bir tedavi sözleşmesi oluşturmak için tarafların iradelerinin de sakat olmaması gerekir.

Borçlar Kanununun 23. maddesine göre :“ Akit yapılırken esaslı bir hataya düşer olan taraf, o akit ile ilzam olunamaz.”,

İrade fesadı halleri; bütün akidlerde olduğu gibi tedavi sözleşmesinin de kurulmasında, devamında yada sonlandırılmasında geçerlidir.

İrade beyanındaki sakatlık, beyanın iradeye uymamasından yada iradenin oluşumundaki bir etki nedeniyle meydana gelir.<sup>119</sup>İrade beyanında bulunan kimse arzusuna uymayan beyanı bilerek ve isteyerek yapıyorsa , zihni kayıt veya latife beyanı söz konusu olur. <sup>120</sup>

Beyandaki hata iradenin oluşumundaki bir etken nedeni ileyse; ya hata, ya hile, yada ikrah söz konusu olur.

#### b. Hata

Arzu ile beyan farkı istem dışı oluşmuşsa artık bir beyan hatası söz konusudur ve hata hükümlerindeki şartlara göre akit iptal edilebilir. <sup>121</sup>

Hata, beyan hatası , yada arzunun oluşmasına yol açan saikte hata şeklinde olur.”<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> OĞUZMAN,ÖZ, sh.77

<sup>120</sup> OĞUZMAN,ÖZ, sh.77

<sup>121</sup> OĞUZMAN,ÖZ, sh.77-78

<sup>122</sup> OĞUZMAN,ÖZ, sh.79

Akdi fesih eden taraf diğerk tarafa verdiği Şey varsa onunda iadesini talep etme hakkına sahiptir.

BK.md.25' e g6re; hataya d6Ően taraf iyi niyet kaidelerine aykırı olarak ona dayanamaz.

BK.md.25/II' e g6re; hata eden tarafın bilhassa yapmayı kastettiği akdi diğerk taraf icraya hazır olduğunu beyan ettiği takdirde bu akit hata eden taraf hakkında l6zum ifade eder.

BK.md.26' g6re; akdin h6km6nden kurtulmak için hata ettiğini iddia eden taraf eğer hata kendi kusurundan dođmuŐ ise akdin bu sebeple doğan zararı 6demeye mecburdur.Fakat ,eğer ki, karşı tarafın hatayı bilmesi veya bilecek bir durumda ise, hata eden taraf zarar ziyan 6demekten kurtulabilir.

### c. Hile

Hile , hatalı bir fikrin doğumuna veya teyidine yada devamına sebebiyet vermek için bir Şahsın diğerk bir Şahsı davranıŐıyla irade beyanında bulunmaya kasten sevk etmesidir. Hile kasten bir kişinin saik hatasına d6Ő6r6lmesi olarak d6Ő6n6lebilir.<sup>123</sup>

Hile, akdin in' ikadı yada icrası safhasında yapılmış olabilir. <sup>124</sup>

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.10/II' ye g6re de: Bir keŐif hakkında yanlış kanaat uyandıracak ifadeler kullanılması yasaktır.

BK.md.28/I:"Diğerk tarafın hilesi ile akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile o akit ile ilzam olunamaz."

---

<sup>123</sup> OĞUZMAN,6Z, sh.91

<sup>124</sup> 6NEN, sh. 61

#### d. İkraha

İkraha , istenilen irade beyanında bulunmadığı takdirde , bir kimsede bir kötülüğe maruz kalacağı kanaatini uyandırmak için, hukuka aykırı bir şekilde yapılan tehditle bir kimsenin korkutulmasıdır.<sup>125</sup>

İkraha, bir korkunun meydana gelip gelmediğini tespit için, tehdidin yapıldığı zaman, yer, tehditte bulunanın, tehdide uğrayanın, şahsi durumu, yaşı gibi hususlar dikkate alınmalıdır.<sup>126</sup>

BK. md. 29/f.1' e göre; eğer iki taraftan biri diğer tarafın yahut üçüncü bir şahsın ikrahi ile bir akit yapmış olursa, kendi hakkında lüzum ifade etmez.

## II. TARAFLARIN BORÇLARI

### A. HEKİMİN BORÇLARI

#### 1. Genel

Borç, bir şahsı ( boçluyu ), diğer bir şahsa (alacaklıya ) bir şey verme, bir şey yapma yada yapmama gibi bir edim yükümlülüğü altına sokan hukuki bağıdır.<sup>127</sup>

BK. 96. ncı md. siyle başlayan ikinci faslın başlığı "borcun ifa edilmemesi" BK.101 nci md. sinin başlığı ise " borçlunun temerrüdü" dür. Borcun ifa edilmemesi de kendi içinde "kusurlu imkansızlık " ve "gereği gibi ifa etmeme " olarak ikiye ayrılır. Gereği gibi ifa etmeme; kötü ifa ve yan yükümlerin ihlallerini de kapsar. Bunların hepsini birlikte değerlendirmesi sonucu ihlali ;

<sup>125</sup> OĞUZMAN,ÖZ, sh.95;OĞUZMAN/AKYOL/ÖZAKMAN :sh.449

<sup>126</sup> ÖNEN, sh. 64

<sup>127</sup> OĞUZMAN ,ÖZ, sh.3 ;EREN,F.: Borçlar Hukuku, C.1, Genel Hükümler, İstanbul 1994, sh.1

kusurlu imkansızlık, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt olarak üçe ayırmak mümkündür.<sup>128</sup>

Tedavi sözleşmesinde de diğer sözleşmelerde olduğu gibi sözleşmelerle yüklenilen asıl yükümler ile yan yükümleri yerine getirmek gerekir. Aksi takdirde borcun ihlali söz konusu olur ve kanunda belirtilen yaptırımlarla karşılaşılır.

Tedavi sözleşmesinde asıl edim, tedavi olmakla birlikte, aşağıda açıklayacağımız diğer yan borçlarda söz konusudur.

## **2. Teşhis ve Tedavi Etme Borcu**

### **a. Genel Olarak**

Hekimin tedavi yükünlüğü; öncelikle zorunlu hayati tedbirleri alıp, hastanın müşahedesini dinleyerek tetkik ve muayene yöntemlerini kullanıp teşhis koymayı, sonra hastalığın iyileştirilmesi veya kötüye gitmesinin önlenmesi yada yavaşlatılması , hiç değilse acılarını azaltılması için, tıp biliminin öngördüğu usul ve kaideleri özenle seçip uygulamasını kapsar.

### **b. Tedavide Sorumluluğun Kapsamı**



Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.6' ya göre : Tabip ve diş tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder.

Tedavi yönteminin seçimi konusunda, TDN.md.11.maddesi : Klasik metotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce mutata tecrübe hayvanları üzerinde kafi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caiz olduğunu, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağını ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutata tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice bulunmayacağını muhtemel bulunmasının gerekliliğini şart koşmuştur.

Sözleşmenin kurulması bölümünde; sözleşme yapma hürriyeti ve sınırları başlığı altında da belirttiğimiz gibi , yasal sınırlar haricinde kişinin rızası da alınmış olsa tedavi amacı dışında beden bütünlüğünü ve sağlığını bozacak davranışlar <sup>132</sup> ile tecrübe maksatlı cerrahi müdahale , kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi tatbik edilmesi hukuka aykırıdır ve yasaktır .AY.nın 17.nci md.si, MK. nun 23.ncü md. si ile BK. nun 11.nci ve 13.ncü maddelerinde bu hususlar düzenlenmiştir .

Ancak; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.10' a göre : Araştırma yapmakta olan tabip ve diş tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevhit etmeyeceğine kanaat getirmedikçe, tatbik veya tavsiye edemez. Ancak, yeter derecede tecrübe edilmemiş olan yeni bir keşfin tatbikatı sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini celp etmek ve henüz tecrübe safhasında olduğunu ilave şartı ile bu keşfi tavsiye edebilir.

---

etmiş ise, artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi, hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir.

<sup>132</sup> AŞCIOĞLU, sh.49;

Teşhis koymada izlenecek yol ve yöntemler hususunda hukuki bir düzenleme yoktur.<sup>133</sup> Bu nedenle tıbbi esaslar göz önünde tutulacaktır. Hekim, eğer tıp biliminde kabul görülen usul, esaslarla ve özenle, muayene ve tetkiklerini yaparak teşhis koymuşsa, teşhis hatasının sorumluluğunu taşımaması gerekir.<sup>134</sup> Doğru teşhiste özellikle hangi hastalığa girdiği hususunda tereddüt varsa tereddüt gidene kadar tetkik ve muayeneler devam etmeli bu arada da gerekli koruyucu tedbirler alınmalıdır.<sup>135</sup>

TDN. md. 19: tabip ve diş tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir.

Ancak, bu gibi hallerde, diğeri bir meslektaşın tedavi veya müdahalesini imkan verecek zamanı evelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde, hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğeri bir meslektaş temin edilmedikçe hastayı terk edemez.

Hastayı bu suretle terk eden tabip veya diş tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahede notlarını verir.

### 3. Hastayı Aydınlatma

#### a. Genel Olarak

Anayasanın 17.nci md.si; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağını, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını düzenlemiştir..

<sup>133</sup> ŞENOCAK, sh.61 ;

<sup>134</sup> ŞENOCAK., sh.61-62; TANDOĞAN,Cil, sh.419

<sup>135</sup> TANDOĞAN.,Cil, sh.416-417, Ayrıca sh.416 daki 47-48-49 nolu dipnotlardaki örnekler

MK. nun 23.ncü md.si; kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini ve kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini veya onları hukuka yada ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağını düzenlemiştir.

Yukarıda belirtilen maddelerden hareketle tıbbi tedavilerde hastanın rızasının hukuki çerçevesini belirlemeye çalışacağız.

Geçerli bir tedavi sözleşmesinden bahsetmemiz için hastanın rızasının da geçerlilik koşullarını taşıması gerekir. Acil yardımlar., ameliyatın genişletilmesi vb. durumlarda hastanın rızasının var kabul edildiğinden daha önce bahsetmiştik. Bu durumların haricinde de hastanın rızasının geçerliliği söz konusu olabilmesi için hastanın doktor tarafından tıbbi müdahale konusunda aydınlatılması gerekir.<sup>136</sup> Zira müdahale hastanın üzerinde gerçekleştirilecek onun vücut bütünlüğü ve sağlığı söz konusu olacaktır. Acıların dindirilmesi sağlığına kavuşması ona ait olduğu gibi tehlikeleri ve risklerinde o taşıyacaktır. Vücut bütünlüğü şahsi haklardandır ve kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle tıbbi tedavinin uygulanmasına olurda kişinin kendisine ait olmalıdır.<sup>137</sup> Hukuka uygunluğu sağlayacak kendi rızasıdır.<sup>138</sup> Oda ancak tedavi amaçlı bir müdahale olması halinde geçerlidir.<sup>139</sup>

<sup>136</sup> 4.HD.7.3.1977, E.976/6297, K.977/2541 (YKD., 1978, S.6, sh.905, vd.) : “... Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi bu konuda yeteri kadar aydınlanması gerekir...”

<sup>137</sup> 4.HD.7.3.1977, E.976/6297, K.977/2541 (YKD., 1978, S.6, sh.905, vd.) ; “Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler, kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.” ;AŞÇIOĞLU, sh. 27

<sup>138</sup> ŞENOCAK, sh. 44

<sup>139</sup> ŞENOCAK, sh.37; . Anayasanın 13' ncü maddesine göre genel sağlığın korunmasının gerektiği hallerde, kişi rıza göstermese de; kanunlara uygun olarak yapılacak her müdahale, hukuka aykırı sayılmaz. Mesela, Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun ,67, 73, 90' ncü maddeleriyle getirilmiş bir yüküm olduğu için, kişinin rızası olmasa da aşılması hukuka aykırı değildir

Mevzuatımızda da istisnai olarak aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiştir.

1219 Sayılı yasanın 70. maddesine göre: hekimin aydınlatma yükümlülüğü dolaylı yoldan düzenlenmiştir

TDN.nin 14/II md. si ; tabip ve diş tabibinin, hastasına ümit vererek teselli edeceğini, hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı taktirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazım geldiğini düzenlemiştir..

2283 Sayılı yasaya göre organ ve doku alacak hekimlerin vericiyi bu konuda bilgilendirmeleri gerekmektedir.

TCK.md.471' e göre; bir erkek yada kadının rızası olmaksızın sterilizasyon yapmak suçtur.

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Yasaya göre; tıbbi bir sakınca olmadıkça kişinin rızası alınmak koşulu ile sterilizasyon yapılabilir.

### **b. Aydınlatmanın Kapsamı**

Hasta aydınlatılırken , uygulanacak tedavinin içeriği , uygulama yöntemi , karşılaşılabilecek tehlikeler , başarı yüzdesi , ivediliği, tedavi olunmaması halinde yaşana bilecek tehlikeler, gelenebilecek noktalar, varsa alternatif tedaviler ,onların risk ve başarı yüzdeleri hastaya anlatılmalı, <sup>140</sup> hekim vereceği bütün bu bilgilerle hastayı uygulanacak tedaviyi serbestçe seçme konusunda karar verebilecek noktaya getirmelidir. <sup>141</sup> Ancak alternatif

<sup>140</sup> Aksi görüş ; ŞENOCAK, sh.51 ; “Tedavi metodunun seçimi kural olarak hekime düşen bir görevdir. Hekim aynı başarıyı vaat eden alışılmış tedavi metotlarının her biri hakkında hastaya açıklamada bulunmak ve hastanın seçimine göre tedaviyi yürütmek zorunda değildir”

<sup>141</sup> AYAN, sh.71 ; SARIAL, 55-56; KÖPRÜLÜ, Ö.:Hekimin Hukuki Sorumluluğu,İBD, 1984, C.58,S.10-11,sh. 594; BALCI, H.: Hekimin Yasal Sorumlulukları, İzmir 1995, sh.95-96 , GÜNEL, age.,sh.52

tedaviyi hekim benimsemiorsa tedaviyi yapmak zorunda değildir istifa etmesi veya tedaviyi reddetmesi gerekir. Hastayı aydınlatırken hastanın şahsi durumunu ( eğitimi, zekası, hastalık tecrübeleri ) göz önünde bulundurmak. ve aydınlatma kapsamını ve usulünü ona göre uygulamak gerekir. Aydınlatmanın kapsamı tıbbi müdahalenin tehlikeliliğın fazla ve acili yetin az olması ( acili yet taşımayan estetik ameliyatlarında olduğu gibi ) hallerinde daha geniş olmalıdır. <sup>142</sup>

### c. Aydınlatmanın Sorumlusu

Aydınlatma görevi kural olarak tedavi eden hekimin sorumluluğundadır yerine getirilmemesinin sorumluluğunu da o taşır. <sup>143</sup> Ancak unutmamak gerekir ki tıbbi tedavi bir ekip işidir, bu nedenle yardımcılarında kendisiyle ilgili ( hemşirenin enjeksiyon yaparken nasıl yapacağı hastanın acı duyup duymayacağı vb. ) hususta aydınlatma görevlerinin varlığını kabul etmek gerekir.

### d. Genel Olarak

Aydınlatmanın şekli konusunda herhangi bir usul yoktur ancak aydınlatma esnasında diğer başka sağlık personelinin bulunması ve yazılı olarak da hastaya imzalatmak aydınlatmayı ispatı kolaylaştırır. <sup>144</sup> Sadece basılı formlarla yapılan aydınlatma içeriğinde kullanılan dil veya hastanın anlama kapasitesi ve hastanın isteksizliği halinde ikana için yetersiz olması nedeniyle kabul edilmemek gerekir.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun' un 70' nci maddesine göre: "...üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı taktide muvafakat şart değildir." Yine aynı maddede ve Hastaneler

<sup>142</sup> ŞENOCAK, sh.50 ; AŞÇIOĞLU, sh.29

<sup>143</sup> GÜNEL, age.,sh.53; ÖZSUNAY E. : Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, sh.32-56

<sup>144</sup> ŞENOCAK,, sh.59-60; ÖZSUNAY, sh.52 .

Talimatnamesinin 103' ncü maddesine göre : "büyük ameliyat cerrahiler için" rızanın yazılı olması gerekir.

#### **e. Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları**

Aydınlatma yükümlülüğü şu sebeplerle ortadan kalkabilir : Terapötik sebeplerle hastanın aydınlatılmamasının gerekli olmadığı ( hastalığını bilmesi halinde büyük bir çöküntüye girme veya kalp kırızı gibi başka bir tahribata sebep oluna bilecek ) durumlar, hastanın rızasının alınmadığı veya gecikmede tehlike gibi zorunlu ( acil ilk yardım, ameliyatın genişletilme zorunluluğu ) durumlar, aynı mesleğe sahip olma gibi istisnai sebeplerle hastanın zaten bilmesi, hastanın istememesi vb. durumlarda; tıbbi ve insani nedenlerle aydınlatma yapılmaya bilir.

#### **4. Sadakat ve Özen**

##### **a. Genel Olarak**

Tedavi sözleşmesinde hekim sonuç borcu olmadan tıbbi usul ve kaidelerle ve özenle elinden geleni yapmakla yükümlenmiştir.

##### **b. Kapsamı**

Mevzuatımızda özen borcu genel olarak düzenlenmiştir. Bunlar ;

BK.nun 390/II.nci md.si: ...vekil, müvekkile karşı vekaleti hüsnü suretle ifa ile mükellef olduğu.

TDN. nin 2. nci md.si : tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesinin, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermek olduğunu. Tabip ve dış tabibi, hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyetin, içtimai (seviyesi, mevkii ve siyasi

kanaati ne olursa olsun, muayene) ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükellef olduğunu düzenlemiştir.

BK.nun 390/I.nci md.si; vekilin sorumluluğunun genel olarak işçinin sorumluluğuna ait hükümlere tabi olduğunu belirtmiştir.

Buda işçinin özenle davranma ve hafif kusurundan dahi sorumluluğunu getirecek diğer yandan, BK.md.321 f.III' yollama söz konusu olacaktır.

BK.md.321 f.III' de. bir objektif ve diğeri subjektif nitelikte iki kıstas ön görülmüştür.

Objektif kıstas, görülecek işin cinsi, zorluğu, mesleki bilgi , öğrenim gibi ölçüleri ifade eder.

Subjektif kıstasta ise, işçinin bilgi, beceri vb .şahsi özelliklerinden .iş sahibince bilinen veya bilinmesi gerekenleri ifade eder.<sup>145</sup>

Ancak; tedavi sözleşmesinde tedaviyi yapacak taraf olan hekim; aldığı eğitim -öğretimle ve diplomasının devlet tarafından tasdik edilerek mesleği yapmasına ruhsat verilmesiyle, toplum karşısında bu işi layıkıyla yapar kişi durumundadır. Hastanın bu ölçüleri dikkate alarak güvenmesi kaçınılmazdır. Bu bir nevi garantidir.<sup>146</sup> Bu nedenle bir hekimin subjektif ölçülerle sorumluluktan kurtulması düşünülemez. Bu durumda ortalama zihni . bedeni yeteneklere .<sup>147</sup> ve bilgilere sahip ve ona göre dikkat ve ihtimam gösteren bir hekim ölçü alınarak sorumluluk belirlenir.

---

<sup>145</sup> TANDOĞAN, C.II, sh.411

<sup>146</sup> TANDOĞAN., CII, sh.411

<sup>147</sup> ARAL, sh. 420-421

Vekilin olumlu sonuca ulaşılması için mesleki ve hayat tecrübeleriyle normal akışa göre gerekli faaliyetlerde bulunması ve olumsuz sonucu getirebilecekler faaliyetlerden kaçınması özen borcunun kapsamını belirler.<sup>148</sup>

Tedavinin hukuki niteliği bölümünde daha önce bahsettiğimiz gibi, hekimin sonuç borcu olmaması nedeniyle sorumluluğu iyileştirmek değil, tedavi için en uygun; yani riski az başarı şansı yüksek olan tıp bilimince kabul görmüş veya görülebilir yöntemi seçerek,<sup>149</sup> özenle<sup>150</sup> uygulamaya çaba sarf etmesi yeterlidir. Bütün bunlara rağmen hasta iyileşmemişse artık hekimin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.<sup>151</sup> özen borcu yalnızca tıp kurallarında değil hastanın rızası ve aydınlatılması gibi diğer hukuki.<sup>152</sup> hatta ahlaki ve insani durumlarda da geçerlidir. Aciliyet az ve/veya tehlikelilik riski artıyor<sup>153</sup> yada uzmanlık fazlalaşıyorsa özeninde ölçüsü artacaktır.<sup>154-155</sup>

Vekil , işi görürken müvekkilin faydasına olan her şeyi yapması zarar veren her şeyden kaçınması sadakat borcunun gereğidir. Vekil müvekkilin

<sup>148</sup> TANDOĞAN, CII, sh.410

<sup>149</sup> AYAN, sh. 66

<sup>150</sup> AYAN, sh. 67

<sup>151</sup> 4. HD. 10.4.1980, E.2175, K.4735, AŞÇIOĞLU,sh.69'dan alıntı. "...Eğer bir hekim tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasının gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmiş ise, artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi, hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir.

<sup>152</sup> AŞÇIOĞLU, sh. 49

<sup>153</sup> AŞÇIOĞLU, sh.29; "Beklenen özenin ölçüsü tehlikelilik olgu ve olasılıklarıyla doğru orantılıdır."

<sup>154</sup> 4.HD., 17.12.1976, E.1976/692, K.1976/11046 (YKD., C.4, S.4, 1978, s. 545)." Uzman doktor, hastanın bünyesinin, kişisel durumunun, ışınlara karşı aşırı duyarlılığını önceden göz önüne alarak tedaviyi bu etkilerin doğuracağı sonuçları bertaraf edecek nitelikte yapacaktır. Sağlık Şurasının bu uzman doktorun sorumlu tutulmayacağını benimsemesi olanaksızdır. Aksi halde, doktor ile bir işçi ve teknisyenin yaptığı zararların birbirinden farklı kalmaz. Uzman doktor bu tehlikeleri bertaraf edecek biçimde çalışmak zorundadır. Çalışmazsa veya çalışıp da böyle bir sonuç doğurursa bundan sorumlu olur." : AŞÇIOĞLU, age., sh.48

<sup>155</sup> TANDOĞAN , CII, sh.419 ; "...Cerrahlık zorunlu olarak cüreti belli ölçüde rizikoların göz alınmasını gerektirir. Bir cerrahın belki de müdahale kaçınılmaz olmadığı halde ameliyata karar verdiği yahut ameliyat tekniğinde bir yanlışlık yaptığı gerekçesi ile mahkum edilmesi, cerrahın şüpheli hallerde başka türlü hastanın hayatı kurtarılamayacak olsa bile müdahaleden kaçınmaları sonucunu doğururdu. Cerrah ameliyata girişmenin isabeti ve ameliyatın icra tarzı hakkında karar verirken geniş bir özgürlükten yararlanmalıdır... Ondan bir ihmalin sonuçları çok ağır olabileceği için özel bir dikkat göstermesini beklemekte haklı olur.."



iradesini ve menfaatini dikkate almalı.<sup>156</sup> ve onları bağdaştırmaya çalışmalıdır.  
<sup>157</sup> Hasta sadakat borcunun gereği olarak doktordan yalnızca tıp kurallarına göre işini görmesini değil bununla birlikte kişiliğini göz önüne almasını da bekleye bilmelidir.<sup>158</sup>

Sadakat ve özen borcunun gereği olarak irade sakatlığıyla verilen talimatı bilen veya bilmesi gereken vekil talimatı yerine getirmemelidir.<sup>159</sup>

Vekilin sadakat yükümlülüğü sadece işin görülmesi esnasında değil vekalet sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam eder.<sup>160</sup>

Vekalette gösterilen özen ücretli olup olmamasına göre değişmez sadece tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır.<sup>161</sup>

Hekim ayrıca mesleğiyle ilgili gelişmeleri takip etmeli muayene, tetkik, teşhis ve tedavide bunları uygulamalıdır.<sup>162</sup> Bazı hukukçulara göre memleketimizin çeşitli bölgelerine göre maddi imkansızlıklar, hekimin bilimsel seviyesini geliştirme yükümlülüğünü etkiliye bileceği belirtilmiştir.<sup>163</sup> Ancak bilgi edinme açısından hekimliğin kültürel durumu gelişmişlikte gelinen noktalar ve imkanlar ( İnternet , kitap temin etme kolaylığı ) gibi nedenlerle bölgelere göre sorumluluk ölçüsünü çok farklı tutmamak gerekir.

Hekimin ilaç yazarken beraber kullanılmaması gereken ilaçları vermesi, hastanın diğer hastalıklarını dikkate almadan ilaç yazması halinde sorumluluğu

<sup>156</sup> HATEMİ / ARPACI / SEROZAN, sh. 417 ; “Sadakatle (doğrulukla) ifadan amaç, başkalarının çıkarlarının veya kendisinin - vekalet ücretini yükseltmek gibi - bencil çıkarlarının, müvekkilin yararına üstün tutulmamasıdır.”

<sup>157</sup> TANDOĞAN.,CII, sh.407

<sup>158</sup> TANDOĞAN., CII, sh.408

<sup>159</sup> TANDOĞAN , CII, sh.444

<sup>160</sup> ARAL, sh. 417

<sup>161</sup> ARAL, sh. 420-421 ;Aksi görüş TANDOĞAN ,CII, sh.411’ dan Gautschi , Art, 398, Nr, d; BGE 70 II 211

<sup>162</sup>ARAL, sh. 421 ; TANDOĞAN ,CII, sh.419

<sup>163</sup> ATABEK/SEZEN, sh.145-147; KANETİ,S.:Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, 1980, sh. 68-69; ŞENOCAK, sh. 66

kaçınılmaz olduğu halde, üretici firmanın prospektüse yazdıklarına inanmaktan sorumluluğu olmasa gerekir. <sup>164</sup> Aksi takdirde her ilaç için bir çok araştırma ve inceleme yapmak zorunda kalacaktır, buda mümkün değildir. Ancak zararlarını tecrübeyle biliyorsa sorumluluğu söz konusu olabilir.

## 5. Kayda Geçirme (arşivleme) ve Hesap Verme Borcu

### a. Genel Olarak

Hesap verme borcu BK.md.392' de düzenlenmiştir.

Hesap verme yükümü vekalet sözleşmesinin kurulmasıyla meydana gelir. Ancak henüz yerine getirilmeden de doğabilir. İfaya başlamadan ifa etmemek veya başkasına devretmek niyetinde olan vekil, derhal müvekkili bilgilendirmelidir. Aksi takdirde oluşacak zararı tazmin etmek zorunda kalır. <sup>165</sup>

BK.md.392 f.1' de müvekkilin talebi üzerine hesabın verilebileceğinden söz edilmektedir. Ancak, vekil gerekiyorsa kendiliğinden müvekkile işin durumu hakkında bilgi vermesi gerektiği belirtilmiştir. <sup>166</sup> Ayrıca, BK.md.389 f.1' e göre bağlayıcı talimattan (olurunu alma imkanı olmamasına rağmen olur verirdi düşüncesi varsa bu durum hariç ) ayrılamaz, bu konuda vekilin onayını almalıdır. Talimata muhalefet ederse sorumlu olur.

“Becker’ e göre hesap verme yükümlülüğünü koyan BK.md.f.1, bu yükümlülük bakımından emredici nitelikte değildir; bu nedenle hekimin böyle bir yükümlülüğü olmayacağı geçerli olarak kararlaştırılabilir; ancak, bu anlaşma vekilin dürüstçe davranmadığı ortaya çıkarsa, artık hüküm ifade etmez.”<sup>167</sup>

<sup>164</sup> Aksi görüş, AYAN, sh. 93 ; “Hekim, tedavi sırasında uygulayacağı ilacın üreticisi tarafından kullanma tarifesinde (prospektüste) yapılmış açıklamaları kritik bir gözle incelemeli ve kendi bilgi süzgecinden geçirmelidir. Onun burada yazılı her şeye körü körüne inanması ve yanlış bir bilgi yüzünden hastanın zarar görmesi de özen borcuna aykırılık oluşturur.”

<sup>165</sup> TANDOĞAN, CII, sh. 479

<sup>166</sup> TANDOĞAN, CII, sh. 480-481

<sup>167</sup> TANDOĞAN, CII, sh. 483

## b. Kapsamı

BK.nun 392. nci md. si vekilin müvekkile hesap verme yükümlülüğünü düzenlemesi nedeniyle hekiminde hesap verme yükümlülüğü vardır, bunun uzantısı olarak hekim tedavi faaliyeti sırasında elde ettiği tetkik, teşhis ve muayene bulgularını ve aldığı tedbirlerin kayıtlarını tutmak zorundadır. Hastanın teşhis ve tedavisini izleye bilmesi açısından bilmemesi gerekli durumlar haricinde bu kayıtları görme ve inceleme hakkını kabul etmek gerekir. Hasta bunların nüsha veya fotokopilerini alabilmelidir. Çoğaltılması mümkün olmayanları da alma hakkının olduğunu kabul etmek gerekir. Zira başka bir hekim veya sağlık kurumunu tercih etme esnasında bunlar gerekli belgelerdir.<sup>168</sup> Bu belgelerin hastaya verilmemesi hakkı olduğu halde verilmemenin yanında; dolaylı yoldan da olsa hastanın özgürce hekimini seçme hakkını sınırladığı gibi yine özgürce istediği zaman vekaletten doktorunu azletmeyi engelleyici nitelik arz edebilir.

Mevzuatımızda da tedavi nedeniyle tutulması gereken kayıtlarla ilgili hükümler vardır. Bunların bazıları ;

1219 Sayılı yasanın 72 maddesine göre : mesleklerini uygulayan hekim, dış hekimleri, dişçiler ve ebeler, örneğine göre Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenen, yerel sağlık yöneticileriyle donanmış, hastaların ad ve kimliklerini kayıt için basılan bir protokol defteri tutmaya zorundadırlar.

1219 Sayılı yasanın 73. maddesine göre: protokol defterinde tahrifat yapan ve gerçeğe aykırı bilgi yazan hekimler, dış hekimleri, dişçiler ve ebeler TCK.'nın 345. maddesi uyarınca cezalandırılır.

---

<sup>168</sup> AŞÇIOĞLU, sh.64

## 6. Sır Saklama Borcu

### a. Genel Olarak

Sır saklama yükümlülüğü borçlar kanununda düzenlenmemiştir. Ancak sadakat borcunun uzantısı olduğunun kabulü gerekir. Bu yükümlülüğünün gereği olarak hekim hastanın rızası olmadan hastalığını ve kayıtlarını hastanın yakınları ve yeni hekimi dahil kimseye gösteremez.<sup>169</sup> Doktorların tıbbi tedavi gereği diğer doktorlara yaptığı açıklamaları<sup>170</sup> ve danışmaları hukuka aykırı saymamak gerekir. Önceden izin alınmaksızın hastanın hastane ortamında eğitim maksatlı olarak doğrudan tedaviyle ilgi olmayanlara gösterilmesi kişilik haklarına aykırı görülebilir. Hastada tatbik edilen tedavi yöntemlerinin bilimsel olarak kullanılması halinde kimliğini belirlemeyi engelleyici bütün tedbirler alınmalıdır.<sup>171</sup>

### b. Kapsamı

Sır saklamanın kapsamını, nelerin bu kapsama dahil olduğunu belirlemek kişilere göre değişen değer yargılarına bağlıdır.<sup>172</sup> Sadece doktora gittiğinin bilinmesi de bir hasta açısından istenmeyen sonuçlar oluşturuyorsa sır kapsamında kabul edilmelidir.<sup>173</sup> Genelde toplum karşısında küçük düşürücü, alay konusu olabilecek, ayıp sayılan, o kişinin toplum tarafından dışlanmasına sebebiyet verebilecek vb. zarar verme ihtimali bulunan durum ve bilgiler sır kapsamında kabul edilmelidir.

<sup>169</sup> ŞENOCAK, sh.66

<sup>170</sup> AŞÇIOĞLU, sh.47

<sup>171</sup> AŞÇIOĞLU, sh.48 ; Bir tıbbi yayında, hastanın resminin yayınlanmasında zorunluluk varsa, kimliğini ortaya çıkaracak özellikler gizlenmelidir; bilim içinde olsa kişinin kimliğinin açıklanması hukuka aykırıdır.

<sup>172</sup> AŞÇIOĞLU, sh.47 ;” ...kadının çocuk düşürmesi – evli olmayan kadının hamile kalması – intihar – eşcinsellik – evli eşlerden birinin evlilik dışı cinsel ilişkide bulunması, toplumda ayıplanacak veya tiksinti yaratacak verem, AIDS, frengi gibi hangi hastalıklar; ruh hekimine anlatılan onur ve saygınlığa ilgili olay ve bilgiler hakkında yapılan açıklamalar sır sayılabilir. ”

<sup>173</sup> TANDOĞAN, CII, sh.453

Açıklama gizliliği ihlal ediyorsa yeterlidir., kullanılan araç ve öğrenen kişi sayısı önemli değildir. Bir tek kişiye yapılan açıklamada dahi ihlal söz konusu ola bilir. <sup>174</sup>

HUMK. md.245/4 ve CUMK. md. 48 gereği ; meslek sırrı taşıyan doktorun, yargı önünde tanıklık yapmaktan çekinme hakkı vardır. sır sahibinin izni olmadan veya yargıcın tanıklık yapılması yolunda bir kararı bulunmadan, çekinme hakkı kullanılmaksızın, tanıklık yaparak sır olan bilgi ve olayların açıklanması sadakat yükümüne aykırılık nedeniyle sorumluluğu getirebilir. <sup>175</sup>

### c. İstisnaları

Doktorların yasa kapsamında resmi makamlara verdiği raporlar ( bilir kişi olarak vb.) yasak kapsamında değildir ancak ilgili birim harici yasak sorumluluğu devam eder. Ayrıca hastanın izni sorumluluğu ortadan kaldırır. <sup>176</sup>

Vekalet müvekkilin ölümü halinde de devam ediyor ve mirasçılar onun yerine sözleşmeye girmiş bulunuyorlar ise, mirasçılarının rızası sır saklama yükümlülüğünü ortadan kaldırır. Aksi takdirde mirasçılar vekili sorumluluktan kurtarmaya yetkili değildir. <sup>177</sup>

TCK. nun 530.ncu md. sine göre tabip tedaviyi yapmakla birlikte kişiler aleyhine işlenen cürümleri adli birimlere veya kolluk kuvvetlerine, Umumi Hıfzısıhha Kanunu' nun 58.nci md. si ise ; doktorun ihbarı zorunlu olan salgın hastalıkları, yetkili kurumlara bildirmekle yükümlü tutmuştur.

Sırların açıklanmasını yasaklayan yasal düzenlemeler mevcuttur.bunlara aykırılık suç oluşturur. Bu hükümler ;

<sup>174</sup> AŞÇIOĞLU, sh.47

<sup>175</sup> AŞÇIOĞLU, sh.48 ; TANDOĞAN, CII, sh.455

<sup>176</sup> AŞÇIOĞLU, sh.48

<sup>177</sup> TANDOĞAN, CII, sh.454

#### d. Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları

Hekim sır saklama yükümüne aykırı bir davranışla hastaya bir zarar verirse, BK.md. 398 f.İI ' e göre bu zararlar sorumlu tutulur. bu davranış TCK tarafından da suç teşkil ediyorsa, BK:md. 41' e göre de , sorumlu olunacağı ayrıca; sırrın açıklanmasının MK.md.24 f.İI gereği de haksız fiil teşkil edebileceği ileri sürülmektedir.<sup>178</sup>

### 7. Hekimin İşi Bizzat Yapma Borcu

#### a. Genel

Tıbbi bir faaliyet esnasında açıkça görülecektir ki, tıbbi faaliyet bir ekip işidir. Bu ekipsel faaliyette elbette esas sorumluluk doktordadır.<sup>179</sup> Fakat doktor bu faaliyetin tamamını tek başına yapabilmesi fiilen mümkün değildir. Ayrıca gereklide değildir . bu ekip işinde ekipte görev alan şahısların sorumluluk sınırını belirleyebilmek için öncelikle o şahısların hangi statüde (yardımcı personel mi ?, ikame vekil mi ? ) yer aldıklarını ortaya koymak öncelikli sorundur.

#### b. Yardımcı Personel Kullanması

BK.md.100 anlamında yardımcı şahıs; borçlunun kendi rızasına göre sözleşmeyle yüklendiği borçların ifasında kullandığı her şahıstır.<sup>180</sup>

BK.nun 67.nci. md. si gereğince hekimin bizzat yapmak zorunda olmadığı faaliyetleri yardımcı kişilere bırakabilecektir.

<sup>178</sup> TANDOĞAN, CII, sh.455-456

<sup>179</sup> DURDU, H.: Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk, İZMİR 1986,sh.2 : "Görüşümce; Sağlık hizmeti salt Hekim tarafından değil, aynı zamanda yardımcı personel olarak ad'landırılan, Hemşire , Ebe , Sağlık memuru, Eczacı , Laborant gibi mesleklerle bir bütünsellik içinde değerlendirilmesi gerekmektedir."

<sup>180</sup>

EREN,C.III,

sh.244;

TANDOĞAN,Mesuliyet,sh.436;TEKİNAY,S.S./AKMAN,S./BURCUOĞLU,H./ALTOP,A.:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, sh.892;ŞENOCAK , sh.97

Hekim de tedavi faaliyetini yerine getirirken bir kısım işlerini yardımcı kişilere bırakabilir. Bu yardımcı faaliyetler çok değişik nitelikler arz edebilir; bunlar ameliyata hazırlık mahiyetinde olabileceği gibi (örneğin hastaya ameliyattan önce iğne vurulması) tedavi faaliyeti sırasında da olabilir (örneğin ameliyat devam ederken sürekli kan kaybeden hastaya yardımcı personelce kan verilmesinin yerine getirilmesi). Bu tip faaliyetler hekim tarafından mutlaka şahsen yerine getirilmesi gerekmeyen faaliyetlerdir. Bunlar yardımcı şahıs tarafından da yapılabilir.

Şahsa bağlı edimlerde de borçlunun yetenek ve becerisiyle ilgisi olmayan ikinci derecedeki maddi fiillerin ifasının yardımcıya bırakılması caizdir. Zaten yardımcıya bırakılmamasındaki sebep; hekimin uzmanlık ve şahsi bilgi, beceri , tecrübesidir ki bu durumların söz konusu olmadığı yan noktaların yardımcıya bırakılması gayet doğal bir nitelik arz edecektir. Burada İfa yardımcısı kullanılmasının caiz olup olmadığı akdin nitelik ve hükümlerine, iş çevresindeki hakim ve görüş terakkilere göre belirlenir.<sup>181</sup>

Yardımcı şahısların kimlerden olacağıın sınırı da sorunu da tartışmaya açıktır. Şöyle ki; bir tıp öğrencisi veya bir asistan veya bir hemşire veya da laborant ve diğerlerinin yardımcılık unsuru eşit düzeyde değildir. Peki bu durumda yardımcı personelle ikame vekili nasıl ayıracağız.

Kimlerin yardımcı personel statüsüne girip girmediği ve ayrıca bu şahısların yardımcılık faaliyetini yaparken, yaptıkları faaliyetin hangi dereceye kadar yardımcılık unsuru taşıyıp taşımadığı ayrı bir sorundur. Burada kesin bir çizgi yoktur.<sup>182</sup>

<sup>181</sup> EREN, C.III, sh.251;TANDOĞAN, Mesuliyet, sh.441

<sup>182</sup> GÜRKANLAR, M.: Bir Zarara Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu, ANKARA 1982, sh.35' de FRIEDMANN, sh.84-85.'den naklen:"...Ameliyat sırasında narkozitörün ihmali yüzünden hasta ölürsa, cerrah ortak kusurlu sayılamayacağı için narkozitör tek başına sorumludur. :Aksi görüş; AYAN,.sh.67 "...anestezist ( narkozitör ) de tedavi faaliyeti bakımından yardımcı kişi sayılmalıdır. "

Nitekim yukarıdaki paragrafta açıkladığımız üzere; aynı eğitimi almış olan personelden bir kısmı basit bir evrak kaydını yapmakla yardımcılık faaliyetini yerine getirirken, eğitimi ondan farklı olmayan bir diğer personel yardımcılık faaliyetini hasta şahsın, beden bütünlüğü üzerinde ifa edebilmektedir. Yardımcı sağlık personelin yasalarda bazı yetkileri istisnai olarak belirtilmiştir. Bunlara örnek olarak: 6283 Sayılı Hemşirelik Yasasının 4/B md.'nde; enjeksiyon ve acil hallerde pansuman hallerde doğrudan hemşirenin görevli olduğu, 1219 Sayılı Yasanın 51. md'nde; gebe muayenesi ve sağlığı ile önlemlerin alınmasında ve doğumun yaptırılmasında ebenin görevli kılındığı belirtilmiştir. Gerek yardımcı personelin kimler olduğu veya olabileceği, gerekse hangi çizgiye kadar yetkili oldukları veya olabilecekleri tatbikata ve bunun sonucunda içtihadı ve hukukun diğer ilke ve kurallarına kalmaktadır

Nitekim; doktrinde doktorun yanında çalışan şahıslar üzerinde denetim ve gözetim unsurunun baskın olduğu durumlarda yardımcı personel, bu denetim ve gözetim ödevinin hissedilmediği durumlarda ise ikame vekalet ilişkisinin olduğu ileri sürülmektedir.<sup>183</sup>

Vekilin vekili bir çeşit yardımcı kişidir.; onu diğer yardımcı kişilerden ayıran hususun , vekilin vekalet sözleşmesiyle yüklendiği edimlerin tamamının veya bir bütün teşkil eden bir bölümünün ,kendi gözetimi ve denetimi altında olmaksızın , bağımsız bir şekilde yerine getirilmesini ona bırakmış olmasının olduğu doktrinde belirtilmektedir.<sup>184</sup>

Ancak ; Tandoğan , Gautschi' nin fikrine de atıfla ifa da bulunanın kişiliğinin önemli olduğu işlerin tamamının başkasına bırakılması halinde, tamamen bırakma kıstasının , alt vekil ile diğer yardımcı kişilerden ayırmak<sup>185</sup> için yeterli olmadığını çünkü vekilin vekiline de bir kısım işlerin bırakılmasının mümkün olduğu ve yükümlülüklerin tamamının ifası alt vekile bırakılsa dahi kendisinin sorumluluğunun devam edeceği tevkilin caiz olması halinde

<sup>183</sup> AYAN, sh 69

<sup>184</sup> TANDOĞAN, CII, sh. 460

<sup>185</sup> TANDOĞAN, CII, sh. 461 “..bir ameliyatta aletleri operatöre veren hemşire yardımcı kişi, operatörün ani rahatsızlığı dolayısıyla ameliyatı kendisine bıraktığı meslektaşısı alt vekil niteliği taşır.“



BK.md.391 f.II 'ye göre sorumluluğun hafifletildiğini , ayrıca ; yardımcı kişilerin mutlaka borçluya tabi durumda olmasının gerekmediği ,bu nedenle vekaletin yüklediği edimin bağımsız surette yerine getirilmek üzere başkasına bırakılması kıstasının tek başına ayırt etmek için yeterli olmadığı sadece varlığı hususunda belirti olabileceğini bununla birlikte vekaletin ifasının vekile hizmet sözleşmesiyle bağlı olanlara bırakılması halinde kişiliğin önemli olduğu işlerde dahi bu kimselerin alt vekil değil ifa yardımcısı sayılmalarının gerektiğini belirtmiştir. <sup>186</sup>

Üstün yeteneği veya uzman bir yardımcının, yetenek ve uzmanlık alanlarına giren işlerin görülmesinde, adam çalıştırmanın denetim ve gözetim ödevinin , bir dereceye kadar azalması gerektiği ileri sürülmektedir. <sup>187</sup>

### **c. Hekimin Yerine Başkasını Koyması**

Hekim bazı durumlarda sözleşmeyle üstlendiği tedaviyi yardımcı şahıs kullanmadan farklı olarak , denetim ve gözetimi olmaksızın üçüncü bir şahsa ( kural olarak bir hekime) bırakır.bu duruma geniş anlamıyla ikame denir.

İki değişik şekli söz konusudur.ilkinde hekim üstüne aldığı tedavinin kendisi yapması gereken asli unsurlarını kendi yaptığı sözleşme ile bir başka hekime bırakır ki bu duruma alt vekalet denir. Bu durumda hekim ve hasta arasındaki vekalet devam eder. Tedavisi kendisine bırakılan hekimle hasta arasında sözleşme söz konusu olmaz. Ancak;ilk hekim ile tevkil edilen hekim arasında ayrı bir vekalet ilişkisi kurulmuş olur. İkinci durumda; ilk hekim hastası adına yaptığı bir sözleşme ile tedavi borcunu başka bir hekime devreder.bu duruma ikamet vekaleti denir. Bu halde ikinci hekim ile hasta arasında yeni bir vekalet sözleşmesi kurulmuş olur ve aksi kararlaştırılmış olmadıkça ilk hekiminde sorumluluğu devam eder. <sup>188</sup>

<sup>186</sup> TANDOĞAN,Cil, sh. 459 vd.

<sup>187</sup> EREN,Cil, sh.292

<sup>188</sup> TANDOĞAN,C.II,sh.462;AYAN,sh.69

Kavram kargaşasının önlenmesi amacıyla ikame değimine hem alt vekalet hem de ikame vekaleti içine alan geniş anlamda kullanmak uygun olacağı belirtilmiştir.<sup>189</sup>

Kendisinin yerine başkasını koyan hekimin sorumluluğu açısından başkasını yerine koymasının caiz olup olmadığının tespiti gerekir.

BK.md.390 caiz tevkil için üç hal belirtmiştir.

BK.md.390 f.III e göre vekalet konusu hususu istisnalar haricinde vekil bizzat kendisi yapması gerekmektedir.;bu istisnalar.

a) Müvekkil tarafından vekilin başkasına tevkil etmesine açıkça veya zımnen rıza gösterilmesiyle yetki verilmesi;

b) Vekilin başkasına tevkile örf ve teamüller gereğince yetkili olması; örneğın, geçici olarak bulunduğu yerden ayrılan bir hekimin yerine bir başka hekimi hastaları için bırakması, bir kardiyologun hastada başka bir rahatsızlık olduğunu tespiti halinde ilgili uzmana müracaatı adettendir. Ayrıca da özen borcunun gereğidir. Hastanın yeni hekime rızasıyla, burada ki ,alt vekalet asıl vekalet döner.

#### d. İfa Yardımcısı ve Başkasını Yerine Koymada Sorumluluk

BK.md.100' : 'Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya mahiyetinde çalışanlara kanuna muvafık surette tevdi eden kimse , bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zararlardan dolayı diğer tarafa karşı mes'uldür.'

Demek suretiyle, borcun ifasında kullanılan yardımcı şahısların fiillerinden dolayı sorumluluklarının şartlarını düzenlemiştir.

Borçlunun , yardımcı şahısların fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için yardımcının zarar veren fiilini, borçlunun sözleşmeyle yüklendiği yükümlerinin, hiç yada gereği gibi ifa edilmemesini oluşturması gerekmektedir.<sup>192</sup> Borçlu her türlü zarardan değil , ancak kendisi için borcunun ihlali niteliği taşıyan fiillerle verilen zarardan sorumludur.<sup>193</sup>

Yardımcı şahsın alacaklıya verdiği zarar borçlunun borcunu ihlal teşkil etmemekle beraber BK.md.55 'in kapsamına giriyorsa borçlu borç ilişkisi dolayısıyla değil, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur.

Borçlu, borç bizzat kendisi tarafından ifa edilse ve zarar verici davranışta bizzat bulunsa idi, sorumlu tutula bilecek durumda bulunmalıdır.<sup>194</sup>

BK.md. 100, borçluya 55'nci madde de olduğu gibi yardımcı şahsın zarara sebebiyet vermemesi için her türlü tedbiri aldığını , onu seçmekte , ona talimat vermede ve gözetmede gerekli ihtimamı gösterdiğini ispat etse dahi sorumluluktan kurtulma imkanı vermemektedir.

<sup>191</sup> TANDOĞAN,CII, sh. 456 vd.

<sup>192</sup> ŞENOCAK,sh.98

<sup>193</sup> OĞUZMAN/ÖZ,sh.354

<sup>194</sup> OĞUZMAN/ÖZ,sh.356

Borçlunun yardımcı kişi kullanması borca aykırı ise , yardımcının verdiği zarardan BK.md.96 ya göre sorumludur.<sup>195</sup>

Vekilin yerine başkasını koyması (ikame etmesi, ...) ile vekalet giren bazı işlerin ifasını yardımcı kişilere bırakmasını karıştırmamak lazımdır. Vekilin yardımcı kişi kullanması, BK.md.390 f.III' de öngörülen koşullara bağlı olmadığı gibi, yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluğu hakkında BK.md.391 değil md.100 uygulanır.<sup>196</sup>

BK.md.391/II :” ... vekil başkasını tevkile selahiyattar olduğu takdirde yalnız selahiyetini kullanırken ve talimat verirken takayyüt ve ihtimam göstermekle yükümlüdür.” Demek suretiyle, vekil, yerine koyduğu kişiyi seçmekte ve ona talimat vermekte kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceğini belirtmiştir. Halbuki ifa yardımcısı durumunda, BK.md.100 böyle bir kurtuluş beyyinesi getirmek olanağını tanımamaktadır.<sup>197</sup>

Başkasını tevkile yetkili olmayan vekil, o fiili kendisi yapmış gibi sorumlu olacağı BK.md.391 ' de düzenlenmiştir. Bu nedenle sorumluluğun kapsamında kendi özellikleri dikkate alınmalıdır.örneğin : caiz olmayan şekilde kendi yerine bir asistanı koyan uzman hekim, asistandan değil uzman hekimden beklenen özeni, göstermemesi dolayısıyla sorumlu olur., vekilden beklenebilecek özen gösterilmiş ancak buna rağmen vekaletten beklenen sonuç ortaya çıkmamışsa, vekil, ikame caiz olmamasına rağmen, sorumlu tutulamaz.<sup>198</sup>

BK.md.391 de düzenlenen şekil alt vekalettir bunda vekil ile müvekkil arasındaki vekalet devam eder. Burada kanundan doğan, örneğin: gereği gibi ifa talebi haricinde müvekkil ile alt vekil arasında akdi bir ilişki yoktur. Vekil icazet verirse artık asli bir vekalet ilişkisi oluşur. Bu durumda hasta ikinci doktora muayene ve tedavi olmakla, icazet vermiş olduğundan artık onunla

<sup>195</sup> OĞUZMAN/ÖZ,sh.353

<sup>196</sup> TANDOĞAN,CII, sh. 459 vd.

<sup>197</sup> TANDOĞAN, CII, sh. 466

<sup>198</sup> AYAN, sh. 70 ;TANDOĞAN,CII., sh. 465

arasında asli sözleşmeden doğan tedaviye ait sorumluluklar söz konusu olacaktır.<sup>199</sup>

Burada şu konuya da değinelim ki, bu ekip faaliyetinde esas sorumluluğun bölünebileceği de hatta bağımsız bir şekilde aynı operasyonda farklı dallardaki hekimlerin esas sorumluluğu da ortaya çıkabilir. Nitekim ameliyat masasına yatan hastanın hastalığında başarıya ulaşabilmek için hastanın hastalığı veya hastalıklarına göre izlenecek yol farklıdır. Şöyle ki, eğer hastanın sorunu tek bir hastalık olmakla birlikte bu hastalığın tedavisi zorunlu başka bazı ön tedavi veya aynı anda tedaviyi gerektiriyorsa ve bu olmazsa olmaz unsur ise ne olacaktır. Ya da, diyelim ki, bir trafik kazasına maruz kalan bir hasta için acilen bacağından ve aynı zamanda da akciğerinden acil ameliyat gerekiyorsa, bu iki durumda iki farklı alanın doktorları aynı anda ameliyatı gerçekleştirmek zorunda kalabilecekler ve bunların her birinin faaliyeti birbirinden az da olsa etkileşim olabilmekle birlikte tamamen bağımsız olabilecektir. İşte bu noktaları da göz önüne alarak, tedavi faaliyetinde sadece yardımcı şahıs, vekalet – alt vekalet ilişkilerinin olmadığı bunların yanında esas sorumluluğun paylaştırıldığı<sup>200</sup> veya aynı anda esas sorumluluğun birden fazla doktor üzerinde olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Sorumluluk unsurunda bu ölçünün de göz önüne alınmasının gerektiği kanaatindeyiz.

Borçlar kanununun 55, 67, 96, 100. md.'lerine yardımcı personelin sorumluluğunu çözüme kavuşturabilmek için gitmemiz gerekmektedir.

## 8. Özel Hastanelerde İlave Borçlar

2219 Sayılı Özel Hastahaneler Kanununda; özel hastanenin teftiş ve sonuçları; ücrete dahil hususlar, ayrıca; yatak sayısına ve branşına göre

<sup>199</sup> AYAN, sh. 71 ;TANDOĞAN, CII, sh. 459 vd.

<sup>200</sup> Mesela; operatör ile anesteziistin (uzman doktor olması halinde) faaliyeti, ameliyat esnasında, bunlar farklı alanların hekimleri olmakla birlikte tedavileri aynı amaca yöneliktir ve faaliyetlerini aynı anda yürütecek ve karşılıklı yardım ile operasyonu gerçekleştireceklerdir. Aksi görüş; AYAN, sh.115

bulundurmaları gerekli hemşire sayısı, röntgen cihazı, seriyat laboratuvarı, ameliyathane, eczane vb. gibi hastahane kurulması ve işletilmesi ile ilgili pek çok konu düzenlenmiştir.

Özel hastaneler tüzüğünün 29.ncu maddesi; Özel hastanelerde yatan hastaların kimliğini ,doğum yerini,adresini, yattığı ve çıktığı tarihi,hastalığının tanısını ve çıkıştaki durumunu yazmak için bir protokol defteri ile derece kağıdı,tabelası,filmleri,laboratuar raporları vb. hastanın izlenmesi ile ilgili belgeleri içeren bir dosya tutulacağı düzenlenmiştir. Özel Hastahaneler Tüzüğünün 26 ncı maddesinde: Hastaların vizitelerinin, her sabah, hastanenin uzmanları tarafından ya da isteği üzerine dışarıdan hastanın bakımını üstlenen uzman tarafından yapılacağını,

Ağır ameliyat edilmiş ya da sürekli izlenmesi gerekli hastaların, ameliyat sonrası yada yoğun bakım birimlerinde; burada görevli uzmanlarca ya da hastayı tedavi eden tabiplerce, bu birimler yoksa tedavi eden tabipçe sürekli izlenerek gerekli önlemlerin alınacağı,

Bunların dışında ortaya çıkan herhangi bir acil durumda, hastane yönetiminin ilgili uzmanı getirmek zorunda olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca, Tüzüğün 27 nci maddesinde günün her saatinde bir tabip bulundurulma zorunluluğu belirtilip, acil hastalar ve yaralılar başlığını taşıyan 28.nci.maddesinde; acil hasta ve yaralıların başvurusu halinde, ilk ve acil müdahalenin yapılabileceği imkana sahip bir acil ünitenin oluşturulmasının zorunluluğunu, yapılacak tıbbi yardımın ve alınacak önlemlerin yerine getirilmesinden mesul müdürün, onun bulunmaması halinde nöbetçi tabibin yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

2219 Sayılı Özel Hastaneler Kanununun 21 nci maddesine göre çıkartılan Özel Hastaneler Tüzüğü<sup>201</sup> nün 1.nci maddesinde; özel hastanelere

<sup>201</sup> R.G. 10 Ocak 1983 –Sayı:17924 Bakanlar Kurulu Kararnamesi:No:8/5747-28 Şubat 1982

kabul edilecek hastalar, hastanelerin türleri binaların nitelikleri, personel kadroları, bulundurulması zorunlu ilaç, araç ve gereçler ve özel hastanelerin iç hizmetlerine ilişkin esaslarının bu tüzükte gösterildiği belirtilmiştir. Devam eden diğer maddelerinde de; hasta odaları, mutfak, asansör, ısıtılma, tuvalet, banyo, özel hastanenin nevine göre olması gereken özellikler, ameliyathane ve laboratuvar hizmet yerleri, hasta dosyaları, iç hizmet yönergeleri, bulundurulacak en az sağlık personeli sayısı vb. olmak üzere özel hastanelerin kuruluş ve işletilmesi ile ilgili pek çok konu düzenlenmiştir.

Aynı tüzüğün 32. maddesinde ;durumundan kuşku duyulan ve kimliği belli olmayan hastalarla adli olayların Güvenlik makamlarına derhal bildirilmesi zorunluluğu belirtilmiş,40. ncı. madde ise; bildirilmesi zorunlu hastalığa yakalanmış olanlardan iyileşmeden çıkanlarla taşıyıcıları (portör)ile gidecekleri yerler, sorumlu müdürlerce ilgili makamlara bildirileceği düzenlenmiştir.

Tüzüğün 33. maddesinde; Her ameliyattan önce, hastada ameliyatın yapılmasına engel bulunup bulunmadığının saptanması için gerekli klinik ve laboratuvar incelemelerinin zorunlu olduğu ,incelemeler sonucunda ameliyata engel yada ameliyatın ihtilata neden olacağı bir durum saptanırsa gerekli önlemler alınmadan ameliyatın yapılmayacağını,ancak; gecikme hayati tehlike oluşturursa ameliyatın ertelenmeyeceği, ameliyat öncesi ve sonrası inceleme ve tedaviler ile acele ameliyat yapılmasının nedenlerinin hasta gözlem kağıdına yazılması gerektiği belirtilmiştir.

## **B. HASTANIN BORÇLARI**

Tedavi gören hastanın, hekim ile arasındaki vekalet ilişkisi gereği ücret ödemesi zorunluluk şartı değildir. Çünkü vekalet akdi ivazsızda olabilir. Yalnız BK.md.386/III mukavele veya teamül varsa, vekil ücrete hak kazanır. Bu durumda hastayla hekim tedavi ücretini kararlaştırabilecekleri gibi varola gelen uygulamada mukavele olmasa dahi ücret unsurunu ortaya çıkarabilecektir.

Vekilin vekaleti icra ederken yapmış olduğu masrafları ve vermiş bulunduğu avansları kendisine ödemek, vekilin bu amaçla yüklendiği borçlardan kurtarmak ve vekilin vekaleti icra ederken uğradığı zararları gidermek vekalet verenin yükümlüdür.<sup>202</sup>

Hekimlerle muayene ve tedaviden önce ücret miktarı görüşülmemişse onların yolladığı faturalardaki miktar bir icap anlamını taşır; hasta itiraz etmeden faturada yazılı miktarı öderse bu icabı zımnen kabul etmiş sayılır, itiraz edecek olursa, ücret miktarını hakim, teamüller ve özellikle asgari ücret tarifelerini göz önünde tutarak tespit etmelidir.<sup>203</sup>

“Tedavi ücretinin ödenmemesi halinde bunun devlet gücüne (yargıya-icraya) baş vurulmak suretiyle alınması gerekir. Kişinin hastanede zorla alıkonulması ve özgürlüğünün kısıtlanması hukuka aykırı olup bir haksız eylemdir; Devletin, hastane sahibinin (hukuki) ve yöneticinin (hukuki ve cezai) sorumluluğunu gerektirir.”<sup>204</sup>

BK.md.394/II : Vekil, vekaleti ifa dolayısı ile uğramış olduğu zarar ve ziyanın tazminini müvekkilinden isteyebilir. Meğerki müvekkil bu hususta kendisinin su’nu taksiri olmadığını ispat eyleye.

Vekaletin ifası ile vekilin uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.<sup>205</sup>

### **III. HEKİMİN SORUMLULUĞU**

#### **A. GENEL OLARAK**

Tıbbi müdahalelerde hekimin sorumluluğunu belirleyebilmek için ilişkinin akdi mi ? yoksa akit dışımı olduğunu tespit etmek gerekir.eğer akdi bir ilişki, söz

<sup>202</sup> ÖNEN,, sh. 321

<sup>203</sup> TANDOĞAN, CII., sh.368

<sup>204</sup> AŞÇIOĞLU, .sh.17

<sup>205</sup> ARAL, sh. 431



konusu ise B.K.md.96 ve md.390, arada bir akit yoksa ve kusur söz konusu ise B.K.md.41'. yardımcılarının kullanılması halinde hekimin kusursuz bir sorumluluk hali söz konusu ise , arada akdi ilişki varsa B.K.md.100 akti ilişki yoksa B.K.md.55 ve ayrıca; eser maliki sıfatı söz konusu ise , zarar görenle aralarında B.K.md. 58 uygulanır.

## **B. SORUMLULUĞUN ÇEŞİTLERİ**

Tıbbi yardımla ilgili hekimin sorumluluğunu, kusur sorumluluğu , kusursuz sorumluluk ve vekaletsiz iş görmede sorumluluk başlıkları altında inceleyeceğiz.

## **C. KUSUR SORUMLULUĞU**

Tıbbi yardımla ilgili kusur sorumluluğunu akdi sorumluluk (B.K.md.96 ) ve akid dışı sorumluluk (B.K.md.41 ) olarak iki başlık da inceleyeceğiz.

### **1. Akdi Sorumluluk ve Unsurları**

#### **a. Genel olarak**

Hekim tedavi sözleşmesi ile üzerine aldığı sorumlulukları yerine getirmek zorundadır aksi takdirde yasada belirtilen sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır.

Akdi sorumluluk, bir akitle taahhüt altına girmiş olan şahsın, bu akitten doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi (hiç veya gereği gibi ifa etmesi) sonucunda karşı akide (burada hastaya) vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğüdür.<sup>206</sup>

Borcun ifasının veya hakkın kullanılmasının yardımcı kişi tarafından yaptırılmasının caiz olmadığı durumlarda borçlu veya alacaklı, BK.md. 100 e göre değil, BK.md 96 ya göre sorumlu olur.<sup>207</sup>

<sup>206</sup> TANDOĞAN, Mesuliyet, sh.414; EREN, C.II, sh.21

## **b. Akdi Sorumluluğun Unsurları**

Hekimin akdi sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için beş kurucu şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; akit, akdin ihlali, zarar, kusur, illiyet bağı.

### **(1) Akit**

Akit şartının gerçekleşebilmesi için taraflar ( hekim – hasta ) arasında önceden gerçekleşmiş ( sarih veya zımni olabilir ) bir akdin yani tedavi sözleşmesinin varlığı gerekir. Bu akdin niteliği doktrinde tartışmalıdır.

### **(2) Akdin İhlali**

Borç, bir şahsı ( boçluyu ), diğer bir şahsa (alacaklıya ) bir şey verme, bir şey yapma yada yapmama gibi bir edim yükümlülüğü altına sokan hukuki bağıdır.<sup>208</sup>

Tedavi sözleşmesiyle üstlenilen borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde sözleşmenin ihlali söz konusu olur.

Borçlar Kanununun 96. md.' ne göre ; borç hiç ya da gereği gibi ifa edilmemişse akdin ihlali şartı gerçekleşir.Burada doktorun icrai yada ihmali bir davranışı ile zarar meydana gelmektedir. Hekim hastasının hastalığı hakkında teşhis koyma ve özen gerektiren bu mesleğini yaparken, kaderi kendi ellerinde olan hastasının acılarını dindirmek, hastalığını iyileştirmek borcu altına girer. Bu borcu yerine getirmez veya gereği gibi yerine getirmezse sorumlu olur. Bu sözleşme niteliği gereği içinde ahlaki bir sorumlulukta taşımaktadır.<sup>209</sup>

<sup>207</sup> EREN, C.III, sh.251;TANDOĞAN, Mesuliyet, sh.441

<sup>208</sup> OĞUZMAN;ÖZ, sh.3 ;EREN, C.I.sh.1

<sup>209</sup> ŞENOCAK, ,sh.74;TANDOGAN, Mesuliyet., sh.399

BK. 96. ncı md. siyle başlayan ikinci faslın başlığı "borcun ifa edilmemesi" BK.101 nci md. sinin başlığı ise " borçlunun temerrüdü" dır. Borcun ifa edilmemesi de kendi içinde "kusurlu imkansızlık " ve "gereği gibi ifa etmeme " olarak ikiye ayrılır. Gereği gibi ifa etmeme; kötü ifa ve yan yükümlerin ihlallerini de kapsar. Bunların hepsini birlikte değerlendirmesi sonucu ihlali ; kusurlu imkansızlık, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt olarak üçe ayırmak mümkündür.<sup>210</sup>

Tedavi sözleşmelerinde sözleşmenin ihlali, genel olarak (ifa etmeme)... ve (gereği gibi ifa etmeme)... şeklinde ortaya çıkar.<sup>211</sup>

Hekimin BK.md.96 ve 390 gereği akitten doğan sorumluluğunu ihlali , haksız fiil sorumluluğu için gerekli olan hukuka aykırılık koşulunun yerini tutar.<sup>212</sup>

Kısaca; akdi sorumluluktaki borca aykırılığın karşılığına, haksız fiillerdeki hukuka aykırılık denk gelmektedir.<sup>213</sup>

Her akdin ihlali tazminat yükümlülüğü doğurmaz, mesela; eğer hekimin akde aykırı davranışına rağmen hasta iyileşir ve zarar görmezse artık hekimin de sorumluluğu doğmayacaktır. Yine hekim akdin ihlalinde kusurlu değilse sorumlu olmayacaktır.<sup>214</sup>

Hukuka aykırılıkta bazı taahhütler herkese karşı ileri sürülebilirken bazılarının ise sadece akdin karşı tarafına karşı ileri sürülebilir. Şöyle ki; "kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruyan emredici hukuk kuralları ( genel nitelikteki yükümlülüklerin ) ihlalinde herkese karşı yöneltilebilirken, akdin ihlalinde sadece akdin taraflarının yerine getirmekle yükümlü olduğu nispi nitelikli

<sup>210</sup> EREN, C.III, sh.189- 190

<sup>211</sup> AYAN, sh. 63

<sup>212</sup> ŞENOCAK, age.,sh.74;EREN, C.II,sh.21

<sup>213</sup> EREN, C.III, sh.219

<sup>214</sup> ŞENOCAK, sh.74

yükümlülüklerinin ihlali söz konusudur ve sadece ihlal edene, burada hekime karşı ileri sürülebilir.<sup>215</sup>

Vekilin yani doktorun sır saklama borcuna uymaması sonucunda hastası zarar görmüşse BK.md.398/2 gereğince tazmin sorumluluğu doğacaktır. Hekimin akde aykırı hareketi TCK. anlamında da suç unsuru taşıyorsa, bu durum aynı zamanda haksız fiil de teşkil edeceğinden hekim BK.md.41 anlamında haksız fiil sorumluluğuna da tabi olacaktır. Böyle hallerde yarışan talepler söz konusudur. Doktorun sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışı kişilik hakkının ihlali olarak da nitelendirilebilir(MK.md.24/2). Maddi tazminat durumunda genellikle güvenin sarsılmasından kaynaklanan menfi zararın tazmini söz konusudur. Hasta BK.md.49 anlamında zarara maruz kalmışsa manevi tazmine de hak kazanacaktır.<sup>216</sup>

Aydınlatma yükümünün kusurlu olarak yerine getirilmemesi halinde, bu yükümü yerine getirmeyen hekim sorumlu tutulur. (BK.md.41). Ancak, duruma göre, baş hekim, bölüm şefi ve ana bilim dalı başkanının da zararı giderimle yükümlü tutulabilmesi mümkündür.<sup>217</sup>

### (3) Zarar

#### (a) Genel Olarak

Akdin ihlali neticesi alacaklının hukuken korunan değerlerinde iradesi dışı oluşan azalmaya akdi zarar denir.<sup>218</sup>

Gerek BK.md.41' de gerekse md.96' da zararın tanımı yapılmamıştır. Yasadaki bu boşluk doktrine ve yargı organlarına bırakılmıştır. Gerek

<sup>215</sup> EREN, C.II, sh.21; TEKİNAY./AKMAN./BURCUOĞLU./ALTOP, sh.492

<sup>216</sup> TANDOĞAN,CII, sh.455-456

<sup>217</sup> GÜNEL, age.,sh.53; ÖZSUNAY,sh.32-56

<sup>218</sup> EREN, C.III, sh.219

uygulamada gerekse doktrinde zarar, dar-geniş anlamda olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>219</sup>

Mal varlığındaki Zarar veren fiil gerçekleşmesi ile hiç gerçekleşmemesi neticesi oluşacağı hal arasındaki aleyhteki farka zarar denir. bu mal varlığının fiilen azalması şeklinde ola bileceği gibi , kazanç kaybı olarak mal varlığının artması gerekirken artmaması şeklinde de olabilir.<sup>220</sup>

Zarar unsuru harcamanın yapılması koşuluna bağlı değildir, malvarlığındaki eksiklik harcamayı gerektiriyorsa zarar unsuru gerçekleşmiş sayılır.<sup>221</sup>

Zarar kavramı doktrinde tartışmalıdır. Dar anlamda; kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi yani maddi zararı kapsadığı ileri sürülmektedir. Geniş anlamda zarar kavramı ise; kişinin maddi zararlarının yanında manevi özellik arz eden; kişinin şahıs varlığına yapılan hukuka aykırı tecavüzler sonucu duyulan manevi<sup>222</sup> ve bedensel ızdırabı, hayattan olan beklentisinin kaybolmasını, yaşamının yitirdiği duygusunu vs. içermektedir.

“Bk. md.41 anlamında zarar; haksız eylemin yapılmasından sonra doğan malvarlığı durumu ile haksız eylem işlenmiş olmasaydı var olacak mal varlığı durumu arasındaki farktır.” fark teorisi<sup>223</sup> olarak anılan bu görüş zararı matematiksel açıdan ele almakta ve soyut biçimde değerlendirmesidir.

<sup>219</sup> **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, age.,sh.547; **EREN**, C.II, sh.37; **TANDOĞAN**, Mesuliyet,sh.63

<sup>220</sup> **AYAN**, sh.109-110

<sup>221</sup> 4.HD.2.10.1986, T.6103, E.6707 K. ; “Davalının haksız eylemi sonucu davacının ön dişi kırılmıştır. Davacı, dişinin muayenesini ve protezi için davalıdan maddi tazminat alınmasını istemiştir. Mahkemece “bu yönde henüz bir masraf yapılmadığından ve tazminat talebi ile ilgili masraf belgesi bulunmadığından maddi tazminatı zarar unsuru oluşmadığından “istek reddedilmiştir. Oysa zarar, kişinin isteği dışında gerek malvarlığında, gerek malvarlığı dışındaki hukuksal değerlerde oluşan eksikliklerdir. Malvarlığındaki eksilmenin giderilmesi bir harcamayı gerektirecek nitelikte bulunduğu zaman zarar oluşmuş olur; harcamanın yapılmış bulunması koşulu yoktur...” ; **KARAHASAN, M.R.**: Manevi Tazminat-Öğreti-Yargıtay Kararları, İstanbul 2001, sh.153 ‘ den

<sup>222</sup> **TANDOĞAN**, Mesuliyet, sh.63; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, sh.547

<sup>223</sup> 4 HD. 27/12/1975 S – 13954 E. 274 K. **KARAHASAN**, Manevi Tazminat,sh.47 den alıntı karar; **AKÜNAL, T.** : Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Dekleştirme Sorunu,1977,sh.52

Zararın niteliği belirlenirken zarar görenin menfaatine değil zararın görünüşüne bakılır. Malvarlığına dayanıyorsa maddi, dayanmıyorsa manevi zarardan söz edilir.<sup>224</sup>

Çalışma gücünün devamlı olarak kaybı, kısmı yada tamamen olabilmektedir. Çalışma gücünün kısmi olarak azalmasında zarar, ekonomik geleceğin sarsılması şeklinde (örneğin iş değiştirme nedeni ile az kazanma) olabileceği gibi eski işini daha fazla efor(güç) ile yapmaya mahkum bırakılmasından kaynaklanmaktadır.<sup>225</sup>

“ Maddi eylemlere ilişkin vekalette, genellikle vekilin bir üçüncü kişiyle hukuki işlem yapması söz konusu olmadığından, talimata aykırı hareketin üçüncü kişileri etkilemesi söz konusu olmaz; böyle bir hareketin müvekkili etkilemesi de nicelik bakımından çok nitelik bakımından kendini gösterir ve sonradan belli tutardaki bir farkı üzerine almakla vekil vekaleti gereği gibi yerine getirmiş sayılamaz. Örneğin damar içi yerine deri altına bir ilaç iğnesi yapan doktor, sonradan aynı iğneyi bir kez de damar içine yapmakla zararı gidermiş olmaz; bu gibi hallerde zarar bir fark tutarı olarak değil, fakat tazminat hukukuna ilişkin genel kurallara göre hesaplanmalıdır.”<sup>226</sup>

### (b) Çeşitleri

Zarar: Maddi – manevi; olumlu (müspet) – olumsuz (menfi): Kişiye – Şeye İlişkin Zarar: şekilde ayırma tabi tutulabilir.

Hata sonucu akdin fesih halinde karşı akdin uğrayacağı zarar akdin hükümsüz kalmasından doğan zarardır. Bu zarara menfi zarar denir. Menfi zarar, diğer akdin, hükümsüz kalan bir akit sebebiyle yapmış olduğu bütün masrafları içine almaktadır. Ancak, BK.' nun 26 maddesinin son fıkrası hükmü

<sup>224</sup> KARAHASAN, : Manevi Tazminat, sh.46

<sup>225</sup> AŞÇIOĞLU, sh.100

<sup>226</sup> TANDOĞAN, CII, sh.450

gereğince; hakim, gerektirdiği hallerde zarara uğrayan taraf için daha fazla tazminata hükmedebilir.

Bu tazminat talebi hakkı on senelik zaman aşımı süresine tabi olmak lazımdır. Zira burada kusuru sonucu hataya düşen tarafın sorumluluğu akitten doğan sorumluluk hükümleriyle ilgilidir (BK.96). Çünkü, hataya düşen taraf akdin in' ikadı esnasındaki kusurdan (culpa in contrahendo) dolayı sorumlu olmaktadır. Bu nedenle kusur sonucu düşülen hatayı akde muhalif telaki etmek ve bu sebeple akdin feshi yoluna gidildiği takdirde BK.96 ve müteakip maddelerini uygulamak gerekir.

### (I) Maddi Zarar

Maddi zarar kendini eylemli zarar ve kardan yoksun kalma şeklinde gösterir. Eylemli zarar; zarar verici olay (olgu) neticesinde malvarlığının aktifinin azalması durumu ya da pasifinde çoğalma olması durumudur. Kardan yoksun kalma; zarar gören alacaklıyı mal varlığının aktif kısmını çoğalmamış yada pasif kısmının ya da pasif kısmının azalma olanağının yitirilmiş ya da pasif kısmının azalma olanağının yitirilmiş olması durumudur.

Eylemli zarar kolay belirlenebilirken; yoksun kalınan karın belirlenebilmesi ancak varsayımsal yollarla gerçekleşebilir, bu sebeple de bir kesinlik arz etmez. Hakim kararında davacının dayandığı olguları ve bunların ihtimal derecesini de göz önüne alarak BK.md.42/II. md'deki muhtemel kazancı saptayacaktır. <sup>227</sup> Hakim bu kararında hadisenin olağan cereyanını dikkate alarak adaletli bir karara gidecektir. Hakim bu kararında hal ve mevkiin özel durumuna (BK.md.43/1) ve zarar görenin aldığı yada alması gereken önleyici tedbirleri de (BK.md.44/1) göz önünde bulunduracaktır. <sup>228</sup>

Ekonomik bir değer arz etmeyen salt duygusal menfaatlerin ihlali maddi zarar kapsamı dışında olduğu ileri sürülmektedir ve BK.md. 96 ve devamına

<sup>227</sup> 4 HD.17.10.1977, T.8891 E.9687 K., KARAHASAN, Manevi Tazminat, sh.51'den alıntı

<sup>228</sup> 4 HD.18.12.1984, T.9369 E.9456 K., KARAHASAN, Manevi Tazminat, sh.53' ten alıntı.

göre tazminat istenmesine imkan olmayacağı belirtilmektedir. Maddi zararın kişilik değerlerin ihlalinden kaynaklanabileceği gibi, mal varlığı değerlerinin ihlalinden de kaynaklanabilir.<sup>229</sup>

## (II) Manevi Zarar

Manevi zarar, manevi varlığa yapılan saldırılar sonucu meydana gelen eksilmedir,<sup>230</sup> zarar, malvarlığı dışındaki hukuksal değerlere ilişkindir. Manevi tazminat zarara uğrayanda yani mağdurda bir huzur hissi, tatmin duygusu doğurmalıdır.<sup>231</sup>

Maddi zararın karşıtı (manevi zarar)'dır. Manevi zarar, hukuka aykırı bir saldırıya maruz kalan kişinin bu saldırı nedeniyle hissettiği acı ve elemelerle, yaşama sevincinin azalmasını ifade eder.<sup>232</sup>

Manevi zarar için kişinin sağlığında meydana gelen istenmeyen durumun ötesinde başka bir şart aranmaz. Zararın sürekli olup olmaması az yada çok olması sadece tazminatın kapsamının belirlenmesinde etkindir.<sup>233</sup>

Manevi zarar maddi zarardan bağımsızdır, maddi zarar olmadan da manevi zarar gerçekleşebilir. Şeref ve haysiyete tecavüz durumları buna örnektir.<sup>234</sup>

## (III) Olumlu – Olumsuz Zarar

Bu ayrıma gidebilmek için ortada bir sözleşme olmalıdır. Bu zarar ayrımı; sözleşmelerinin ihlali sonucu ortaya çıkan zararlar için söz konusudur, yoksa haksız eylem sorumluluğunda böyle bir ayırım (kıstas) söz konusu değildir. Sözleşmenin gereğinin ifa edilmesi sonucu uğranılan zararlara olumlu zarar

<sup>229</sup> EREN, C.III, sh.220

<sup>230</sup> KARAHASAN, Manevi Tazminat, sh.56

<sup>231</sup> 4.HD.5.2.1979 T. 4268 E. 1307 K., KARAHASAN, Manevi Tazminat, sh.56'dan alıntı.

<sup>232</sup> AYAN, sh.110

<sup>233</sup> AŞÇIOĞLU, sh.101

<sup>234</sup> OĞUZMAN/ÖZ, sh.496



denir. Yapılan bir sözleşme eğer yapılmamış olsaydı ya da sözleşme görüşmelerine (yani sözleşme hazırlıklarına girilmemiş) bulunulsaydı, uğranılmayacak olan zarar “olumsuz zarardır.”

#### (IV) Kişiyeye İlişkin – Şeyeye İlişkin Zarar

Ortaya çıkan zarar , kişinin beden tamlığına ilişkinse veya ölüm söz konusu ise zarar kişiye ilişkindir. <sup>235</sup>

Zarar şeyin(eşyanın) yok edilmesi, hasara uğratılması, tahribi sonuçlu ise, şeyeye ilişkindir. <sup>236</sup>

#### (c) Zararın İspatı

Borca aykırı davranış nedeniyle BK.md.96 uyarınca alacaklı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle maddi bir zarara uğradığını ve ayrıca zararın miktarını ispat etmek zorundadır. <sup>237</sup>

Zararın ispatının güçlüğünden yola çıkılarak burada hasta açısından “ilk görünüş ispatı”nın uygulanacağı kabul görmektedir. Bu ispat tipinde hastanın normal hayat tecrübelerine göre böyle bir zararın oluşabileceğini kanaat verici şekilde ortaya koyabilmesi yeterli kabul edilecektir. <sup>238</sup>

#### (4) Kusur

##### (a) Genel Olarak

Geniş anlamda kusur, hukuki nizamın yasakladığı bir hareket tarzıdır. Bu hareket haksız bir fiil ile yada sözleşmeye aykırı davranışla meydana gelir. <sup>239</sup>

<sup>235</sup> KARAHASAN, Manevi Tazminat, sh.61

<sup>236</sup> KARAHASAN, Manevi Tazminat, sh.61

<sup>237</sup> REİSOĞLU,S.:Borçlar Hukuku Genel Hükümler ,İstanbul 1997 sh282-283

<sup>238</sup> AYAN, sh.110

<sup>239</sup> ÖNEN, sh.137

Kusur unsurunun gerçekleşebilmesi için hekimin “kasıt ya da ihmali” bir davranışı söz konusu olmalıdır. Borçlar K.md. 96’ ya göre de akdi sorumluluğun söz konusu olduğu durumda “kusur karinesi” ilkesi geçerlidir. Bu madde gereğince borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmeyen borçlu kusursuz olduğunu ispatlayamadığı müddetçe kusurlu kabul edilecektir.

Kusur konusunda; aynı sosyal çevreye, aynı meslek grubuna mensup makul şahısların birbirine zarar vermeden, uyum halinde yaşayabilmeleri için benzer durum ve koşullar altında göstermek zorunda oldukları örnek davranış ölçü alınarak kusur kavramının objektifleştirilmesi yönüne gidilmektedir.<sup>240</sup>

### **(b) Kusurun Çeşitleri**

Kusur, kast ve ihmali olmak üzere iki bölüme ayrılır.

#### **(i) Kast**

Kast, hukuka aykırı sonucun borçlu tarafından bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir.

Hekimin kasıtlı davranışına örnek olarak; sırf yüksek bir tedavi ücreti elde etmek için bilerek ve isteyerek yanlış tedavi uygulaması ve böylece tedavi süresinin uzatması, yine aynı amaçla hiç gerekmediği halde hastayı ameliyat etmesi, hastayı zehirlenmesi, hiç gerekmediği halde gereğinden fazla hastanede yatırması, daha ucuz bir ilaçla tedavi gayet olanaklı iken hiç gerekmediği halde pahalı ilaçlarla hastanın faturasını kabartması gibi durumları gösterebiliriz.<sup>241</sup>

Kast, doğrudan-dolaylı olarak ayırma tabii tutulmaktadır. Doğrudan kasıtta hekim zararlı sonucu bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektedir. Örneğin hastasını zehirlenmesi gibi. Dolaylı kasıtta ise hekim zararlı sonucu doğrudan istememekle birlikte fakat faaliyetini gerçekleştirmektedir ve bu faaliyeti sonucunda hastanın zarar görebileceğini göze almakta ve kabul etmektedir.

<sup>240</sup> AYAN, , sh.101

<sup>241</sup> AYAN, sh.102; ŞENOCAK, sh.80; EREN,Cil, sh.114

Örneğin; "...hekimin yeni icat ettiği bir tedavi metodunu hastasına onun büyük ihtimalle ölebileceğini tahmin etmesine rağmen bu zararlı sonucu göze alarak, uygulamasını örnek olarak verebiliriz."<sup>242</sup>

## (ii) İhmal

İhmal; aynı şartlar altında, aynı türdeki kişilerin iş hayatında gösterdikleri gerekli özenin göstermemeleridir yani özende eksikliklerdir.<sup>243</sup>

Doktorun hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, hal ve şartların gerekli kıldığı tedbiri göstermeyerek hukuka aykırı sonucun meydana gelmesini engellememesi halidir.<sup>244</sup> Şunu da hatırlatalım ki hal ve şartların gerekli kıldığı sözünden anlaşılması gereken objektif kıstastır. Yani doktorun kendi meslektaşlarından beklenebilecek bilgi, kabiliyet ve sorumluluktur. Şunu da ekleyelim ki; doktorun maddi imkanlarını da gözetmek gerekir; Örneğin bir köy sağlık ocağındaki hekimden bir şehir merkezindeki hekimden beklenebilecek olan tedavi, teknik imkanlar destekli olmadığından aynı olamayacaktır.

İhmal de kendi içinde ağırlık derecesine göre; ağır-hafif ihmal olarak ikiye ayrılır.<sup>245</sup>

Ağır ihmal, içinde bulunulan şartlar itibari ile makul her insanın alması gerekli olan en basit tedbirlerin dahi alınmamış olmasıdır.<sup>246</sup>

Hafif ihmal; ihmal derecesine ulaşmayan ve ancak dikkatli kişilerden beklenebilecek derecedeki dikkatin gösterilmemiş olmasıdır.<sup>247</sup>

<sup>242</sup> ŞENOCAK, sh.81; EREN, C.II sh.15

<sup>243</sup> AYAN, sh.102; EREN, II, sh.115

<sup>244</sup> TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, sh.494; EREN, C.II,sh.119

<sup>245</sup> EREN, C.II, sh.122 vd;TANDOĞAN, Mesuliyet, sh.54-55

<sup>246</sup> TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, sh.495; EREN, C.II,sh.123

<sup>247</sup> TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, sh.495; EREN, C.II,sh.123

Hekim. BK.md.98/1 çerçevesinde her türlü kusurdan sorumludur. Fakat ağır ihmal durumunun ayrı bir durumu vardır.Şöyle ki; üçüncü şahsın ya da zarar görenin ağır ihmali illiyet bağıni kesebilir. BK.md. 99 ve 100/II,III'e göre hekimin akitte sorumluluktan kurtulma şartı öngörmesinin geçerli olup olmayacağı konusu tartışmalıdır. Yine ağır ihmal hakimin tazminatın miktarını tayinde ölçü olur. (BK.md.43/1).<sup>248</sup>

Buradaki hekimin ihmalinin ölçüsü objektiftir.

Ihmalin değerlendirilmesinde; işin tehlikeliliği(riski) arttıkça borçludan beklenen özen ölçüsü de ağırlaşacaktır.<sup>249</sup>

Uygulama ve baskın görüşe göre meslek kusurunun iki unsuru öne çıkar. Bunlar; "tıp biliminin genel olarak kabul görmüş kuralları" diğeri ise "tıp biliminin genel olarak kabul görmüş kurallarına aykırılık"tır.<sup>250</sup>

Hekim faaliyetinde tıp biliminin kurallarını tam ve eksiksiz uygulamalıdır. Aksi takdirde yani mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymaması durumunda "mesleki kusur" söz konusu olacaktır.<sup>251- 252</sup>

### (c) Kusurun İspatı

Kusuru ispat yükü davacı hasta tarafındadır.

<sup>248</sup> ŞENOCAK, sh.82

<sup>249</sup> EREN,C. II , sh.117

<sup>250</sup> AYAN, sh. 105

<sup>251</sup> 4. HD.,7.3.1997, E.1976-6297, K.1977-2541, YKD., C.4, S.6, 1978, sh.908

<sup>252</sup> TANDOĞAN.,C.II, sh.418 ; "Kanımızca meslek kusuru (Kunstfehle)' nun mutlaka ağır kusur olması gerekmediği gibi ... meslek kusurunda subjektif kıstasa da yer kalmamaktadır."

## (5) İlliyet Bağı

### (a) Genel Olarak

İlliyet bağı; ortaya çıkan zararlar, bu zarara sebebiyet veren davranış ya da olay arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir.<sup>253</sup>

Hekimin kusurlu tıbbi faaliyeti söz konusu değilse illiyet rabıtası (bağı) söz konusu olamayacaktır. Hekimin kusurlu davranışının uygun neden-sonuçsallık bağı sonucunda hastada bir zarar ortaya çıkmışsa işte bu durumda bu şart hukuk dünyasında ortaya çıkacak ve ancak o takdirde somut olayda uygulanabilecektir.

Zarar, hekimin sözleşmeye aykırı davranışının bir neticesi olarak meydana gelmiş olmalıdır.

Eğer ki sözleşmenin ihlali normal hayat tecrübelerine göre zararın uygun sebebi değilse artık hekim de sorumlu olmayacaktır. Yani hekimin sorumluluğuna gidebilmek için uygun illiyet bağı şartı gereklidir.<sup>254</sup> Mesela , muayenesi biten hastanın muayeneden çıktıktan sonra muayenenin etkisi ve tesiri olmaksızın bir kazaya uğraması

### (b) İlliyet Bağını Kesen Durumlar

İlliyet bağının kesilmesi durumlarında da hekimin sorumluluğu ortadan kalkacaktır. İlliyet bağını kesen nedenleri üç başlık altında şöyle toplayabiliriz. Bunlar: mücbir sebepler(kaza), üçüncü şahsın kusuru, mağdurun kusuru halleridir.<sup>255</sup>

<sup>253</sup> ŞENOCAK, sh.88; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, sh.567; EREN, C.II,sh.55

<sup>254</sup> AYAN, sh. 111

<sup>255</sup> EREN, F. :Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, sh.174 vd.; AYAN, sh.111

Normal bir operasyonda zarara yol açmayacak olan fakat hastanın aşırı duyarlı, zayıf bünyevi yapısı sonucu zarara sebebiyet verilmesi durumunda; hadisede genel hayat tecrübelerine göre bu tip bir zarar ihtimali hesaba katılabileceği için, hekimin operasyonu ile zarar arasında illiyet bağı var sayılır. Fakat burada zararlı sonuç hem hastanın zayıf bünyesinden kaynaklanmaktadır hemde hekimin faaliyeti sonucudur. Bu sebeple illiyet bağında sebeplerin yarışması ilkesine giderek çözüme ulaşmamız gerekecektir. Ancak hastanın hassas yapısı hekimin tedavi gereği dikkat etmesi ve gerektirdiği şekilde hareket edildiği takdirde önlenilecek türden ise bu durumda sadece hekimin sorumluluğuna gidilecektir.<sup>256</sup>

### (c) İspatı

Sözleşmenin ihlali ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının ispatı hastaya aittir. Hastanın burada ilk görünüş ispatı yani emarelere dayalı kuvvetli ihtimali ispatlanması gerekecektir. Hastadan kesin(mutlak) ispat yükü aranmayacaktır. Bu sebeple hastanın, hadiselerin olağan akışına göre hekimin davranışının böyle bir sonucu yaratmaya elverişli olduğunu ispatlaması yeterli olacaktır.<sup>257</sup>

## 2. Akid Dışı Sorumluluk ( Haksız Fiil – Haksız Eylem )

### a. Genel olarak

Haksız fiil, hukuka yani kanuna, öf ve adete aykırı olan bir fiil demektir.

Hekimle hasta arasında açık (sarih) yada kapalı (zımni = örtülü) bir tedavi sözleşmesi olmadığı takdirde, sorumluluk ancak akit dışı sorumluluk ilkeleri ile çözüme ulaştırılabilecektir. Acil bir vaka söz konusu olup ta hekimin tıbbi müdahale zorunda kalması durumunda ise orta bir yol izlenip “vekaletsiz iş görme” hükümlerine gidilebilecektir. Akit dışı sorumluluk durumunda; ya

<sup>256</sup> AYAN, sh.112

<sup>257</sup> AYAN, sh.111

BK.md.41 gereğince haksız bir fiilden veya B.K.md.55 gereği müstahdemin haksız fiilinden, yada BK.md.58 gereğince tıbbi araç gereçlerdeki yapım ve bakım eksikliğinden dolayı sorumluluğa gidilebilecektir.

Borçlar kanununun kabul ettiği temel kural .md. 41' de geçen "gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp veya tedbirsizlik" ifadelerinden de anlaşıldığı gibi failin kusurlu olmasıdır.

Yalnız burada şunu özellikle belirtmeliyiz ki, hekiminin faaliyeti hastanın bedeni üzerinde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, hekimle hasta arasında bir sözleşme dahi olsa, hekimin faaliyet alanı hastanın bedeni olduğu için, aynı zamanda haksız fiil de (BK.md.41 vd.) teşkil edecektir. Bu durumda ise gerek akdi gerekse akit dışı sorumluluk yarışacaktır, ve hasta bu sorumluluklardan herhangi birine dayanabilecektir.

Hekim ile hasta arasında önceden geçerli bir akdi ilişkinin kurulmadığı durumlarda hekimin faaliyeti , vekaletsiz iş görme hükümlerine sokulacaktır ki, buna örnek olarak; acil durumlar, ameliyatın genişletilmesi, bizzat gayri mümeyyizle tedavi akdinin yapılması durumları örnek olarak verilebilir. Burada vekaletsiz iş görmenin caiz olduğu durumlarda taraflar arasındaki hukuki ilişki, akit benzeri fiil kabul edilecektir aksi takdirde ise haksız fiil hükümleri uygulanacaktır.<sup>258</sup>

## **b. Kusur Sorumluluğu Şartları**

### **(1) Eylem**

Hekimin haksız fiilden sorumlu olabilmesi için öncelikle olumlu yada olumsuz bir davranışı olmalıdır.Mesela komadaki hastaya deneysel amaçlı

---

<sup>258</sup> ŞENOCAK, sh. 31

müdahalede bulunması veya da ilkyardım hastasına ilk yardımdan kaçınması örnek verilebilir.<sup>259</sup>

## (2) Zarar

Akdi sorumluluk bahsindeki zarar kavramıyla buradaki zarar kavramı örtüşmektedir. Bu sebeple akdi sorumluluktaki zarar kavramını atıfla yetiniyoruz.

## (3) İlliyet Bağı

Hekimin faaliyeti ile ortaya çıkan zarar arasında neden-sonuç ilişkisi olmadan haksız fiil sorumluluğuna gidilemeyecektir. Neden-sonuç ilişkisi akdi sorumlulukta da aranmaktadır. Haksız fiil sorumluluğunda da hekimin hukuka aykırı davranışının sonucunda sorumluluğuna gidebilmek için "genel hayat tecrübelerine", "olayların normal akışına", "uygun illiyet bağı" na göre sebep olabileceği zararlı sonuçların ortaya çıkması aranacaktır.<sup>260</sup>

Bu sebeple, eğer ki; nedensellik ilişkisi yoksa hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Hekimin hukuka aykırı hareketi ile zarar arasındaki uygun illiyet bağını davacı hasta ispat etmekle yükümlüdür.<sup>261</sup> Burada ilk görünüş ispatı yeterli olacaktır.

## (4) Kusur

### (a) Genel Olarak

Hekimin hukuka aykırı fiilinden dolayı sorumluluğuna gidebilmemiz için hekimin kusurlu hareketi söz konusu olması gerekir (BK.md.41).

<sup>259</sup> ŞENOCAK, sh.12

<sup>260</sup> EREN, Uygun İlliyet Bağı, sh.21 vd.; TANDOĞAN, Mesuliyet, sh.77

<sup>261</sup> BELGESAY, Mesuliyet, sh.129



BK.md. 41 de kusur kavramı geçmekle birlikte kusur kavramının tanımı yapılmamıştır.

İsviçre Türk doktrininde kusurun tanımı şöyle yapılmaktadır: Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek kastı yada bu sonucu istememekle birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmayarak ihmali hareket etmesi durumudur.<sup>262</sup>

Hekimin sorumluluğuna gidebilmek için kusur unsuru genel bir kaide olarak aranmakla birlikte, hekimin sorumluluğun objektifleştiği istisnai hallerde vardır. Şöyle ki: BK.md.55' teki "istihdam edenin sorumluluğu" ve BK.md.58' deki "eser malikinin sorumluluğu" hallerinde bu objektifleşme ortaya çıkmaktadır.

Hekim, hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmişse veya hukuka aykırı sonucu meydana gelmemesi için aynı hal ve şart altındaki ortalama bir hekimin göstereceği özeni göstermemişse kusurlu sayılacaktır.

Örneğin grip hastasını, kalp uzmanı yardımcısına havale eden özel klinik sahibi genel cerrahın davranışı sonucunda, hastanın aynı zamanda kalp hastası olması ve durumuna rağmen böyle bir hastaya verdiği grip ilacının onda enfaktüse neden olması halinde genel cerraha farazi kusur olarak yükletilemeyecektir. Burada kalp hastası bir kimseye verilen grip ilacının onda enfaktüse neden olabileceği orta düzeydeki her kalp uzmanı tarafından bilinebileceği için, kalp uzmanı gerekli dikkat ve özeni göstermemek sureti ile yardımcı kişi olarak kusurludur. Ancak, aynı tedavi genel cerrah olarak bizzat borçlu uygulamış olsaydı, genel cerrahtan söz konusu ilacın enfaktüsse neden

<sup>262</sup> OĞUZMAN/ÖZ, sh508; EREN, C.II, sh. 110 vd.; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, sh.492 vd.;TUNÇOMAĞ,Türk Borçlar Hukuku, I. Genel Hükümler, İstanbul 1976, sh.439

olacağıının bilinmesini istemek ve beklemek uygun olmayacak idiyse, kalp uzmanının kusurlu davranışı ona (farazi kusur) olarak yükletilemez.<sup>263</sup>

Hastane yada benzeri kurumların kendi iç işleyişlerine ilişkin kurallara uyulmaması durumunda da kusur söz konusu olur.<sup>264</sup>

### **(b) İspatı**

Kusuru ispat yükü davacı hasta tarafındadır.

### **c. Hukuka Aykırılık**

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

Kişilerin şahıs ve mal varlıklarına karşı yapılan, emredici hukuk kurallarına aykırı olan, haksız tecavüzlere “hukuka aykırılık” diyebiliriz.

Hekimin tıbbi müdahalesi tıp bilimi ve uygulamasında kabul görmüş esaslara uygun bir müdahale olmak şartıyla ,özel bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde akid dışı sorumluluk ortadan kalkacaktır.<sup>265</sup>

Hukuka aykırılık unsurunda hekim için özel – istisnai bir durum yoktur. Hekim hastaya karşı yaptığı faaliyetinde hukuka uygunluk sebepleri gerçekleşmediği müddetçe sorumludur. Tıbbi müdahalelerde haklı sebepler belli başlı olarak şunlardan ibarettir: Hastanın aydınlatılmış rızası, hastanın menfaatine uygun hareket etme, hukuka uygun bir kamu gücünün kullanılmasıdır. Mesela; hastanın tehlikeli salgın hastalığından kamuyu korumak için karantina amaçlı olarak hastanın üzerinde güç kullanılması. Yine ayrıca; en uygun ve risksiz tedavi yönteminin tercih edilmesi de hastanın menfaatine uygun harekettir.

<sup>263</sup> EREN, Uygun İlliyet Bağı, sh.21 vd.; TANDOĞAN, Mesuliyet, sh.77

<sup>264</sup> AŞÇIOĞLU, sh.91

<sup>265</sup> AYAN, sh. 117; İNAN, sh.258

Başkasına zarar veren fiili işleyen bir kimsenin davranışı, mağdurun (zarar görenin) rızasına dayanıyorsa, veya fail kanunların kendisine tanıdığı bir yetkiyi kullanıyorsa fiil hukuka aykırı değildir.

BK.md.24/II' de ; üstün nitelikte bir özel yarar veya kamu yararı bulunması hukuka aykırılı önleyici sebeptir. BK.md.52' de de hukuka aykırılığı önleyen 3 sebep özel olarak düzenlenmiştir; mağdurun rızası, kamu hukukuna dayanan bir yetkinin bulunması, özel hukuka dayanan bir yetkinin bulunmasıdır.

## (2) İspatı

Hukuka aykırılıkta ispat yükü davacı hastadadır.

### 3. Kusursuz Sorumluluk (Objektif = İliyet Sorumluluğu)

#### a. Genel Olarak

Esas itibariyle her şahıs kendi fiil ve kusurundan sorumlu tutulur. Buna kusur nazariyesi denir. Ancak 20 yy da gelişen ekonomik ve sosyal şartların zorlamasıyla, bir kimsenin yapacağı fiil ve kusurdan bir başkasının sorumlu tutulabileceği kabul edilebilir hale gelmiştir.bu durumun sosyal adalet ve hakkaniyete uygun olduğu zarar gören ve toplumun menfaatine olduğu ileri sürülmektedir. Bu fikir sebep ilişkisi, tehlike ve hakkaniyet fikrine oturtulmuştur.<sup>266</sup>

#### b. Akid Dışı İlişkide

Hekiminde B.K.md.55 istihdam eden ve md.58 eser maliki sıfatıyla sorumluluğuna gidilebilecektir.

---

<sup>266</sup> ÖNEN,sh.158-159

## (1) İstihdam Eden Olarak Sorumluluğu

### (a) Genel Olarak

Hekimin istihdam eden sıfatıyla sorumluluğuna BK.md.55 gereği gidebiliriz.

BK.md.55: " Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerinin ifa ettikleri esnada yaptıkları zararlardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz." Demek suretiyle istihdam edenin sorumluluğunu ve şartlarını düzenlemiştir.

İstihdam eden kimsenin zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır.

Görüldüğü üzere BK.md.55' te hekimin yardımcı şahıslar üzerindeki denetim ve gözetim ödevini yerine getirmemesinden doğan bir sorumluluk düzenlenmektedir. Burada hekimin kusuru aranmamakta , sorumluluğu objektif denetim ve gözetim ödevini yerine getirmemekten kaynaklanmaktadır. istihdam eden sıfatıyla doktor; yardımcı şahıslarının hizmetlerini ifa ettikleri esnada vermiş oldukları zararlardan, gerek bu şahısların kusurlarına gerekse kendisinin adam çalıştırmasının kusur teşkil edip etmemesine bakılmaksızın sorumludur.<sup>267</sup>

### (b) Sorumluluğun Şartları

Hekimin istihdam eden sıfatıyla sorumluluğuna gidebilmek için BK.md.55' teki olumlu (çalıştırma = bağımlılık ilişkisi, işin görüldüğü sırada hukuka aykırı

<sup>267</sup> EREN,C.I, sh.162.; TANDOĞAN, Mesuliyet , sh.109

bir fiille üçüncü şahsa zarar verme) ve olumsuz (kurtuluş beyyinesini yerine getirememesi) şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir.

## (2) Eser Maliki Olarak Sorumluluğu

BK.md. 58 : Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan dolayı mesul olacağı. bu cihetten dolayı kendisine karşı mesul olan şahıslar aleyhindeki rücu hakkının mahfuz olduğunu belirtmiştir.

Bu nedenle şartlarının bulunması halinde kullanılan tıbbi gereçler ve binalar nedeniyle ,BK.md.58'e göre de hekimin eser maliki sıfatıyla haksız fiil sorumluluğuna da gidilebilir.

## c. Akdi İlişkide

### (1) Genel Olarak

B.K.md.96 borçlunun ilke olarak kusur sorumluluğunu düzenlemiştir.ancak istisnai olarak kanunda sebep (objektif ) sorumluluk da düzenlenmiştir. Bunların başında B.K.md.100 de düzenlenmiş olan yardımcı şahısların borcu ifa ederken alacaklıya (hastaya ) verdikleri zarardan sorumluluğu gelmektedir.<sup>268</sup>

Hekimin akdi ilişkideki objektif sorumluluğuna BK.md.100 e göre gidilebilir.

BK.md. 100 – Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse , bunların işlerini

<sup>268</sup> EREN, C.III. sh. 235-236

icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesul olacakları belirtmiştir.

## (2) Şartları

Hekim ile zara gören hata arasında bir akdi ilişki bulunmalı, hekim tedavinin bir kısmını yardımcıya bırakmış veya tevdi etmiş olmalı, tedavi borcunun yardımcıya bırakılması caiz olmalı, yardımcı kişi hastaya kendisine verilen işi gördüğü sırada zarar vermiş olmalı, yardımcı kişinin davranışı hekime farazi bir kusur olarak yükletilebilmeli ; örneğin grip hastasını, kalp uzmanı yardımcısına havale eden özel klinik sahibi genel cerrahın davranışı sonucunda, hastanın aynı zamanda kalp hastası olması ve durumuna rağmen böyle bir hastaya verdiği grip ilacının onda enfarktüse neden olması halinde genel cerraha farazi kusur olarak yükletilemeyecektir. Burada kalp hastası bir kimseye verilen grip ilacının onda enfarktüse neden olabileceği orta düzeydeki her kalp uzmanı tarafından bilinebileceği için, kalp uzmanı gerekli dikkat ve özeni göstermemek sureti ile yardımcı kişi olarak kusurludur. Ancak, aynı tedavi genel cerrah olarak bizzat borçlu uygulamış olsaydı, genel cerrahın söz konusu ilacın enfarktüse neden olacağına bilinmesini istemek ve beklemek uygun olmayacak idiyse, kalp uzmanının kusurlu davranışı ona (farazi kusur) olarak yükletilemez.<sup>269</sup> Ayrıca ; uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır.

## 4. Akdi ve Akit Dışı Sorumluluğun Yarışması

### a. Genel olarak

Yarışma durumu demek aynı olayda değişik talep haklarının aynı anda doğmasıdır. Bu durumda hak sahibi yasanın kendisine tanıdığı her iki yola da gitme hakkına sahiptir.

<sup>269</sup> EREN, Uygun İlliyet Bağı, sh.21 vd.; TANDOĞAN, Mesuliyet, sh.77

BK.md.55' ten doğan talepler ile genellikle BK.md.100' den doğan talepler yarışır.<sup>270</sup>

Hak sahibi yani zarar gören şahısla istihdam eden şahıs arasında akdi ilişki yoksa BK.md.55, eğer ki akdi ilişki varsa BK.md.100 kullanılır.

Nitekim akitten doğan bir borcun ihlali aynı zamanda bir haksız fiilde teşkil ediyorsa, bu durumda taleplerin yarışması söz konusudur.

Haksız fiil sözleşme durumunda da ortaya çıkabilir: Hatalı bir operasyonla hastanın beden bütünlüğüne zarar verilerek sakat kalmasına neden hekim sözleşmeye aykırı davranmanın yanında sözleşme dikkate alınmadığı takdirde zarar verici davranışı aynı zamanda haksız fiilde oluşturmaktadır. Bu durumda akdi ve akid dışı sorumluluk yarışır.<sup>271</sup>

Hekim sır saklama yükümüne aykırı bir davranışla hastaya bir zarar verirse, BK.md. 398 f.II ' e göre bu zararlar sorumlu tutulur. Bu davranış TCK tarafından da suç teşkil ediyorsa, BK:md. 41' e göre de , haksız fiile dayanarak da tazminat talep etmesinin mümkün olacağı , Bu durumda tazminat taleplerinin yarışacağı, ayrıca; sırrın açıklanmasının MK.md.24 f.II gereği de haksız fiil teşkil edebileceği ileri sürülmektedir.<sup>272</sup>

## **b. Müdahalenin Akdi ya da Akit Dışı Olmasının Önemi**

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

Müdahalenin akdi yada akit dışı olması yardımcıların fiillerinden sorumluluk , zaman aşımı, kusurun ispatı vb. sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde önemlidir.

<sup>270</sup> 4.HD.1.1.1976, E.6024/K.9292, YKD.C. IV,S.4, sh.536

<sup>271</sup> ŞENOCAK,,sh.14; AYAN, sh.62; BELGESAY, M.R., Doktorun Hukuki Borçları,IÜHFM, C.11.S.3-4,1945, sh.109

<sup>272</sup> TANDOĞAN,C.II, sh.455-456

BK.md.96' ya göre hasta sözleşmenin varlığını, verilen zararı , akdin ihlalini, ve ihlalle zarar arasındaki illiyet bağıını ispat etmelidir. Hekimin kusurunu ispat yükü üzerinde değildir. Akit dışı sorumlulukta ise hasta , zararı , hukuka aykırı davranışı ve bununla zarar arasında ki illiyet bağıını , ayrıca akdi ilişkiden farklı olarak hekimin kusurunu da ispat etmek zorundadır. BK. md. 125 ' e göre akdi sorumluluk zaman aşımı süresi 10 yıl iken, akit dışında ise 1 ve 10 yıllık süreler söz konusudur.<sup>273</sup>

Akdi sorumluluk durumunda davacı (hasta), sözleşmenin varlığını, zararı, sözleşmenin ihlali, ve sözleşmenin ihlali ile zarar arasındaki illiyet bağıını ispatlamak zorundadır. Hastanın, davalının (hekimin) kusurunu ispatlaması ise gerekmemekteyken (BK.m.96), akit dışı sorumlulukta davacı (hasta), zararı, hukuka aykırı davranışı, zarar ile hukuka aykırılık arasındaki illiyet bağıını ve ayrıca davalının (hekimin) kusurunu ispatlamak mecburiyetindedir.<sup>274</sup>

## (2) Akdi ya da Akit Dışı Olmasının yardımcıların Eylemleri açısından Önemi

Hak sahibi yani zarar gören şahısla istihdam eden şahıs arasında akdi ilişki yoksa BK.md.55, eğer ki akdi ilişki varsa BK.md.100 kullanılır.

Borcun ifasının veya hakkın kullanılmasının yardımcı kişi tarafından yaptırılmasının caiz olmadığı durumlarda borçlu veya alacaklı, BK.md. 100 e göre değil, BK.md 96 ya göre sorumlu olur.<sup>275</sup>

BK.md.55' ten doğan talepler ile genellikle BK.md.100' den doğan talepler yarışır.<sup>276</sup>

<sup>273</sup> AYAN, sh. 62; BELGESAY, Doktor, sh.108-109; BELGESAY, Mesuliyet , sh.79

<sup>274</sup> AYAN, sh. 62, BELGESAY, Doktor, sh.108-109

<sup>275</sup> EREN, C.III, sh.251; TANDOĞAN, Mesuliyet, sh.441

<sup>276</sup> 4.HD.1.1.1976, E.6024/K.9292, YKD.C. IV,S.4, sh.536



Akit dışı sorumlulukta davalının (hekim) sorumluluktan kurtulması akdi sorumluluğa nazaran daha kolaydır: Akit dışı sorumlulukta zararın doğmaması için hal ve maslahatın gerektirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu, yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın doğumuna engel olamayacağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirken (BK.m.55/I, c.2) yani onun için, objektif özen ödevinin yerine getirildiğinin veya objektif özen ödevinin ihlali ile zarar arasında illiyet bağının bulunmadığının ispatı yeterliyken, akdi sorumlulukta davalı (hekim), yalnız işi yardımcıya bırakmakta, onu seçmede ona nezaret etmede ve talimat vermede kusuru olmadığını ispatlamaya ek olarak, yardımcı şahsın davranışını kendisi için dahi kusurlu sayılamayacağını ispatlaması aranacaktır.<sup>277</sup>

BK. md. 55 de adam çalıştıranla yardımcı kişi arasında bağımlılık ilişkisi aranırken BK.md. 100 de borçlu ile yardımcı kişi arasında bağımlılık ilişkisi aranmamaktadır.

BK. md. 55 e göre yardımcı kişinin kendisine verilen işin görülmesi sırasında meydana gelen zararlardan sorumluluk söz konusu iken, BK.md. 100 e göre hem borcun ifası hem de bir borç ilişkisinden doğan borcun kullanılması sırasında alacaklıya verilen zararlardan borçlunun yani adam çalıştıranın sorumluluğunun söz konusu olmasında görülür.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; BK. md. 100/II ve III anlamında akdi sorumlulukta sorumsuzluk sözleşmesi yapmak mümkün iken, BK.md. 55 e göre, adam çalıştıranla zarar görenin sorumsuzluk sözleşmesi yapması mümkün değildir.<sup>278</sup>

<sup>277</sup> AYAN, sh.62 ; BELGESAY, Mesuliyet , sh.78 ; FEYZİOĞLU,F.N.:Borçlar Hukuku Genel Hükümler,C.I,İstanbul 1976, 627

<sup>278</sup> EREN,C.II, sh.284

İstihdam edilen de haksız fiilinden bizzat sorumlu tutulabileceği gibi hekimde üçüncü şahsa ödediği tazminatı çalışanından yani istihdam edilenden rücu yolu ile alabilir (BK.md.55/II).<sup>279</sup>

## 5. Vekaletsiz İş Görme

### a. Genel olarak

Taraflar arasında önceden vekalet ilişkisinin kurulmadığı durumlarda mesela; zaruret halinde yapılan tıbbi müdahale durumu yada zorunlu ameliyat genişletmelerinde taraflar arasındaki ilişki vekaletsiz iş görme hükümlerine(BK.md.410-415) göre çözüme ulaştırılacaktır.

Vekaletsiz olarak başkası adına iş gören kişinin fiili hukuka uygunluk sebebidir. Ancak burada vekaletsiz iş görenin başkasının işini görmek niyetiyle hareket etmesi o kişinin yararına veya muhtemel iradesine uygun hareket etmesi lazımdır.<sup>280</sup>

Hekimle hasta arasında sözleşme ilişkisinin kurulmadığı durumlarda, hekim hastanın iradesine dayanmamakla birlikte hastanın menfaatine olarak tıbbi müdahalede bulunur.Gerek Alman gerekse İsviçre Hukukunda bu konuda vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Vekaletsiz iş görme öncelikle zaruret halinde ortaya çıkmaktadır ve hekiminde bu durumda tıbbi müdahalede bulunmak zorunluluğu vardır.<sup>281</sup>

### b. Vekaletsiz İş Görmede Sorumluluğun Kapsamı

Vekaletsiz iş görmede tarafların hak ve borçları BK.md. 410-415' e göre belirlenecektir.<sup>282</sup>

<sup>279</sup> İNAN, 291; AYAN, sh.69

<sup>280</sup> EREN, C.II, sh. 271, TANDOĞAN, Mesuliyet, sh.32-33

<sup>281</sup> AYAN, sh.61

<sup>282</sup> AYAN, sh. 113

BK.md.410 "a göre: Vekaleti olmaksızın başkasının hesabına tasarrufla bulunan kimse, o iş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre yapmaya mecburdur

BK. md.411 :” Başkası namına tasarrufla bulunan kimse her türlü ihmâl ve ihtiyatsızlıktan mesuldür Şu kadarki o kimse, iş sahibinin maruz bulunduğu zararı bertaraf etmek için yapmış ise, mesuliyeti tahfif olunur. İş sahibinin sarahaten veya delaleten men`i var iken o kimse, bu işi yapmış ve sahibinin men`ide kanuna ve adaba muhalif bulunmamış ise kazadan dahi mesul olur. Meğerki o kimse, müdahalesi olmasa bile kazanın vukua geleceğini ispat etsin.” Demek suretiyle ,vekaletsiz iş görenin sorumluluğu üç değişik şekilde düzenlenmiştir.<sup>283</sup>

BK.md.411/I : Başkası namına tasarrufla bulunan kimse her türlü ihmâl ve ihtiyatsızlıktan mes’ uldür.

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere vekaletsiz iş gören bir hekim dahi her türlü ihmâlinde sorumludur<sup>284</sup>, ve vekaletsiz olarak tedavi gerçekleştiren hekim bu fedakarlığı sonucunda dahi, sözleşmeye dayalı olarak tedavi yapan hekim kadar özenli hareket zorundadır.

BK.md.411’ in ikinci fıkrasında; vekaletsiz iş gören şahsın, iş sahibinin ağır bir zarara uğramasını engellemek için faaliyete girişmesi durumunda daha hafif olacağı düzenlenmiştir.<sup>285</sup> Fakat şu görüş buna karşı çıkmaktadır; "Salt olayı ivediliği, aynı tip olaylarda gösterilmesi gerekli özenin hafifletilmesi için haklı bir sebep oluşturulamaz. İnsan hayatı ve sağlığı üzerinde faaliyet icra eden hekimin, her hal ve şart altında özenli hareket etmesi asıldır<sup>286</sup>

<sup>283</sup> AYAN, sh. 113

<sup>284</sup> TANDOĞAN, Vekaletsiz, sh.207 vd.

<sup>285</sup> TANDOĞAN, Vekaletsiz, sh.214 vd.

<sup>286</sup> AYAN, sh.114

BK.md.411/III : İş sahibinin sarahaten veya delaleten men' i varken o kimse bu işi yapmış ve sahibinin men' i de kanuna ve adaba muhalif bulunmamış ise kazadan dahi mes' ul olur.

Buna göre, hekim, hastanın tedaviyi reddettiğini bilmesine rağmen veya somut olayın özelliklerin göre bilmesi gerekmesine rağmen faaliyetine devam ederse artık bunun sonucunda meydana gelecek bütün zararlardan ve kazadan dahi sorumludur.<sup>287</sup> Fakat, hastanın karşı çıkması eğer hukuka ve ahlaka aykırılık taşıyorsa hekim bu iradeyi dikkate almayacaktır.

Haksız fiil sonucu bedeni bir zarara maruz kalan kimse, tedavi yoluyla bu zararını azaltma imkanı varken buna rıza göstermemişse birlikte kusuru var sayılır.<sup>288</sup>

Tedavi faaliyetindeki vekalet durumu; çeşitli sebeplerle vekaletsiz iş görme kılıfına da bürünebilmektedir. Vekaletin sınırlarının aşılması halinde sözleşmeye aykırılık önem açısından büyük değilse , ücret ve masraf indirimi için istisna aktine ilişkin BK.md.360 f.II' ın uygulanabileceği, aşma büyük ve sözleşmeyle ilgiyi kaldırıyorsa vekilin artık vekaletsiz iş gören durumuna gireceği veya hiç ücret alamayacağı, yada ancak vekaletsiz iş görmedeki sınırlara göre, masraf ve ücretlerini isteyebileceği, ayrıca genellikle iş sahibinin sözleşme veya talimatla belirlene iradesinin hilafına hareket etmiş olacağından , BK.md.411 f. III.' e göre kazaen ortaya çıkan zarardan da sorumlu olacağı. yanlış enjeksiyon yapılması, yanlış organın ameliyatla alınması gibi durumlarda sözleşmeye aykırılığın önemli olduğu ve vekaletin artık sözleşmeye tamamen aykırı olduğu doktrinde belirtilmiştir.<sup>289</sup> Aşmanın tespiti açısından sözleşmede açıklık yoksa vekaletin sınırlarının bilinmesine ihtiyaç vardır. Peki bu nasıl belirlenecektir.

<sup>287</sup> TANDOĞAN, Vekaletsiz, sh.219 vd.

<sup>288</sup> TANDOĞAN, Vekaletsiz, sh.230 vd.

<sup>289</sup> TANDOĞAN,C.II, sh.393

BK.md.388 f. I' e göre, vekaletin kapsamı sözleşme ile açıkça tespit edilmemişse ilişkin olduğu işin mahiyetine göre tayin edileceği düzenlenmiştir.

Amaç, olayın özellikleri, teamüller tedavi sözleşmesinin çerçevesini çizer. Vekil yani doktor kural olarak müvekkilinin yani hastasının rızasını almadan ( ameliyatın genişletilmesi vb. durumlar hariç ) faaliyetini genişletemez. Tedavi sözleşmesinde kendisine baş vurulan hekim doğru teşhis koyup bu teşhisin gerektirdiği en iyi tedaviyi uygulayacaktır. Müvekkil , genel kapsamı vereceği talimatlarla daraltabilir.<sup>290</sup> Unutmamak gerekir ki hekimin talimatlarla bağlılığı zayıftır, tıbbi gereklere aykırı hususları yapamaz aksi takdirde özen yükümlülüğü nedeniyle sorumlu olur. Eğer hasta ısrar ederse istifa etmek zorundadır.

Caiz olan vekaletsiz iş görme hukuki işlem benzeri bir fiil niteliği taşıırken caiz olmayan iş görme hukuka aykırı fiil niteliğindedir. Fakat her iki halde de iş sahibinin burada doktorun sonradan iş görmeye icazet vermesi halinde iş görmenin ilgili olduğu akde vekalet hükümleri uygulanır(BK.md.415)<sup>291</sup>

Farkına varması gerektiği halde irade bozukluğu nedeniyle sakat olan talimatı yerine getiren vekil sadakat ve özen borcuna aykırılıktan BK.md. 390' a , eğer vekalet sınırları aşılmışsa vekaletsiz iş görmeye ilgili BK.md.411 f.III' e göre sorumlu olabilir. Vekil yanıltarak veya tehdit ederek müvekkilden talimatı elde etmişse daha şiddetle olmalıdır.<sup>292</sup>

<sup>290</sup> TANDOĞAN,Cil, sh.392-393

<sup>291</sup> ŞENOCAK, sh.103

<sup>292</sup> TANDOĞAN, C.II, sh.444

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TIBBİ YARDIM SÖZLEŞMELERİNDE HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI. SORUMLULUĞU AZALTAN, KALDIRAN SEBEPLER VE TIBBİ YARDIM SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİREN NEDENLER.

#### I. HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

##### A. GENEL OLARAK

Hekimin tıbbi müdahale nedeniyle sorumluluğu , oluşan zararı tazmin etme şeklinde kendini gösterir. Hekim, kusuru olduğu veya objektif sorumluluğunun bulunduğu hallerde verilen maddi veya manevi zararları tazminle mükelleftir.

B.K.md.98/II ' nin "haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler kıyasen akdi sorumluluğa da uyarlanır. " demesi nedeniyle , Tazminat miktarının hesaplanması bakımından ilişkinin akdi yada akit dışı olması bir fark oluşturmaz.<sup>293</sup>

Zarar olmayan yerde tazminde söz konusu olamaz. Çünkü tazmin ancak zararı telafi etmek için vardır<sup>294</sup>. Ve tazminin miktarı da zararla doğru orantılıdır.

Zarar gören hasta, zarar görmesi sebebiyle mahrum kaldığı hukuka ve ahlaka aykırı olarak kazanacak olduğu mahrum kaldığı karını isteyemez.<sup>295</sup>

Kişinin ruh sağlığı ile beden bütünlüğüne yönelik her türlü davranış ve eylem şayet suç teşkil ediyorsa failin ceza yaptırımına muhatap olacağı gibi, eylemin hukuka aykırılığı nedeniyle de hukuki sorumluluğunu gerektirmektedir.<sup>296</sup>

<sup>293</sup> REİSOĞLU,sh.15 ; AYAN,sh.121

<sup>294</sup> EREN, C.II,sh.37

<sup>295</sup> KARAHASAN,M.R.: Maddi Tazminat-Öğreti-Yargıtay Kararları, İstanbul 2001, sh.62

<sup>296</sup> 4.HD.15.10.1998 T.4109 E-7796 K, KARAHASAN, Maddi Tazminat,sh.162'den

Doktorun yaptığı faaliyeti gereği olarak özen yükümlülüğü, işin görülmesi sona erince, ortadan kalktığı halde, sadakat yükümlülüğü ve bu yükümlülükten doğan sır saklama borcu iş bittikten sonrada devam eder. Çünkü özen borcu niteliği gereği ancak tedavi müddetince aranabilecektir. Oysa sadakat ve bunun sonucu olan sır saklama yükümlülüğüne tedaviden sonra da uyulmaması durumunda ortaya bir zarar çıkabilecektir ve tazminat hukukunun genel ilkesi gereği zarar olan yerde bu zararın giderimi de devreye girecektir. Bir doktor, gizli tutulması gerektiren bir hastalığı iyileştirmiş olsa bile bunu başkalarına açıklarsa, bu yüzden doğan maddi veya manevi zarardan sorumlu olacaktır. Özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, gereği gibi ifaya menfaati olan, sadakat borcunun yerine getirilmemesi beslenen güvenin boşa çıkmasından doğan zararın tazminini sonucunu doğuracaktır. Yine burada TCK.md. 508 gereğince inancı kötüye kullanma suçunun da gerçekleşebileceği kabul edilmektedir.<sup>297</sup>

## **B. HAKSIZ FİİL NEDENİYLE İSTENEBİLECEK TAZMİNAT**

### **1. Tazminat Kavramı**

Tazminat , haksız fiil sonucu bir şahsın maddi veya manevi varlığında oluşan azalmayı telafi için, azalmaya sebebiyet verenin bunu telafi etmekle yükümlü olduğu bir edimdir.<sup>298</sup>

### **2. Tazminat Talebi Çeşitleri**

Önceki bölümlerde anlatılan maddi ve manevi zararın oluşması halinde bu zararların giderimi verilen zararın nevine göre maddi ve/veya manevi tazminat olarak iki şekilde talep edilir.

<sup>297</sup> TANDOĞAN.,C.II, sh. 409

<sup>298</sup> ÖNEN,sh.145

## a. Maddi Tazminat

### (1) Genel Olarak

Hekim, kusuru olduğu veya kusursuz sorumluluğunun bulunduğu hallerde oluşan maddi zararları tazmin etmek zorundadır.

### (2) Kapsamı

Haksız fiil neticesi meydana gelen zararın ancak uygun illiyet bağının sınırları içerisinde kalanları tazmini istenebilir.<sup>299</sup>

Maddi tazminat bir cezalandırma yolu değildir.kasten dahi haksız fiil işlense ispat olunan maddi zarar miktarından daha fazla tazminata hükümlenemez. Ayrıca ;zarar gören haksız fiil sonucu bir yarar elde etmişse bu da zarardan indirilir.<sup>300</sup>

### (i) Ölüm Halinde Maddi Tazminat

BK.md.45'E göre ; 'Bir adam öldüğü takdirde zarar ve ziyan, özellikle gömme giderlerini de kapsar. Ölüm hemen meydana gelmemişse ,zarar ve ziyan tedavi giderlerini ve çalışmaya muktedir olmamaktan doğan zararı kapsar 'Ölüm sonucu olarak diğer kimseler ölenin yardımından yoksun kaldıkları takdirde , onların bu zararını da tazmin etmek gerekir.'

Madde kapsamından anlaşılması gereken sonradan meydana gelen ölüm olayı ile yapılan haksız fiil arasında uygun illiyet bağı olmalıdır.

Haksız fiil sonucu ölüm gerçekleşmesi halinde BK.md.45 de öngörülenlerin dışında olan maddi zararların tazmini istenemez . örneğin, ölenle

<sup>299</sup> TANDOĞAN, Mesuliyet,sh.77 ; EREN, İlliyet bağı, sh.21

<sup>300</sup> REİSOĞLU, sh.170



akit yapan ve ölüm nedeniyle akdin yerine getirilememesinden uğranılan zarara nedeniyle zarara uğrayan kimse bunun tazminini isteyemez.<sup>301</sup>

BK.md. 45 e göre ; haksız fiil sonucu ölüm meydana gelmişse maddi zararın kapsamına cenaze masrafları, ölüm hemen gerçekleşmemişse; ölüm gerçekleşene kadarki tedavi giderleri ve çalışamamasından doğan zararlar girer.

Ayrıca; haksız fiil sonucu ölüme sebep olan kişi, ölenin yardımından yoksun kalan kişilerinde zararını tazminle mükelleftir.<sup>302</sup> Kanuni zorunluluk bulunmasa dahi<sup>303</sup>, ölen kişiden sürekli ve düzenli olarak yardım gören kimseler (belli bir ölçüde para, eşya, veya hizmet olarak ) ölüm meydana gelmeseydi şartlara göre yardım devam edecekse destekten yoksun kalma tazminatı talebinde buluna bilirler. Bu kapsama ; ölen kişinin çocukları, hayattaki eş, ölenle imam nikahlı eş,ölen tarafından büyütülen çocuklar vb. şekilde ölen tarafından bakılmakta olan kişiler girer.<sup>304</sup>

Yardımdan yoksun kalma sebebiyle hükmedilecek tazminatın hesaplanmasında, talep sahibinin ölüm olmasaydı elde etmesi muhtemel miktar dikkate alınır.<sup>305</sup>

## (ii) Cismani Zararda Maddi Tazminatın Kapsamı

BK. md. 46 de söz edilen cismani zarara sebep olan kimse, zarar görenin tedavi giderleri ,çalışma gücünü tamamen veya kısmen kaybetmişse bundan doğan zararları, ve ekonomik gelişmenin zorlaşmasıyla ilgili örneğin , çalışma gücünü etkilemeden bir genç kızın evlenmesini zorlaştırabilecek bir estetik bozukluğu gibi zararları tazminle mükelleftir.<sup>306</sup>

<sup>301</sup> REİSOĞLU, sh.174

<sup>302</sup> REİSOĞLU,sh.174

<sup>303</sup> OĞUZMAN,ÖZ, sh.544

<sup>304</sup> REİSOĞLU, sh.175

<sup>305</sup> REİSOĞLU, sh 176

<sup>306</sup> REİSOĞLU, sh 178

Bedensel zarar görülmesi halinde tazminat isteme hakkı sadece bedensel zarara uğrayana aittir onun yakınları tazminat talebinde bulunamaz.<sup>307</sup>

“Cismani zarar kavramına, ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı (ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü) gibi hallerin de girdiği kabul edildiğine göre; eğer bir kimsenin cismani bir zarara maruz kalması sonucunda, onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de (aynı eylem nedeniyle) hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde haleldar olmuşsa, onlar da manevi tazminat talep edebilirler.Çünkü bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibariyle onların da ihlal edilen normun (BK.md.47) koruma amacı içinde bulduklarının (hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğinin ) kabulü gerekir.Başka bir anlatımla, böyle hallerde, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara maruz kalma söz konusudur.”<sup>308</sup>

Bugün artık uygulamada, kişinin kalıcı sakatlıkları nedeniyle oluşan beden gücü kaybı nedeniyle gelirinde ve dolayısıyla mal varlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa dahi, tazminata hak kazanılacağı kabul görmektedir.Çünkü sakatlanan şahsın her ne kadar gelirinde ve malvarlığında azalma olmasa da aynı şahıs aynı sosyal seviyesini yani aynı gelir düzeyini korumak için daha fazla güç(efor) sarf edecektir ki mağdurun bu aciziyetinin giderilmeye çalışılması adaletin bir gereğidir. Bu giderim de güç (efor) kaybı tazminatı diye adlandırılmaktadır.<sup>309</sup>

Hastanın tedaviye rıza gösterip göstermemesi de önem arz etmektedir. Zararın ve giderimin belirlenmesinde, zarar görenin çalışma gücünden yoksun kalmasını azaltacak veya zararın artmasını önleyecek bir ameliyat ya da tedavi kendisi için tehlike arz etmiyorsa ve makul bir insandan bu tedbire başvurma beklenirse ve eğer zarar gören ameliyat ya da tedavi olmak istemezse, bu

<sup>307</sup> REİSOĞLU, sh 199

<sup>308</sup> HGK.26.4.1995 T. 1995/11-122 E. 430 K. ,KARAHASAN, Maddi Tazminat, sh.756-757'den

<sup>309</sup> KARAHASAN, Maddi Tazminat, sh. 168

davranışı birlikte kusur sayılabilecek ve tazminattan indirim nedeni olabilecektir.  
310

Mağdurun ameliyata rıza göstermesinin beklenebilmesi için bazı şartlar aranacaktır. Nitekim Yargıtay bunu bir kararında ayrıntılarıyla düzenlemiştir.

“...mağdurun ameliyata rıza göstermesinin bekleyebilmesi için ; a) Ameliyatın tehlikeli olmaması , b) Ameliyatın çok ızdırab verici olmaması, c) Mağdurun ameliyat sonucunda iyileşmesinin kuvvetle umulur, beklenir olması, d) Özellikle de, ameliyat giderlerinin sorumlu kişi tarafından önceden ödenmesi şarttır. Bu şartların tamamı gerçekleşmedikçe mağdurdan ameliyat olması beklenemez. Bu şartlar mutlak olmayan tedavi metotları içinde geçerlidir... eğer mağdur şartlar tahakkuk etmesine rağmen ameliyat ya da tedaviden kaçınırsa bu davranışı (tıpkı meslek değiştirmeyi haklı bir nedenle olmaksızın reddetmede olduğu gibi) birlikte kusur Sayılır ve dolayısıyla zararın artmasına neden olduğu cihetle zarardan indirim yapılır... muhik bir neden olmaksızın ameliyat ya da tedaviden kaçınan mağdurun zararı şu unsurların toplanması suretiyle hesaplanmalıdır. Ameliyat ya da tedavi ile iyileşmesinin muhtemel süresince çalışma iktidarından yoksunluğu dolayısıyla uğrayacağı zarar + ameliyat ve tedavi giderlerinin büyük bir olasılıkla baliğ olacağı miktar + ameliyat ve tedaviye rağmen çalışma gücünde husule gelmesi muhtemel noksanlık yüzünden uğrayacağı zarar toplamı, mağdurun gerçek zararıdır.

Şayet ameliyat ve tedavi sonucunda mağdurun tamamen iyileşmesi muhtemel ise, bu takdirde mağduru zararı yukarıda belirtilen son kalem hariç, diğer iki kalem zararın toplamından ibaret olacaktır.

Buna karşılık, eğer ameliyat ya da tedavi umulan sonucu vermez, aksine mağdurun durumunu büsbütün kötüleştirirse (haksız eylemle zarar arasındaki illiyet bağı, doktorun, bakıcıların kusuru ya da bir mücbir neden yüzünden

<sup>310</sup> OĞUZMAN / ÖZ, sh. 559 ; Örnek karar, 4.HD 18.9.1979,5480/ 8818 YKD. 1979/ 11 sh.1573 ; Aksi karar, 11.HD.17-6-1982 ,E / 3979 K / 4046 YKD.983 / 1 sh.45 “...mağdur ameliyata razı olmadı diye...tazminattan indirim yapılamaz.”

kesilmedikçe) cismani bütünlüğün ihlalinde sorumlu olan kişi bu kötüleşmeden doğan zararı da ayrıca tazmin ile yükümlü olacaktır .<sup>311</sup>

## **b. Manevi Tazminat**

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

B.K md. 47 : “ Hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşen olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölenin ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.” Demek suretiyle manevi zararın tazminini düzenlemiştir.

Hekimde, hastanın uğramış olduğu manevi zararlarını da tazmin etmek zorundadır.

Manevi tazminat Alman hukukundan farklı olarak hem akdi hem akit dışı ilişki için geçerlidir. Oysa, Alman hukukunda sadece akit dışı ilişki için manevi tazminat kabul edilmiştir.<sup>312</sup>

### **(2) Manevi Tazminatın Amacı**

Malvarlığı dışında, kişinin hukuksal değerlerine yapılan saldırılar ile meydana getirilen eksilmenin giderilmesindeki amaç, çekilen acıları yeterince dindirmek, bozulan ruhsal düzeni dengelemek, yaşama arzusu tazelemek, yaşama yeniden bağlanmayı sağlamak , kişinin iç huzurunu sağlamak olarak nitelendirilmektedir.<sup>313</sup>

<sup>311</sup> Yargıtay 4.HD.18.9.1979, 5840 E. 9818 K., KARAHASAN, Maddi Tazminat,sh.169-170

<sup>312</sup> AYAN,sh.122

<sup>313</sup> KARAHASAN, Manevi Tazminat, sh.62 ; REİSOĞLU, sh. 179 ; OĞUZMAN / ÖZ, sh.649

### (3) Şartları

**Bir kimsenin şahsiyet hakkına hukuka aykırı bir tecavüz bulunmalıdır.**

Şahsiyet kapsamına giren unsurlara tecavüzü ifade eder. Kişinin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğünün, özgürlüğünün, şeref ve haysiyetinin, resminin, özel hayatının gizliliğinin , sırlarının vb. tecavüze uğraması şahsiyet hakkını ihlal eder.<sup>314</sup>

**Bir manevî zarar bulunmalıdır.**

Önceki bölümlerde bahsedilmiş olan manevi bir zarar hali bulunmalıdır.

**İlliyet bağı bulunmalıdır.**

Tecavüz ile verilen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

**Davalının sorumlu olmasını gerektiren kusuru veya bir kusursuz sorumluluk durumu bulunmalıdır.**

Borçlar kanununun 49. md.sinin eski metnine göre, kişilik haklarının ihlali nedeniyle manevi tazminat istene bilmesi,ihlalin ağır kusurla olmasına bağlanmıştı oysa, 1988 yılında 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra kusurun ağırlığı şartı kaldırılmıştır.böylece hafif ihmalle de hareket edilmiş olursa bile sorumluluk doğar hale gelmiştir.

Değişiklikten sonraki madde metninde kusurdan hiç söz edilmemektedir. Ancak bundan kişilik haklarının kusursuz bir şekilde ihlali halinde dahi tazminat ödenmesi gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır.<sup>315</sup> bir kimsenin şahsiyet hakkına hukuka aykırı tecavüz sonucu uğranılan manevi zararı tazminle sorumlu

<sup>314</sup> OĞUZMAN / ÖZ, sh.651

<sup>315</sup> ÖNEN, sh.157 ; OĞUZMAN / ÖZ, sh.651

tutulabilmesi için, ya o şahsın tecavüz fiilini işlemekte kusuru bulunmalı yada kusursuz sorumluluk hali bulunmalıdır. Kusursuz sorumluluk hali olarak en fazla karşılaşılabilecek durum olarak B.K.md.55'de düzenlenen istihdam edenin sorumluluğudur.

B.K.md.49'da 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte, şahsiyet hakkına hukuka aykırı olan tecavüz nedeniyle uğranılan maddi zararın tazmini şartları ile manevi zararın tazmini şartları arasında isimden başka bir fark kalmamıştır.<sup>316</sup>

Bk. md. 49/3 : "Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir."

"Bir kişinin manevi tazminatı gerektirecek derecede üzüntü duyması mutlaka tedaviyi zorunlu kılacak bir ruhsal duruma düşmesini gerektirmez."<sup>317</sup>

Bk. md. 47' de ölenin "ailesinin de" manevi giderim isteyebileceği belirtilmekle birlikte doktrin ve uygulamada baskın görüş "ailesinin" kavramını "yakınları" şeklinde anlaşılması gerektiği yönündedir.<sup>318</sup>

Mk. Md. 24/II' ye göre : "Şahsiyet hakkı ihlal edilen rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan her tecavüz hukuka aykırıdır."

" Bir doktorun, insancıl amaçla da olsa, ölenin yakınlarından ya da mirasçılardan izin almadan cesedin gözlerini çıkarması, ölenin mirasçılarının ya da yakınlarının anılarına ve ölülerine duydukları saygıya bir tecavüz niteliğinde

<sup>316</sup> OĞUZMAN, / ÖZ, sh.651

<sup>317</sup> 3. HD.20.6.1989 T.102 E.6003 K. ;Karar, KARAHASAN, Maddi Tazminat, sh.610-611

<sup>318</sup> REİSOĞLU, sh 200

olup, bu davranış olanların kişilik haklarına yöneldiğinden, manevi tazminatı gerektirir.”<sup>319</sup>

### 3. Tazmin Şekilleri

Tazminatın şeklini tayin yetkisi hakime aittir(BK.md.43). çoğunlukla zarar para ile tazmin edilir. Aynen tazmine de duruma göre hakim kara verebilir.

#### a. Aynen Tazmin

Haksız fiil oluşmadan önceki durum yeniden ve aynen tesis olunur.<sup>320</sup>

#### b. Para İle Tazmin

Haksız fiil neticesi oluşan maddi zarar para ödemek suretiyle tazmin edilir . maddi zarar haksız fiil yapılmasaydı arz edeceği değere ulaştırılır.örneğin hatalı tedavi neticesi oluşan hata başka bir hekim tedavi ettirilerek tedavi giderleri ödenir.

Çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybedilmesi , yardımdan yoksun kalma durumlarında olduğu gibi devamlı olan bir zarar söz konusuysa en uygun tarz gelir bağlanmasıdır.<sup>321</sup> Ayrıca bir miktar para ve buna ilaveten gelir bağlanması da mümkündür. <sup>322</sup>

<sup>319</sup> KARAHASAN, Manevi Tazminat, sh.139; Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması, Nakli Hakkındaki 2238 S.K.'a bakınız.

<sup>320</sup> REİSOĞLU , sh.168

<sup>321</sup> OĞUZMAN,ÖZ, sh. 554

<sup>322</sup> REİSOĞLU, sh.168

## C. AKDE AYKIRI DAVRANIŞ DA TAZMİNAT

### 1. Genel Olarak

BK.md. 96 ya göre : 'Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen elde edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlamadıkça , bundan doğan zararın tazminine mecburdur.' Demek suretiyle akdi sorumluluğun kapsamını belirlemiştir.

Tedavi sözleşmesi gereği hekimin hukuki sorumluluğunun sonucu , Hekimin kusurlu bir tedavisi sonucunda yada üzerine düşen görevi ifa etmemesi sonucunda ortaya çıkan fiili zararın ve mahrum kalınan karın tazmininin istenmesi olacaktır.

### 2. Tazminatın Şartları

Buna göre ; borç tamamen veya gereği gibi ifa edilmemiş, alacaklı maddi ve / veya manevi zarara uğramış ,borçlu kusurlu olmalı ve ayrıca da borcun ifa edilmemesiyle alacaklının uğradığı zarar arasında illiyet bağı mevcut bulunmalıdır.

Borcun borçlunun kusuruyla imkansızlaşması veya hiç ifa edilmemesi halinde alacaklı BK.md. 96 ya göre oluşan zararın tazminini isteyebilir.

Hekimlik sözleşmesine göre ameliyat yapan bir hekim yanlış ameliyat yapması nedeniyle ikinci bir ameliyata yeni ameliyat masrafları fiili zararı ; ikinci ameliyat nedeniyle hastanın bir süre çalışmaması ise yoksun kalınan karı oluşturur.<sup>323</sup> dolayısıyla bunların tazmin edilmesi gerekir.

<sup>323</sup> EREN, CIII, sh.223



Tazminat tarzını ve miktarını taraflar kararlaştırmış olabilirler.bu anlaşma borca aykırılıktan önce ise ,cezai şart anlaşması , borca aykırılıktan sonra yapılırsa sulh anlaşması niteliğindedir.<sup>324</sup>

İfayı reddeden borçlu tıbbi müdahalede olduğu gibi borcunu şahsen ifa etme durumundaysa borcun ifasının reddi halinde , hasta BK:md. 96 ya göre zararın tazminini isteyebilir.<sup>325</sup>

Manevi tazminatı düzenleyen Bk. md. 47 sözleşme dışı sorumlulukta da uygulandığı gibi Bk. md. 98/II' nin atfı gereği sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygulanacaktır.

Tazminat konusunda, tıbbi müdahale neticesinde bizzat zarar gören şahıs tazminata hak kazanabileceği gibi, doğrudan doğruya zarar görenler de tazminat isteyebilirler..

Bk. Md. 46' ya göre, "cismani bir zarara duçar olan kimse külliyen veya kısmen çalışmaya muktedir olmamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyasını ve bütün masraflarını isteyebilir."

Artık beden üzerindeki değişiklik kadar örneğin, korkutma sonucu olarak kalp hastalığı, erken doğum, sinir bozukluğu gibi ruhsal etkiler ile sağlığın bozulması da Bk. md. 46/1 anlamında " cismani " zarar kapsamına alınmaktadır. Çünkü kişinin ruhsal durumu da artık beden bütünlüğü kapsamına dahil kabul edilmektedir.<sup>326</sup>

### 3. Tazminatın Kapsamı

Tazminatın kapsamı BK:md. 98'de şu şekilde ifade edilmiştir. ' Borçlu , genel olarak , her kusurundan mesuldür. Bu mesuliyetin kapsamı işin hususi

<sup>324</sup> OĞUZMAN,ÖZ, sh. 358

<sup>325</sup> REİSOĞLU, sh. 279

<sup>326</sup> OĞUZMAN,ÖZ, sh537 ; KARAHASAN, Maddi Tazminat , sh.154

niteliğine göre çok veya az olabilir.özellikle iş borçluya bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha az şiddetle değerlendirilir.’

Bk. md.98 / II’ ye göre, “ Haksız fiilden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur”.

Bu nedenle haksız fiillerden oluşan zararlar da tazminatın kapsamıyla ilgili söylenenler burada da geçerlidir

Alacaklıya ödenecek tazminat , hiçbir zaman zarar miktarını aşamaz.<sup>327</sup>

Akde aykırı davranışta ödenmesi gereken tazminatın üst sınırı ‘uğranılan zararın miktarı ‘dır. Hakim zarara uğrayanın birlikte kusuru (BK.md.44/1), borçlunun ekonomik durumunu (BK.md.44/2), kusurun ağırlığını (BK.md.43), zararı etkileyen şartların özelliğini, işin borçluya bir yarar sağlayıp sağlamadığını (BK.md.43 ve 98 ) değerlendirerek ödenecek tazminat miktarını azaltabilir . BK.md.44/1 belirtilen hallerde de tazminata hiç hükmetmeye bilir.<sup>328</sup>

Tazminatın şeklini tayin yetkisi hakime aittir(BK.md.43). çoğunlukla zarar para ile tazmin edilir. Aynen tazmine de duruma göre hakim kara verebilir.

## II. SORUMLULUĞU KALDIRAN VE AZALTAN ETKENLER

### A. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

Bu konu BK.md.99’ da düzenlenmiştir.

Sorumsuzluk sözleşmesinin tanımının yapacak olursak; tedavi sözleşmesinin ihlalinden doğan zararın gerçekleşmesinden önce alacaklı ve borçlu arasında açık veya kapalı olarak yapılan ve ilerde alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına tamamen veya kısmen

<sup>327</sup> EREN, CIII.sh.238

<sup>328</sup> REİSOĞLU, sh. 286 ; EREN , C III.sh.239

engel olan bağımsız olarak veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılan anlaşmaya sorumsuzluk sözleşmesi denilmektedir.<sup>329</sup>

Sorumsuzluk anlaşması borçlunun sözleşmeden doğan asli edim yükümünü hiçbir şekilde azaltmayacağı, eksiltmeyeceği ya da değiştirmeyeceği gibi borçlunun yani doktorun özen yükümünü de kaldırmaz, azaltmaz,değiştirmez.<sup>330</sup>

Gerek eser sözleşmesinde gerekse vekalet sözleşmesinde ancak hafif ihmal durumu sorumsuzluk sözleşmesine konu olabilir.<sup>331</sup>

Sorumsuzluk sözleşmesinde herhangi bir şekil şartı aranmamıştır.<sup>332</sup>

Sorumsuzluk sözleşmesinde vekaletin içeriği, bu sözleşmedeki güven unsuru, vekilin kendisinin hafif, yardımcılarının ise ağır hatta her çeşit kusurundan sorumlu tutulmamasını ön gören şartlarla bağdaşmayacağı haklı olarak ileri sürülmektedir. Böyle bir durum yine haklı olarak güveni ortadan kaldıracak niteliktedir. Bu nedenle, uzmanlığı gerektiren meslekleri icra edenlerin kendilerinin hafif veya yardımcılarının ağır kusurundan sorumlu tutulmayacaklarına ilişkin şartlar geçerli sayılmayacakları belirtilmektedir. Burada özellikle doktorların hastanın ölmesiyle sonuçlanan müdahalelerinde, akit dışı sorumlulukları bakımından sorumluluktan kurtulma şartından yararlanamazken, vekalet sözleşmesinden doğan sorumlulukları için bu şartları öne sürebilmeleri hakkaniyete aykırı bir ikilik şeklinde görüldüğü de doktrinde belirtilmektedir.<sup>333</sup>

Borçlunun yardımcı şahısların fiilinden doğacak zarardan tamamen veya kısmen sorumlu olmayacağını öngören anlaşmalar geçerlidir.( BK.md.100/2 )

<sup>329</sup> EREN, C.III, sh.259; AKMAN, sh.7

<sup>330</sup> AKMAN,sh.9

<sup>331</sup> AKMAN, sh.11

<sup>332</sup> EREN, C.III, sh.261

<sup>333</sup> TANDOĞAN,C.II, sh.433-434

BK.md.100/3 ' e göre ; alacalı ,borçlunun hizmetinde ise veya sorumluluk hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatla uğraşmaktan doğuyorsa ,borçlu,sözleşmeyle , ancak hafif bir kusurdan doğan sorumluluktan kendisini kurtara bilir.

BK.md.99 /II' ye göre eğer söz konusu şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya sorumluluk hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından doğmakta ise, hafif kusurdan kurtulma şartına hakim takdir yetkisini kullanarak geçersiz sayabilecektir. <sup>334</sup>

## B. RIZA

Aşağıda müterafık kusur halleri başlığı altında incelenmiştir.

## C. ZARURET

Doktor, faaliyeti gereği mesleki görevini zaman, mekan, konu bakımından çok değişik şekillerde icra etmek zorundadır. Burada doktor bu faaliyetlerini icra ederken pek çok acil ve kaçınılmaz durumlara karşılaşabilecektir. Eğer ki doktor böyle bir zorda kalma durumunda, tehlikeyi azda olsa önleme olasılığı varsa mesleki görevinin gerektirdiği her türlü faaliyeti tereddüt etmeden yerine getirmelidir. Böyle bir zorda kalma durumu doktorun fiilinin hukuka uygunluk sebebi olacaktır.

Şuurunu kaybetmiş bir hastaya hekimin acilen yapmak durumunda kaldığı ameliyat vekaletsiz iş görmeye sokulabildiği gibi <sup>335</sup> bu örnek aynı zamanda zorda kalma durumuna örnek olarak verilebilir.

<sup>334</sup> ŞENOCAK, sh.95

<sup>335</sup> EREN,C.İI, sh.271

## D. TAZMİNAT MİKTARININ AZALTILMASI VEYA KALDIRILMASI

### 1. Genel Olarak

B.K.md.43 'e göre hakim hal ve mevkiin icabını göz önünde tutarak tazminatın şeklini tayin edeceğini daha önce belirtmiştik. , bunu yaparken de hakim tarafların maddi durumunu , kusurun ağırlığını, zararın mahiyetini göz önünde bulunduracaktır.

Hakim bazı şartların mevcudiyeti halinde tazminatı azaltabilir veya tazminata hiç hükmetmeyebilir. Bunlar ; zarara uğrayan şahsın müterafık kusur hallerinin bulunması veya hakkaniyet düşüncesidir. ( B.K.md.44 )

### 2. Müterafık Kusur

#### a. Kavramı

Müterafık kusur, zarara uğrayan kişinin zararın oluşmasına tesir etmiş olan bir hareket tarzıdır.<sup>336</sup>

#### b. Müterafık Kusur Halleri

B.K.md.44/l ' e göre şunlardır.

#### (1) Rıza

BK.md.41/l 'de zarar görenin buna rızasının , hukuka uygunluk sebebinin oluşturacağı düzenlenmiş değildir. Bunun birlikte , BK.md.44/l' deki düzenlemede ise ,zarar görenin rızasının tazminat miktarını azaltıcı yada kaldırıcı niteliğine yer vermiştir.<sup>337</sup>

<sup>336</sup> ÖNEN,sh.148

<sup>337</sup> EREN,C.İl, sh.269 : AŞÇIOĞLU , sh.128 ; “...İşin niteliği ve özelliği doktorun kültür düzeyi ve topluma karşı yüklendiği görevler gözetildiğinde tazminatın tamamen kaldırılması söz konusu olmamalıdır.”

Esas itibari ile zarara uğrayan kişinin haksız fiile rıza göstermesi halinde fail meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamayacaktır. Örneğin bir şahıs hiç gereği yokken diş hekimine gidip dişlerini çektirirse ve sonradan pişman olup diş hekiminden tazminat istemeye kalkarsa bu zararı arzu ettiği için , diş hekimini sorumlu tutulamaz.<sup>338</sup> Sorumluluğu kaldırma açısından razı olmanın da sınırları vardır.

Anayasanın 17.nci md.si; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağını, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını düzenlemiştir..

Şahsiyeti koruyan bir hükme aykırı olarak yapılan bir akit; emredici hukuk kaidesine aykırıdır. Böyle bir hüküm bulunmasa bile şahsiyete aykırı bir konu içeren bir akit hükümsüzlük müeyyidesine uğrar. Çoğu zaman bu durumlarda ahlaka aykırılık da vardır. Mesela ,uygun olmayan bir ameliyata razı olma böyledir.<sup>339</sup>

MK. nun 23.ncü md.si; kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini ve kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini veya onları hukuka yada ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağını düzenlemiştir.

Ehliyetsizlik , irade beyanındaki sakatlık, şahsiyet haklarına aykırılık gibi hallerde mağdurun rızası BK.md.19-20 e göre hükümsüzse, bu halde mağdurun rızası fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Hastanın rızası ,vucut bütünlüğüne vaki tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını önler ancak bunun için müdahale gerekli olmalı ve tıbbi gereklere uygun olarak icra edilmelidir.<sup>340</sup>

<sup>338</sup> ÖNEN,sh.148

<sup>339</sup> OĞUZMAN,ÖZ, sh.73

<sup>340</sup> OĞUZMAN,ÖZ, sh.482-483

Bu nedenle kişilik haklarından vazgeçmek ve bu haklara yapılacak zararlara razı olmak, bu davranış için hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Zira rıza gösterme, ancak rızayı beyan eden şahsın üzerinde tasarruf edebileceği haklara ilişkin olduğu takdirde muteberdir. O halde rıza, emredici hukuk kurallarına, ahlaka ve özellikle şahsiyet haklarına aykırı olmamalıdır.<sup>341</sup> Mesela kanser hastalığı nedeniyle çok acı duyan bir hastanın bu acılara dayanamayarak bir hekimle anlaşıp onun yapacağı bir iğneyle ölmeye rıza göstermesi halinde, bu rıza kişilik haklarına aykırı olduğu için, MK.md.23 ve BK.md.20 uyarınca geçersizdir. Ancak, bu gibi kişilik haklarının ihlali, üstün düşünce ve amaçlarla oluyorsa, rıza hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Mesela, hastanın aydınlatılması koşuluyla, ameliyat veya ananın sağlığı nedeniyle yapılan kürtaj fiillerinde durum böyledir.<sup>342</sup> MK.md.23 gereği de kişilik haklarından kesinlikle vazgeçilemez. Böyle bir rıza BK.Md.44 gereği sadece tazminatın miktarına etki edebilir yani birlikte kusur kabul edilebilir.

Zarara rıza, zararın vukuundan önce olmalıdır.Sonradan verilen icazet(rıza ) fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.<sup>343</sup>

Ortaya çıkan zarar rızanın uygun sonucu olmalıdır. Rıza beyanı ile uygun illiyet bağı olduğu müddetçe tazminattan bu sebeple indirim yapılabilecektir.<sup>344</sup>

Zarar görenin rızasında bir şekil şartı aranmamaktadır. Rıza geçersiz dahi olsa birlikte kusur sayılabilir ve bu sebeple tazminatın tenkisine yol açabilir.<sup>345</sup>

## (2) Zarara uğrayanın (Hastanın) Zarara Sebep Olması

Zarara uğrayan şahsın fiili zararın meydana gelmesine sebep olmuşsa hakim duruma göre ya tazminatı azaltabilir veya hiç tazminata hükmetmez.

<sup>341</sup> AKMAN, sh.22

<sup>342</sup> EREN,C.II, sh.270-271

<sup>343</sup> OĞUZMAN/ÖZ, sh.485

<sup>344</sup> OĞUZMAN/ÖZ, sh.557; EREN,C.II, sh.351

<sup>345</sup> EREN,C.II, sh.351 ;OĞUZMAN/ÖZ, sh.558;

<sup>346</sup>Mesela ; hasta alması gereken ilaçları almaması nedeniyle zarar oluşmuşsa durum böyledir.

### **(3) Zarara uğrayanın (Hastanın) Zararın Çoğalmasına Sebep Olması**

Hekimin fiili sonucu zarar meydana gelmiş ancak hastanın yapması gerekenleri yapmadığından zarar çoğalmıştır. Burada hekimi çoğalan zarardan sorumlu tutmak hakkaniyete aykırıdır. Ancak zarara uğrayan hastanın alacağı tedbirler normal bir insanın alacağı tedbirlerdir yoksa hekim gibi durumu görüp tedbir alması düşünülemez.<sup>347</sup>örneğin , bir operasyon sonrası ameliyat yeri hekimin alması gereken tedbirleri almaması nedeniyle enfeksiyon kapmış hastada hemen bir hekime gitmeyerek o uzvun kaybedilmesine sebebiyet vermişse durum böyledir.

### **(4) Hakimiyet Düşüncesi**

B.K.md. 44/2 belirtilen şartların varlığı halinde de yani, zararın meydana gelmesinde failin ağır bir kusurunun , ağır bir ihmalinin olmaması hallerinde veya failin ( doktorun ) müzayakaya maruz kalması halinde zararın tamamından sorumlu tutmak hakkaniyete aykırı olabilir.

## **E. TIBBİ EYLEMLERDEN DOĞAN ZARARLAR İÇİN SORUMLULUK SİGORTASI**

Sigorta hukukunun genel ilkelerine göre, kural olarak yasa aksine düzenleme olmadıkça ve ahlaka, adaba aykırılık olmadıkça her türlü menfaat sigortalanabilir.

Ne yazık ki bu konuda ülkemiz mesafe kat etmemiştir. Oysa ki tıbbi bir el atma sonucunda bir tarafta aciz hasta diğer tarafta doktor vardır. Fakat hastanın acizliğinin yanında yüzlerce ameliyat yapan doktorunda faaliyetinin korkusuzca

<sup>346</sup> ÖNEN,sh.149

<sup>347</sup> ÖNEN,sh.149



(fakat tabi ki mesleki bilgi ve görgü kurallarına göre yerine getirmek şartıyla) yerine getirilmesi için güvenceye ihtiyacı vardır. Bu güvence ise ufak bir miktar ödenen sigorta primi karşılığı sigorta şirketinde aktüerya hesabına göre yapılan sigorta faaliyetiyle pek tabi ki kolayca sağlanılabilecektir.<sup>348</sup>

Karayolları Trafik Kanununun 91 vd. düzenlenen mecburi trafik sigortası bu konuya örnek teşkil edebilir.

### III. TIBBİ YARDIM SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİREN NEDENLER

Tedavi sözleşmesi bir vekalet sözleşmesi olarak kabul edilince, kendine özgü sebepler bulunmadığı müddetçe, kural olarak burada da aynen vekaleti sona erdiren nedenler geçerli olacaktır.<sup>349</sup>

Bu durumda diğer sözleşmelerde olduğu gibi; sözleşmenin ifası, azil, istifa sözleşmeyi sona erdirebilecektir.

BK.md.396 : Vekaletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir. Şu kadarki münasip olmayan bir zamanda vekaletten azil veya ondan istifa eden kimse diğerinin zararını zamin olur.

TDN.md.19 : Tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir.

Ancak, bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesini imkan verecek zamanı evelden hesaplayacak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde, hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez.

<sup>348</sup> EREN,C.II, .sh.25 vd ;OĞUZMAN / ÖZ., sh.469; TANDOĞAN , Mesuliyet, sh.95.

<sup>349</sup> ÖNEN, sh.321; ARAL, sh.432

Hastayı bu suretle terk eden tabip ve diş tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği taktirde, tedavi zamanına ait müşahede notlarını verir.

Gerek BK.md.396/I gerekse TDN.d.19/I de görüldüğü üzere vekalet akdi karşılıklı güven esasına dayanan bir akittir ve hasta hekimine azledebileceği gibi hekimde her zaman kural olarak istifa edebilir.

Hastanın herhangi bir zamanda hekimini serbestçe azledebilmesine karşın hekim uygun olmayan zamanda istifa ederse tazmin sorumluluğu ile karşılaşacaktır.<sup>350</sup>

Taraflardan birinin ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya iflası da (BK.md.386 vd.) sözleşmeye son veren nedenlerdendir.

Yalnız şuna dikkat etmek gerekir ki sona erme sebepleri arasında yer alan ehliyetini kaybetme unsuru sadece hekim açısından söz konusudur. Çünkü bu unsuru hasta açısından geçerli kıldığımız durumda fiilen uygulama imkansızlığı kendini gösterecektir. Çünkü zaten ameliyat olan bir hasta , hatta ayakta tedavi olan bir hasta dahi elbette ki tam sıhhatli bir şekilde düşünemeyebilecektir.

İlk. md.82-83' de düzenlenen cebri icra durumunda da bu doktor yönünden sözleşmeyi fesih sebebi sayılamayabilecektir. Çünkü gerek bu maddelerdeki hükümlere göre gerekse icra hukukunun genel ilkelerinden sayılan ve yaptığı meslek ekonomik teşebbüsten ziyade şahsi çalışma ön planda olan türden faaliyetlerde, faaliyeti icra etmeye yarayan araç ve gereçler icra dışıdır. Dolayısıyla doktorun mesleğini yapması için gerekli olan araç ve gereçleri de cebri icra dışıdır.

<sup>350</sup> BELGESAY, Mesuliyet , sh.79

İflas durumunda doktor açısından yukarıdaki paragraftaki hükümler geçerli iken, hasta açısından, hastanın iflası durumunda; eğer hastanın tedavisi doktor için fazla bir masraf teşkil etmeyecekse tedavi sona erdirici nitelikte sayılmamalıdır.

Vekalet sözleşmesinin tipik-atipik ayrımı yapılarak da sonuca gidilmektedir ve şahsa sıkı sıkıya bağlı nitelikte olan (mesela doktor, avukat,...) vekaletler tipik olup, bunlarda her zaman geri alınabilme emredici nitelikte olduğu hakim fikir olarak kabul görmektedir.<sup>351</sup>

## SONUÇ

Tez çalışmasında "Muayenehane ve Özel Hastane de Verilen Tıbbi Yardımlarda Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğu " konusu Türk doktrini başta olmak üzere doktrin ve uygulamayı dikkate alarak, tıbbi yardımların tarihi gelişiminden başlanmak üzere tıbbi yardım müdahalelerinin hukuki yönü incelenmiştir. Ayrıca tıbbi yardım müdahalelerini oluşturan "hekim tarafından gerçekleştirilmiş olmak" unsuru hekimlik yetkisi ve özel hastanelerde hekimlik olmak üzere açıklanmıştır.

Her ilmin bir tarihi olduğu gibi geçmişten günümüze kadar sürekli gelişip gelen tıp ilminin de bir tarihi olup, başlangıcı insanlık tarihi kadar eskidir. Amacı insanın yaşamını tehdit eden hastalıkları ve yaraları iyileştirme olan tıp ilmi, çeşitli evrelerden geçerek bugünkü gelişmiş seviyesine ulaşmıştır. Hekimin tıbbi yardım müdahaleleri sırasında bazı istenmeyen eylemleri hastaya zarar verebilmektedir. Kusur şartına bağlı olan bu zarar verici eylemler günümüzün çağdaş hukuk düzeni ile hukuki ve cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Hekimin sorumluluğu, ilk insanlık dönemlerinde başlangıç göstermiş ve kusur sorumluluğu ile gelişmiş ve bugünkü kusursuz sorumluluk ile de çağdaş seviyesine ulaşmıştır.

---

<sup>351</sup> ARAL, sh.433

Hukuk düzeni tarafından kendisine tıbbi müdahalede bulunma yetkisi verilen hekim, tıp ilminin uygulayıcısıdır. Tıbbi müdahalede bulunmak için her ülke kendi hukuk mevzuatına göre hekimlik yetkisi ile ilgili hükümler getirmiştir. Türk hukuk mevzuatına göre de TC. hekimlik ve diş hekimliği yapabilmek için bazı şartlar aranmaktadır. Bunlar hekimlik yapacak şahsın TC. vatandaşı olması tıp fakültesi diplomasına sahip olması, tabip odasına kayıtlı bulunması ve hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamasıdır. 1219 sayılı T.Ş.S.T.İ.D.K.' da yer alan bu şartlar tıbbi müdahalede bulunmanın ayırıcı unsurlarıdır. Tıbbi müdahalede bulunacak şahsın hekimlik yetkisine sahip olması gerekir. Ayrıca bir hekimlik dalında uzman olarak faaliyetini yürütmek isteyenler için ise 1219 sayılı yasanın 8. maddesinde "uzmanlık belgesi" aranmaktadır.

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmek amacıyla toplu tedavi hizmetinin yapıldığı özel hastanelerde kurulmuştur. Özel hastaneler, Tababet Uzmanlık tüzüğünde gösterilen hastaları ya da tıbbi yardım isteyenleri tedavi ederler.

Tıbbi müdahalenin uygulayıcısı olan hekim ile hasta arasındaki tedavinin hukuki niteliği akit ve akit dışı olmak üzere iki ayrı hukuki temele dayandırılabilir. Bunlardan hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin özellikleri dikkate alındığında tedavi akdinin hukuki niteliğine en uygun vekalet akdinin uygun düştüğü açıkça görülür. Hekim tedavi akdiyle hastayı, bir bağımlılık ilişkisi bulunmadan eser sözleşmesi anlamında bir sonuç taahhüt etmeksizin, güven unsurunun yer aldığı vekalet sözleşmesi ile tedaviyi üslenmektedir. Vekalet akdinde vekil müvekkilin menfaatine ve onun iradesine uygun bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve bağımsız olarak yapma borcunu yüklenmektedir. Vekalet sözleşmesi bu özelliği ile hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesine en uygun olan akitir. Hekim ile hasta arasında karşılıklı güven ilişkisi, hastanın gerektiğinde hekimi azli ve hekimin de istifa edebilmesi tedavi sözleşmesini bir vekalet akdi olduğunu göstermektedir. Ayrıca; BK. md. 386/2' e göre yasadaki tip sözleşmelerin herhangi birine girmeyen iş görme

sözleşmelerine vekalet akdi hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir. Estetik ameliyat ve diş hekiminin protezle birlikte tedaviyi yüklenmesi hallerinde tedavinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Estetik ameliyatta asıl amaç; ruhsal olarak kişinin kendisini iyi hissetmesinin sağlanmasıdır. ve ayrıca; olağan operasyon komplikasyonlarının (anestezi komplikasyonu) mevcudiyeti nedeniyle sonucun garanti edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle estetik ameliyatlarına vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Oysa protez yapımında yukarıda bahsedilen nitelikte bir komplikasyon yoktur ve protezin uygun olması ile ilgili sonuç borcu söz konusudur. Bu nedenle diş tedavisi ile ilgili kısma vekalet protez yapımı ilgili hususa ise istisna hükümleri uygulanmalı ve bu tür sözleşmeler karma sözleşme sayılmalıdır.

Özel hastanelerde çalışan hekim ile hasta arasında tedavinin hukuki niteliği de tartışmalıdır. BK. md.390/3' e göre vekalet sözleşmesine göre vekil üslendiği işi bizzat kendisi yapmalıdır. Özel hastanelerde asıl edim borcu olan tedavi borcunun özel hastane üslendiği ve hekimin tedavi borcunda fer'i nitelik taşıdığı ve ifa yardımcısı olduğu sorunun BK. md.100 ve 55' e göre çözüme kavuşturulacağı ileri sürülmektedir. Doktorun sorumluluğunu ifa yardımcısı olarak BK. md.100' e dayandırmak tedavide asli unsur doktor olması nedeniyle bu meslekte bağdaşmaz. Bize göre özel hastanede çalışan hekimin uyguladığı tedavi ile serbest çalışan hekim ile hasta arasındaki tedavi arasında fark olmadığından vekalet akdi uygulanmalıdır. Yine Bk.md.390 / 3' e göre adet başkasını kendi yerine ikameye müsait olması halinde vekilin vekaleti başkasına yaptırabilmesine cevaz verilmiştir. Özel hastaneler kanunu md.12 "tedaviyi birinci sınıf uzman tabiplerine tevdi edeceklerinin, kendisine bakımı tevdi edilen uzman tabibin bu hastaların tedavisinden sorumlu olduğunu" belirterek özel hastanelerin görevi hastayı bir uzmana tevdi etmek olduğunu açıklamıştır. Buradan da her ne kadar özel hastane hekim ilişkisi hizmet sözleşmesine dayansa da hekim ile hasta arasında vekalet hükümlerinin uygulanması tedavi sözleşmesinin özellikleri gereğidir.

Hekim ile hasta arasında açık veya zımni bir tedavi sözleşmesi olmadığı taktide aradaki hukuki ilişkinin niteliği akid dışı sorumluluk ilkeleri ile çözümlenecektir. Acil bir vak' a söz konusu olup da hekimin tıbbi müdahale zorunda kalması durumunda vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır. Akit dışı sorumluluk durumunda; BK. md.41 gereğince haksız fiil hükümleri uygulanacaktır. Hekimin tıbbi müdahalesi bir tedavi sözleşmesine dayanmıyorsa, zorunlu durum vb. şartlarla vekaletsiz iş görme de mevcut değilse hekim verdiği zarardan haksız fiil esaslarına göre sorumlu olacaktır. Haksız fiil geçerli bir tedavi sözleşmesine dayanan tıbbi müdahale esnasında da ortaya çıkabilir. Hatalı bir operasyonla hastanın beden bütünlüğüne zarar verilerek sakat kalmasına neden olan hekim sözleşmeye aykırı davranmanın yanında zarar verici davranışı aynı zamanda haksız fiilde oluşmaktadır. Bu durumda vekalet sözleşmesi hükümleri ile haksız fiil hükümleri yarışır. Tıbbi müdahalenin geçerli bir akde dayanmadığı acil durumlar ile ameliyatın genişletilmesi gibi bazı durumlarda hekim hastanın menfaatine uygun şekilde tıbbi müdahalede bulunması halinde hukuki ilişki vekaletsiz iş görme hükümlerine göre çözümlenecektir. Bu tür müdahaleler açısından Alman ve İsviçre hukukunda da vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı kabul görmektedir. Yapılan tıbbi müdahale hastanın menfaatine uygun, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan bir tedavi ise caiz olan vekaletsiz iş görme, menfaate aykırı yada hastanın rıza göstermediği hukuka aykırı olan müdahalelerde ise caiz olmayan vekaletsiz iş görme söz konusu olup hukuki vasıf da değişmiş olacaktır. Caiz olmayan vekaletsiz iş görme durumlarında haksız fiil hükümleri uygulanmalıdır.

Tedavi sözleşmesinin kuruluşu diğer sözleşmelerde olduğu gibi genel esaslara tabidir. Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile sözleşme kurulmuş olur. Tedavi sözleşmesinin belli bir şekli yoktur. Şekil serbestisi geçerlidir. B.K.md.387' ye göre vekile tevdi edilen işin idare hususunda, vekilin resmi bir sıfatı varsa veya işin icrası meleğinin icrasından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekalet vekil tarafından derhal reddedilmedikçe

kabul edilmiş sayılır. Şekil serbestisinin geçerli olduğu tedavi sözleşmesinde ilgili kanun ve tüzüklerde şekle ait hususlar düzenlenmiştir.

Bütün akitlerde aranan muteberlik şartları tedavi sözleşmesinde de geçerlidir. Bunlar: ehliyet, akdin konusu emredici hukuk kaidelerine, kamu düzenine, genel ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırı olmamalı, akdin konusu imkansız olmamalı, irade beyanları sıhhatli olmalı, muvazaa bulunmamalıdır. İrade fesadı halleri olan hata hile ikrah hükümleri tedavi sözleşmesine de uygulanmaktadır.

Hekim, tedavi sözleşmesinde asıl edim borcu olan hastayı tedavi etme borcu atındadır. Bunun yanında geçerli bir tedavi sözleşmesinden bahsedebilmek için hastanın rızasının da alınmış olması gerekir. Hastanın rızasının geçerliliği için doktor tarafından tıbbi müdahale konusunda aydınlatılması gerekir. Tıbbi müdahaleler kişinin vücut bütünlüğü ile ilgili olduğu için tedavi amaçlı olmalı ve hukuka uygunluğu sağlayacak rızanın da alınmış olması gerekir. Hata aydınlatılırken uygulanacak tedavinin içeriği, tedavi olunmaması halinde yaşanabilecek tehlikeler hastaya anlatılmalı, hekim vereceği bilgilerle hastayı karar verebilecek noktaya getirmelidir. Hekim tedavi etme borcunu belli bir sadakat ve özen içerisinde yerine getirmelidir. B.K. md.390 / 2' ye göre vekil müvekkile karşı vekaleti hüsnü suretle ifa ile mükellef olduğu belirtilmiştir.

Hekim tıbbi müdahalede hastaya hesap vermekle de yükümlüdür. Tedavi faaliyeti sırasında elde ettiği tetkik, teşhis ve muayene bulgularını ve aldığı tedbirlerin kayıtlarını tutmak zorundadır. Sadakat borcunun uzantısı olarak sır saklama borcu da hekimin yükümlülükleri karşısındadır. Hekim hastanın rızası olmadan hastalığını ve kayıtlarının yakınları dahi kimseye gösteremez.

Tedavi gören hastanın, hekim ile vekalet ilişkisi gereği kararlaştırılmış ise ücret ödeme borcu vardır. Vekalet akdi ivazsız da olabilir. Ancak B.K.md. 386 / 3' e göre mukavele veya teamül varsa, vekil ücrete hak kazanır. Vekilin vekaleti

icra ederken yapmış olduğu masrafların kendisine ödemesi, vekilin yüklendiği borçlardan kurtarması ve vekilin vekaleti icra ederken uğradığı zararları gidermesi vekalet verenin yükümlüdür.

Hekimin hukuki sorumluluğunun akdi sorumluluk akit dışı sorumluluk vekalet iş görme ve kusursuz sorumluluk olmak üzere dört ana başlık altında ele alınabilir. Hekimin akdi sorumluluğu tedavi sözleşmesine dayanmaktadır. Bu akitle taahhüt altına girmiş olan tarafın, akdi yükümlülükleri ihlal etmesi (hiç veya gereği gibi ifa etmemesi) sonucunda karşı akide vermiş olduğu zararın tazmin yükümlülüğüdür. Hekimin akdi sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için geçerli bir akit olması akdin ifa edilmemiş olması ihlal neticesi zararın ortaya çıkmış olması, ihlalde kusurun olması ve zararla bu zarara sebebiyet veren eylem arasında illiyet bağının olması gerekir. Hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı ve vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanamadığı hallerde sorumluluk B.K. md. 41 vd. genel haksız fiil hükümleri uygulanacaktır.

Acil durumlarda tıbbi müdahale esnasında, hastanın rızası alınmadan, onun menfaatine uygun müdahalede bulunma gereği olabilir. Buradaki hukuki ilişki vekaletsiz iş görmeye dayanmaktadır. Zorunlu durumlardaki tıbbi müdahale hastanın menfaatine uygun olduğu için rıza olmasa dahi yapılan tedaviyi hukuka uygun hale getirir. Hekim sözleşme ilişkisinde olduğu gibi, rızaya dayanmayan vekaletsiz iş görme durumlarında da aynı özen ve dikkati göstermekle yükümlüdür.

Hekimin akit dışı sorumluluğunda haksız fiilden sorumlu olabilmesi için öncelikle olumlu yada olumsuz bir davranışı olmalıdır. Uygulanan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı, hekimin kusurlu olması, hastanın bu eylemden bir zarar görmesi ve zarar ile eylem arasında illiyet bağının olması haksız fiilden sorumluluk için gerekli şartlardır.



Hekimin yardımcı şahıslar üzerindeki denetim ve gözetim ödevinden doğan sorumluluğu, objektif denetim ve gözetim ödevini yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır. Hasta bakıcı, hemşire gibi yardımcı şahısların verdikleri zarardan hekimde akdi ilişkinin mevcut olup olmamasına göre sorumluluğu bulunmaktadır. Hekimin istihdam eden sıfatıyla çalıştırdığı yardımcı şahısların eylemlerinden B.K. md.55' e göre kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır. Yardımcı personelin sözleşmeye aykırı eylemin nedeni ile doğan zarardan hekimin kusursuz sorumluluğu B.K.md.100' de düzenlenmiştir. Hekimin eser maliki sıfatıyla sorumluluğundan B.K.md.58 göre kullandığı tıbbi aletle makinelerdeki bakım ve yapım eksikliklerinden doğan zararlardan sorumluluğu kusursuz sorumluluk hallerindedir.

Hekim tıbbi tedavi nedeniyle yol açtığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Bu tazminat yükümlülüğü, taraflar arasındaki akdi ilişkiye aykırılıktan veya haksız fiilden kaynaklanabilir.

Hasta uğradığı zararı aradaki akdi ilişkiye aykırılıktan dolayı B.K.md.96 hükmüne göre tazmin edilmesini talep edebilir.

Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin olmadığı hallerde ortaya çıkan zarar haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilir. Hasta uğradığı zarar nedeniyle maddi ve manevi tazminat talep edebilir. Tazminat miktarı, uğranılan zararın kapsamı, zarara uğrayanın birlikte kusuru, kusurun ağırlığı dikkate alınarak hakkaniyete göre tespit edilir.

Tıbbi müdahale sırasında hasta cismani zarara uğrayabilir veya ölebilir. Bu durumda B.K. md.47' ye göre manevi tazminat da talep edebilir.

Tıbbi müdahale neticesinde bazı istenmeyen olaylar ortaya çıkabileceğinden önceden hekim ve hasta yaptıkları akit ile hukuki sorumluluğu azaltabilirler veya tamamen ortadan kaldırabilirler. Hekimin hukuki sorumluluğunu kaldıran ve azaltan etkenleri, sorumsuzluk anlaşması, rıza ve

zaruret hali olarak sınıflandırabiliriz. Hekim ve hasta tıbbi müdahaleden önce ortaya çıkabilecek tazminat talebini açık veya zımni anlaşma ile bertaraf edebilirler. B.K. md.99' a göre taraflar ancak hafif ihmal durumunu sorumsuzluk sözleşmesine konu yapabilirler. Ancak alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya sorumluluk hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen sanatın icrasından doğmakta ise, hafif kusurdan kurtulmayı ön gören sorumsuzluk sözleşmesini hakim takdir yetkisine göre geçersiz sayabilecektir. Borçlunun yardımcı şahısların fiilinden doğacak zarardan tamamen veya kısmen sorumlu olmayacağına dair yapılan anlaşmalar geçerlidir. Ancak B.K. md.100' e göre sorumsuzluk anlaşması ile her türlü kusur konu edilerek, sözleşmeye dayanan borçların ifasında yardımcı şahısların kusurlarından doğan zararlar tamamen veya kısmen bertaraf edilebilir. B.K. md.100 / 3' e göre hekim ancak hafif bir kusurundan doğan zarardan kendisini kurtarabilir.

Hastanın rızası, vücut bütünlüğüne vaki tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını önler ve hekimin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırır. Ancak bunun için müdahale gerekli ve tıbbi gereklere uygun olmalı rıza emredici hukuk kurallarına, ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırı olmamalıdır. Hastanın rızası hukuka göre geçerli bir rıza değilse hekim sorumluluktan kurtulamaz.

Acil ve kaçınılmaz durumlarda, hastanın rızası alınması mümkün olmadığı için yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu zaruret halinden kaynaklanmaktadır. Zaruret halinde hekim aynı özen ve itinada bulunduğu taktirde sorumluluk doğmayacaktır.

Ayrıca ; müterafik kusur hallerinin ( rıza , mağdurun zarara veya zararın artmasına sebebiyet vermesi ve hakkaniyet düşüncesi ) varlığı, tazminat miktarını azaltabilir veya ortadan kaldırabilir .

Tıbbi eylemlerden doğan zararlar için, hastanın acizliğinin yanında yüzlerce ameliyat yapan doktorunda korkusuzca faaliyetini yerine getirmesi için sorumluluk sigortasına ihtiyaç vardır. Ortaya çıkan zararın tazmini sorumluluk sigortası ile güvence altına alınarak tarafların acizliği önlenmiş olacaktır. Bu konuda tıbbin müdahalelerden doğan zararın, sigorta ile güvence altına alınması gerekmektedir.

Tedavi sözleşmesi bir vekalet sözleşmesi olarak kabul edilince kural olarak vekaleti sona erdiren sebepler tedavi sözleşmesi içinde geçerlidir. Sözleşmenin ifası azil, istifa, taraflardan birinin ölümü, ehliyetini kaybetmesi gibi nedenler tedavi sözleşmesini sona erdirir. Ancak ehliyetini kaybetme unsuru sadece hekim açısından geçerli olmalı, sıhhatli olmayan hasta yönünden bu unsur sözleşmeye etkili olmamalıdır. Hastanın ifasında da, tedavi doktor için fazla bir masraf teşkil etmeyecekse tedavi sözleşmesini sona erdirmemelidir.



## KAYNAKÇA

- **BELGESAY, M.R.** : Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1953 (BELGESAY, Mesuliyet)
- **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, 10. C, Milliyet yayınları
- **DURDU, H.** : Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk, İZMİR 1986
- **EREN, F.**: Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, İstanbul 1994 , (EREN, C.I)
- **EREN, F.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler , Cilt II, Ankara 1986 (EREN, CII)
- **EREN, F.** : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (EREN, Uygun İliyet Bağı)
- **EREN, F.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.III, İstanbul 1994 (EREN, C.III)
- **FEYZİOĞLU, F.N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1976
- **GÜRDİLEK, R.** : "Kendi Organını Kendin Yap" , TÜBİTAK yayınları, Bilim ve Teknik Dergisi, Ankara 1999, Ekim S., sh.55
- **GÜRKANLAR, M.** : Bir Zarara Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu, ANKARA 1982,
- **KANETİ, S.** : Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, 1980
- **KARAHASAN, M.R.** : Manevi Tazminat-Öğreti-Yargıtay Kararları, İstanbul 2001 (KARAHASAN, Manevi Tazminat)
- **KARAHASAN, M.R.** : Maddi Tazminat-Öğreti-Yargıtay Kararları, İstanbul 2001 (KARAHASAN, Maddi Tazminat)
- **Khalkedon Tıp Tarihi** ,çev.GÜDÜCÜ, N, Hürriyet Yayınları, 1998
- **KÖPRÜLÜ, Ö.** : Hekimin Hukuki Sorumluluğu, İBD, 1984, C.58, S.10-11
- **OĞUZMAN, M.K.,/ ÖZ, M.T.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul ,1998
- **OLGAÇ, S.** : İstisna Adi, Ankara 1977, (OLGAÇ, İstisna)

- **OLGAÇ, S.** : Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar,C.III., Ankara 1969 (OLGAÇ, Borçlar)
- **ÖNEN, T.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999
- **ÖZSUNAY E.** : Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983
- **REİSOĞLU, S.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler ,İstanbul 1997
- **SARIAL, E.** : Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986
- **ŞENOCAK, Z.** : Özel Hukuk' ta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998,
- **TANDOĞAN, H.** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1/1, Ankara 1985, (ANDOĞAN, C.I)
- **TANDOĞAN, H.** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, CII, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Ankara 1987, (TANDOĞAN, C.II)
- **TANDOĞAN, H.** : Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957 (TANDOĞAN, Vekaletsiz)
- **TANDOĞAN, H.** : Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet),Ankara 1981, (TANDOĞAN, Mesuliyet)
- **TEKİNAY,S.S./AKMAN,S./BURCUOĞLU,H./ALTOP,A.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993
- **Themalarousse,** milliyet yayınları,1993-1994, IV. Cilt
- **TUNÇOMAĞ,**Türk Borçlar Hukuku, I. Genel Hükümler ,İstanbul 1976
- **UZLUK,F.N.** : Genel Tıp Tarihi, Ankara 1958
- **YAVUZ, C.** : Türk Borçlar Hukuk, Özel Hükümler, İstanbul 1996
- **YELMER, N.S** : Hekimlerin Hukuki Mesuliyeti, İstanbul 1948
- **ZEVKLİLER, A.** :Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Haklarına Saldırınının Sonuçları, D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi S.1 , Diyarbakır 1983 ( ZEVKLİLER, Tedavi Amaçlı )
- **ZEVKLİLER, A.** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1998 (ZEVKLİLER, Borçlar Hukuku)

- **ZEVKLİLER, A. :** Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1989 (ZEVKLİLER, Medeni Hukuk)
- **ZEVKLİLER, A. :** Borçlar Hukuku , Özel Borç İlişkileri, Ankara 1982 (ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri)

