

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HEKİMİN  
HUKUKİ SORUMLULUĞU**

**Olcay IŞIK**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI  
Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER**

**2010  
Her Hakkı Saklıdır.**

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

**Olca IŞIK**

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HEKİMİN HUKUKİ**  
**SORUMLULUĞU**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**TEZ YÖNETİCİSİ**  
**Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER**

**ERZURUM-2010**

## BİLDİRİM

Hazırladığım tezin/raporun tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kağıt ve elektronik kopyalarının Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

- Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.
- Tezim/Raporum sadece Atatürk Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.
- Tezimin/Raporumun 3 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

[Tarih ve İmza]

[Öğrencinin Adı Soyadı]

## TEZ KABUL TUTANAĞI

### SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER danışmanlığında, Olcay IŞIK. tarafından hazırlanan bu çalışma 22/10/2010 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından. Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

**Başkan** : Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER İmza: .....

**Jüri Üyesi** : Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ İmza: .....

**Jüri Üyesi** :Doç. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI İmza: .....

Yukarıdaki imzalar adı geçen öğretim üyelerine aittir. 22/10/2010

Prof. Dr. Mustafa YILDIRIM

Enstitü Müdürü

## İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	VII
ABSTRACT.....	VIII
SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ.....	IX
ÇİZELGELER DİZİNİ.....	XI
ÖNSÖZ.....	XII
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KONUNUN ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI VE TARİHSEL SÜRECİ

1.1. KONUNUN ÖNEMİ.....	3
1.2. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI.....	4
1.3. TIP BİLİMİ VE HEKİMLİK MESLEĞİNİN TARİHİ GELİŞİMİ.....	5

## İKİNCİ BÖLÜM

### GENEL OLARAK KİŞİLİK HAKKI

2.1. KİŞİLİK HAKKI KAPSAMINDA SAĞLIK HAKKI.....	10
2.2. ÜLKEMİZDE HASTA HAKLARINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER.....	15
2.2.1. Kanunlar.....	15
2.2.2. Tüzükler.....	15
2.2.3. Yönetmelikler.....	16
2.3. DÜNYADA HASTA HAKLARINA İLİŞKİN İTİBAR EDİLEN METİNLER .....	16
2.3.1. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi.....	17
2.3.2. Amsterdam Bildirgesi (Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi).....	17
2.3.3. Bali Hasta Hakları Bildirgesi.....	19
2.3.4. Biyotıp Sözleşmesi (1997).....	19
2.3.5. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (2002).....	20
2.4. MUKAYESELİ HUKUKTA HEKİMİN SORUMLULUĞU.....	21

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### HEKİM- HASTA İLİŞKİSİNİN HUKUKİ ÖZELLİĞİ

<b>3.1. HEKİM-HASTA İLİŞKİSİNİN KURULMA BİÇİMLERİ.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1.1. Hastanın Hekime Doğrudan Başvurduğu Hallerde Hukuki İlişkinin Özelliği.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1.2. Hastane Aracılığı ile Hekime Başvurma Halinde Hukuki İlişkinin Özelliği.....</b>	<b>28</b>
<b>3.1.2.1. Sağlık Hizmeti Sunucusunun Özel Hastane Olması.....</b>	<b>28</b>
<b>3.1.2.1.1. Özel Hastanenin BK. 55. ve BK. 100. Madde Kapsamında Sorumluluğu.....</b>	<b>32</b>
<b>3.1.2.1.2. Özel Hastanenin Sorumluluğunda BK. 55. Madde ile 100. Maddenin Telâhuku (Yarışması).....</b>	<b>39</b>
<b>3.1.2.2. Sağlık Hizmeti Sunucusunun Kamu Hastanesi Olması.....</b>	<b>41</b>

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

<b>4.1. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI.....</b>	<b>48</b>
<b>4.2. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDE TARAFLAR.....</b>	<b>50</b>
<b>4.3. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI.....</b>	<b>53</b>
<b>4.3.1. Hekimlik Sözleşmesinin Zorunlu Unsurları.....</b>	<b>53</b>
<b>4.3.1.1. Anlaşma.....</b>	<b>53</b>
<b>4.3.1.2. Tıbbi Müdahale.....</b>	<b>54</b>
<b>4.3.1.2.1. Tıbbi Müdahalenin Tanımı.....</b>	<b>54</b>
<b>4.3.1.2.2. Tıbbi Müdahalenin Türleri.....</b>	<b>54</b>
<b>4.3.1.2.2.1. Vücut Tamamiyetine Yönelik Tıbbi Müdahaleler.....</b>	<b>54</b>
<b>4.3.1.2.2.1.1. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleler.....</b>	<b>55</b>
<b>4.3.1.2.2.1.2. Organ ve Doku Nakli Amaçlı Tıbbi Müdahaleler.....</b>	<b>55</b>
<b>4.3.1.2.2.1.3. Cinsel Hayata ve Üreme Fonksiyonu İlişkin Müdahaleler.....</b>	<b>57</b>
<b>4.3.1.2.2.2. Kişinin Ruhî Bünyesine Yönelen Tıbbi Müdahaleler....</b>	<b>62</b>

4.3.1.2.3. Tıbbi Müdahaleyi Gerçekleştirecek Olan Kişi.....	63
4.3.1.2.4. Yanlış Tıbbi Müdahale (Malpraktis) Kavramı.....	65
4.3.1.2.5. Yanlış Tıbbi Müdahale (Malpraktis) ile Komplikasyonun (İstenmeyen Durum) Birbirinden Ayırt Edilmesi.....	67
4.3.2. Hekimlik Sözleşmesinin Zorunlu Olmayan Unsuru.....	69
4.3.2.1. Ücret.....	69
4.4. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	75
4.5. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK OLAN HÜKÜMLERE İLİŞKİN GÖRÜŞLER.....	76
4.5.1. Hizmet Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş.....	77
4.5.2. İstisna (Eser) Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş.....	80
4.5.3. Vekâlet Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş.....	86
4.5.4. Kendine Özgü (Sui Generis) Bir Sözleşme Türü Olduğunu Savunan Görüş.....	92
4.5.5. TKHK Hükümlerinin Hekimlik Sözleşmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu.....	100

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

5.1. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE TÜRLERİ.....	102
5.1.1. Sözleşme Sorumluluğu.....	104
5.1.1.1. Sözleşme Sorumluluğunun Şartları.....	106
5.1.1.1.1. Hekimle Hasta Arasında Sözleşme İlişkisinin Mevcudiyeti..	106
5.1.1.1.2. Sözleşmenin İhlali (Borca Aykırılık).....	106
5.1.1.1.2.1. Asli Edim Yükümlerinin İhlali.....	106
5.1.1.1.2.2. Tali Edim Yükümlerinin İhlali.....	107
5.1.1.1.3. Kusur.....	107
5.1.1.1.4. Zarar.....	110

5.1.1.1.5. Sözleşmenin İhlal Edilmesiyle Zarar Arasında Uygun İliyet Bağı'nın (İliyet Rabıtası-Nedensellik Bağı) Varlığı.....	112
5.1.2. Hekimin Culpa in Contrahendo (Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk) Sorumluluğu.....	115
5.1.3. Hekimin Vekâletsiz İş Görme Hükümlerinden Doğan Sorumluluğu.	117
5.1.3.1. Hekimin Acil Durumlarda Vekâletsiz İş Görmesi.....	118
5.1.3.2. Tıbbi Müdahalenin Genişletilmesi Halinde Hekimin Vekâletsiz İş Görmesi.....	119
5.1.4. Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu.....	120
5.1.4.1. Hukuka Aykırı Fiilin Varlığı.....	122
5.1.4.2. Zarar.....	124
5.1.4.3. Kusur.....	125
5.1.4.4. İliyet Bağı.....	126
5.1.4.5. Haksız Fiilin Aynı Anda Suç Teşkil Etmesi.....	126
5.1.5. Kusursuz Sorumluluk.....	127
5.1.5.1. BK. Madde 100 Kapsamında Hekimin Sorumluluğu.....	128

## ALTINCI BÖLÜM

### HASTA HAKLARI VE HEKİMLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

6.1. GENEL OLARAK HASTA HAKLARI.....	133
6.1.1. Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı .....	135
6.1.2. Bilgi İsteme Hakkı .....	135
6.1.3. Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değıştirme Hakkı.....	137
6.1.4. Personeli Tanıma, Seçme ve Değıştirme Hakkı.....	137
6.1.5. Öncelik Sırasının Belirlenmesini İsteme Hakkı.....	137
6.1.6. Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım Hakkı.....	138
6.1.7. Sağlık Durumuyla İlgili Bilgi Alma Hakkı.....	138
6.1.8. Kayıtları İnceleme Hakkı.....	139
6.1.9. Kayıtların Düzeltmesini İsteme Hakkı.....	139
6.1.10. Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı.....	139
6.1.11. Güvenliğin Sağlanması Hakkı.....	139



6.1.12. Dini vecibeleri Yerine Getirebilme ve Dini Hizmetlerden Yararlanma Hakkı.....	139
6.1.13. İnsani Değerlere Saygı Gösterilmesi ve Ziyaret Hakkı.....	140
6.1.14. Refakatçi Bulundurma Hakkı.....	140
6.1.15. Müracaat, Şikâyet ve Dava Hakkı.....	140
<b>6.2. HEKİMLERİN HEKİMLİK MESLEK ETİĞİ KURALLARINA GÖRE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....</b>	<b>141</b>
6.2.1. Evrensel Tıp Etiği İlkelerine Uyuma Yükümlülüğü.....	141
6.2.2. Hekimlerin Yansız Olma Yükümlülüğü.....	142
6.2.3. Vicdani ve Mesleki Kanaate Göre Görevini İfa Etme Yükümlülüğü...	142
6.2.4. Sır Saklama Yükümlülüğü.....	143
6.2.5. Acil Yardım Yükümlülüğü.....	145
6.2.6. Hekimlerin Kullanabileceği Meşru ve Kullanamayacağı Yasak Yöntemler Hususunda Yükümlülükleri.....	147
6.2.7. Yetkinlik Dışında Faaliyette Bulunmama Yükümlülüğü.....	147
6.2.8. Odaya Bildirme Yükümlülüğü.....	147
6.2.9. Muayenesiz Tedavi Yapmama Yükümlülüğü.....	147
6.2.10. Hasta Üzerindeki Etkiyi Tıbbi Amaçlar Dışında Kullanmama Yükümlülüğü.....	148
6.2.11. Aydınlatılmış Onam Alma Yükümlülüğü.....	148
6.2.11.1. Aydınlatılmış Onamın Geçerliliği.....	149
6.2.11.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı.....	153
6.2.11.3. Aydınlatılmış Onamın Şekli.....	154
6.2.11.4. Hastanın Aydınlatılmayı İstememesi (Aydınlatılmadan Feragat)	158
6.2.12. Terminal (Ölmek Üzere Olan) Hastalara Yardım Yükümlülüğü.....	160
6.2.13. Hastaya Gereksiz Harcama Yaptırmama Yükümlülüğü (30.m).....	160
6.2.14. Hasta ile İlgili Bilgilerin Hastaya Verilmesi Yükümlülüğü.....	162
6.2.15. Rapor Düzenleme Yükümlülüğü.....	162
6.2.16. Uluslararası Sözleşmelere Uygun Davranma Yükümlülüğü.....	163
6.2.17. İşkenceye Yardım Etmeme Yükümlülüğü.....	163

<b>6.2.18. Tutuklu ve Hükümlülere Verilecek Tıbbi Yardım Konusundaki Yükümlülükleri.....</b>	<b>164</b>
<b>6.2.19. Tutuklu ve Hükümlülerin Tıbbi Yardımı Reddetmesi Halinde Yükümlülükleri.....</b>	<b>164</b>
<b>6.2.20. Ölüm Cezasına Etkin Katılmama Yükümlülüğü.....</b>	<b>164</b>
<b>6.2.21. Olağanüstü Durumlar ve Savaş Halinde Yükümlülükleri.....</b>	<b>164</b>
<b>6.2.22. Cinsel İlişki Muayenelerinde Hekimin Yükümlülüğü.....</b>	<b>164</b>
<b>6.2.23. Yayın Etiğine Uyuma Yükümlülüğü.....</b>	<b>165</b>
<b>6.2.24. Tıbbi Gereklik Dışında Müdahalede Bulunmama Yükümlülüğü.....</b>	<b>165</b>
<b>6.2.25. Ötenazi Sayılacak Faaliyetlerde Bulunmama Yükümlülüğü.....</b>	<b>165</b>
<b>6.2.26. Hekimin Sadakat ve Özen Gösterme Yükümlülüğü.....</b>	<b>169</b>
<b>SONUÇ.....</b>	<b>171</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>175</b>
<b>EKLER.....</b>	<b>182</b>
<b>Ek 1: Aydınlatılmış Onam Alma Formu.....</b>	<b>182</b>
<b>Ek 2: Hasta Bilgilendirme ve Rıza Formu.....</b>	<b>183</b>
<b>Ek 3: Kaza Tutanağı.....</b>	<b>186</b>
<b>Ek 4: Hasta Sevk Formu.....</b>	<b>187</b>
<b>Ek 5: Hasta Kabul Formu.....</b>	<b>188</b>
<b>Ek 6: Sosyal Güvencesi Olan Hasta İçin Kabul Taahhütnamesi.....</b>	<b>189</b>
<b>Ek 7: Sosyal Güvencesi Olmayan Hasta İçin Kabul Taahhütnamesi.....</b>	<b>190</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>191</b>

**ÖZET**  
**YÜKSEK LİSANS TEZİ**  
**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU**  
**Olcaı IŞIK**

**Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER**

**2010 – Sayfa : 191 + XII**

**Jüri: Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER**

**Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ**

**Doç. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI**

Bu çalışmada hekimin yanlış tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki sorumluluğu ele alınmıştır. Hekimle hasta arasındaki ilişki değişik şekillerde kurulur. Hasta, bazen hekime doğrudan başvurarak tıbbi yardım alır. Bazen de hastane aracılığıyla hekime başvurur. Acil müdahale gerektiren durumlarda hasta-hekim ilişkisi, hastanın sonradan rıza vermesi halinde kurulmuş sayılır. Bu ilişkinin kurulma biçimi, hekimin sorumluluğunun türünü de belirler. Çalışmada kazai ve ilmi içtihatlardan yararlanmak suretiyle, ülkemizde hekimlerin yanlış tıbbi müdahaleleri neticesinde oluşan hukuki sorumlulukları tür ve nitelik itibariyle tespit edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Malpraktis, Yanlış Tıbbi Müdahale, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Kusur-Kasıtla Verilen Zarar.

**ABSTRACT  
MASTER THESIS**

**THE RESPONSIBILITY OF THE MEDICAL DOCTOR UNDER THE LIGHTS  
OF APPEALS COURTS DECISIONS**

**Olca İŞİK**

**ATATÜRK UNIVERSITY  
GRADUATE SCHOOL OF NATURAL AND APPLIED SCIENCES  
DEPARTMENT OF LAW**

**Advisor: Assist. Prof. Dr. Metin İKİZLER**

**2010 – Page : 191 + XII**

**Jury: Assist. Prof. Dr. Metin İKİZLER**

**Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ**

**Assoc. Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI**

In this study, the judicial responsibility of a medical doctor due to a wrong medical treatment is searched. The relationship between a medical doctor and a patient can be established in different ways. In some occasions, the patient directly consults a medical doctor for medical aid. In some other ones, the patient consults the doctor by means of a hospital. In emergency situations, the patient-medical doctor relationship is considered to be established by a subsequent approval of the patient. The way this relationship is established determines the kind of the responsibility of the doctor. In this study, by making use of courts decisions and scientific interpretations, the judicial responsibilities of the medical doctors due to wrong medical treatments in Turkey is determined as regards to their kinds and qualities.

**Keywords:** Malpractice, Negligent-Intentional Harm, Wrong Medical Treatments, Judicial Responsibilities of the Medical Doctors

**SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ**

Age.	: Adı Geçen Eser
Agm.	: Adı Geçen Makale
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİDS	: Acquired Immunodeficiency Syndrome (Edinilmiş İmmün Yetmezlik Sendromu)
As. YRG	: Askeri Yargıtay
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.K	: Borçlar Kanunu
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
D.	: Daire
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E	: Esas Numarası
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K	: Karar Numarası
m.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunu
ODASNHK	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun
s.	: Sayfa
S.	: Sayı

SSK	: Sosyal Sigortalar Kurumu
T	: Tarih
T.C	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanun
TŞSTİDK	: Tebabet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTBK	: Türk Tabipleri Birliği Kanunu
vd.	: Ve Devamı
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
www	: World Wide Web

**ÇİZELGELER DİZİNİ**

<b>Çizelge 3.1.</b>	BK. 55. Madde ile BK. 100. Maddenin Hasta-Hastane-Hekim İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi.....	38
<b>Çizelge 6.1.</b>	Aydınlatılmış Onamın Alınmasında Ehliyet Açısından Bir Değerlendirme Yapıldığında Hasta.....	149
<b>Çizelge 6.2.</b>	Aydınlatılmış Onamda Hastadan Rıza Alınması .....	150
<b>Çizelge 6.3.</b>	Aydınlatılmış Onamda Rıza Açısından Hastanın Fiil Ehliyetinin Değerlendirilmesi .....	150

**ÖNSÖZ**

Danışman hocam Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER'e bu çalışmamda bana verdiği destekten, anlayışından, bilgisinden, yol göstericiliğinden ve diğer tüm katkılarından ötürü teşekkürü bir borç bilirim. Değerlendirme ve katkılarından ötürü tez çalışmamda juri üyesi olan Prof. Dr. Fahrettin Korkmaz ve Doç. Dr. Şafak Ertan Çomaklı'ya yürekten teşekkür ederim. Ayrıca bu çalışma için kaynak edinmem hususunda bana yardımcı olan değerli hukukçu Ümit Erdem'e ve değerli vaktini ayırıp çalışmamı inceleyen Prof. Dr. Mustafa Tiftik'e de özel teşekkürlerimi sunarım.



## GİRİŞ

Tarihin ilk dönemlerinden beri insanoğlu, hayatını sağlıklı bir Şekilde sũrdũrmek istemiŐtir. Bitkilerin kullanılmasıyla baŐlayan tedavi yŕntemleri gũnũmũze gelindiğinde farklı tekniklerle elde edilen ilaçlar ve çeşitli tıbbi mũdahaleler Şekline dŕnũŐmũŐtũr. Sağlıklı bir Şekilde yaşama isteği hekimlik mesleğini ortaya çıkmış, bu meslek her zaman itibar edilen ancak bir o kadar da meŐakkatli bir meslek olarak kabul gŕrmũŐtũr. Hekimle hasta arasındaki ilişkinin temeli de bu sebeple oldukça eski dŕnemlere dayanmaktadır.

Gũnũmũzde hekimler ve hastaların tedavi maksadıyla bir araya gelmesi farklı Şekillerde olur. Örneğin hastalar bazen doğrudan hekime başvurmakta, bazen ise bir sağlık kuruluşunun (hastanenin) vasıtasıyla hekimden sağlık hizmetini almaktadırlar. Hekim, hastayı sağlığına kavuŐturmaya çalışırken her zaman hasta menfaatini ŕn planda tutmak durumundadır. Uygulanacak olan tedavi yŕntemleri, tıbbi mũdahale adı altında ele alınır. Tıbbi mũdahaleler farklı Şekillerde gerçekteŐir. Kimi zaman vũcut bũtũnlũđũne yŕnelen tıbbi mũdahalelerin ruhi bũnyeye yŕneldeđi de olur. Hukuk dũzeni açısından ehemmiyet arz eden Şey, tıbbi mũdahalenin hukuka uygun olup, olmadığı hususudur.

Hukuka uygun Şekilde gerçekteŐen tıbbi mũdahaleler hekimin sorumluluğuna yol açmaz. Hukuka uygunluk Őartlarından birinin ihlali halinde tıbbi mũdahale hukuka aykırı hale gelir. Bir tıbbi mũdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için ŕncelikle hastanın mũdahale için rıza vermiş olması gerekir. Hastadan alınan rızanın hukuka uygun olması için de hekim tarafından doğru Şekilde aydınlatılması gerekir. Aydınlatma hastaya uygulanacak olan tedavi yŕntemi, varsa bu yŕnteme alternatif diğer yŕntemler, tedavinin riskleri ve benzeri konuları içermelidir.

Bu çalışmada ŕncelikle hekimlik mesleğinin tarihsel gelişimi ele alınmış, daha sonra temel bir hak olması itibariyle sağlık hakkına deđinilmiŐtir. Őlkemizde sağlık hukuku alanında uygulanmakta olan hukuki dũzenlemeler ũzerinde durulmuŐ ve mukayeseli hukuk açısından farklı ũlkelerde hekimin sorumluluğu hususu incelenmiştir.

Ayrıca hekim ve hasta ilişkisinin kurulma biçimleri çerçevesinde bu ilişkinin hukuki özelliği ortaya konulmuştur. Hekimlik sözleşmesinin tanımı ve unsurları ile devam eden dördüncü bölümde bilhassa tıbbi müdahale konusuna değinilmiş, tüm çalışmada yararlanılan kazai içtihatlar yardımıyla yanlış tıbbi müdahale (malpraktis) kavramı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Hekimlik sözleşmesine uygulanacak olan görüşlere ilişkin tespitler bu çalışmada ele alınan bir diğer konudur. Hekimlik sözleşmesinin ne tür bir özel hukuk sözleşmesi olduğu kanunla ayrıca belirtilmediğinden, bu kısım üzerinde çalışılırken ilmi içtihatlardan sıkça yararlanılmıştır.

Hekimlerin yanlış tıbbi uygulama nedeniyle oluşan sorumlulukları farklı özellikler arz etmektedir. Zira hekim böyle bir uygulama hatası yüzünden hem hukuki hem cezai olarak sorumlu olabilir. Bazen bu sorumluluğa idari sorumlulukta eklenir. Ancak tez çalışmamızın konusu “hekimin hukuki sorumluluğu” olunca cezai ve idari sorumluluk hususuna en azından burada değinilmeyecektir. Hekimin hukuki sorumluluğu çalışmanın beşinci bölümünde incelenmiş, başta hukuki sorumluluğun türlerinden olan sözleşme sorumluluğu olmak üzere sırasıyla culpa in contrahendo sorumluluğu, vekâletsiz iş görmeden mütevellit sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu ve nihayet kusursuz sorumluluk üzerinde durulmuştur. Son olarak altıncı bölümde hasta hakları ve hekimlerin yükümlülükleri incelenmiştir.

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **KONUNUN ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI VE TARİHSEL SÜRECİ**

#### **1.1. KONUNUN ÖNEMİ**

Hekimle hasta arasındaki ilişki; karşılıklı güven esasına dayanan, her iki tarafın da korunmaya değer hak ve yükümlülüklerinin olduğu, yaşam ve sağlık hakkı ile doğrudan ilgili bir hukuki ilişkidir. Genel itibariyle hastanın tedavi edilmesini amaçlayan bu ilişki sözleşme şeklinde kurulur. Sözleşmeler, tarafların bir takım asli ve yan edimleri yüklediği, bu edimleri gereği gibi ifa etmekle sorumlu olduğu hukuku işlem türlerindedir. Edimlerin karşılıklı olup, olmamasına göre; yüklenen edimin niteliğine ve benzeri hususlar göz önünde bulundurulduğunda sözleşmeleri çeşitli tasniflere tabi tutmak mümkündür. İşte hekimlik sözleşmesi de edimlerin niteliğine göre karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olup, aynı zamanda belli bir işin görülmesi edimini asli edim olarak içermesinden ötürü iş görme sözleşmelerindedir.

Ancak hekimle hasta arasındaki ilişki her zaman sözleşme şeklinde kurulmaz. Bilhassa hekimin devlet hastanelerinde kamu personeli olarak hizmet verdiği durumlarda hem hastane hem de hekim ve hasta arasındaki ilişki sözleşme ilişkisi niteliğinde değildir. Zira devlet hastanesinin ve burada kamu personeli sıfatıyla hizmet veren hekimin gördüğü iş kamu hizmeti niteliğindedir. Kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığı ve ayrıca böyle bir hizmetin özel hukuk hükümlerine tabi olmayacağı dikkate alındığında hekim ve hasta arasında kurulan ilişkinin her zaman sözleşme temeline dayandığını söylemek mümkün olmayacaktır.

Velev ki, taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulmasına mani bir durum olmadığı ihtimalini dikkate alsak bile bazı durumlarda hekim ve hasta ilişkisi öyle çabuk gelişir ki, böyle hallerde arada bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez. Gerçekten acil durumlarda hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale böyle hallerdendir. Sağlıklı yaşama hakkının kullanılması ve korunması maksadı dâhilinde birden bire bir araya gelen hekimle hastanın sözleşme ilişkisi çerçevesinde hareket edip etmediklerini inceleyecek olursak; hekim açısından acil durumlarda şuuru kapalı bir hastanın

tedavisini üstlenme fiilini, sözleşme yapma iradesinin hareket olarak dışı vurumu şeklinde kabul etmek mümkün olsa da, iradesini açıklayacak yahut en azından belli edecek durumda olmayan hastanın –her ferdin sağlıklı olarak yaşama ve hayatını sürdürme isteğinin olacağı düşüncesi ve zaten kendinde olsaydı tıbbi müdahaleye rıza göstereceği varsayımıyla- sözleşme kurulması yönündeki olumlu iradesinin mevcut olduğunun düşünülmesi, böyle hallerde arada bir sözleşme ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmesi açısından yerinde bir varsayım olmayacaktır. Zaten hasta ve hekim arasındaki ilişki her zaman sözleşme temeline dayansaydı, öğretilerde hekimin yanlış tıbbi müdahale neticesinde hastayı uğrattığı zarardan mütevellit sorumluluğu kimi halde vekâletsiz iş görme yahut haksız fiil hükümlerine dayandırılmazdı.

Hekim ve hasta arasındaki hukuki ilişki ne şekilde tezahür ederse etsin, hekimler hastaların sağlıklı yaşama hakkını desteklerken pek çok hususu göz önünde bulundurmaları zorundadır. Bu hususlar esas itibarıyla tababet ilminin genel kaideleri ve tıp etiği kurallarıdır. Bu kaide ve kurallar, hekim tarafından gerektiği gibi uygulandığı müddetçe hasta-hekim ilişkisini destekler niteliktedir. Hukuki düzenlemelerin de bu ilişkiyi olumlu yönde etkilediği açıktır. Zira hekimlerin tıbbi faaliyetleri, hukuk düzeni tarafından önemli görülmüş ve bir takım sonuçlar bağlanmış hukuki olgulardır. Hekimin hastayla münasebetinin başladığı andan sona erdiği ana kadar süre gelen bu ilişkide; tıbbi müdahale kavramının kapsamı, niteliği, ne zaman başlayacağı ve ne zaman sona ereceği hukuk düzeninin ilgilendiği konular arasındadır.

Sağlık hukuku alanında hekimle hasta arasındaki ilişkiyi düzenleyen pek çok pozitif hukuk kuralı mevcuttur. Ancak hekimlerin hukuki sorumluluklarını düzenleyen tam ve kapsamlı bir kanunun henüz mevcut olmaması, bu alanda bir takım sıkıntıların yaşanmasına sebep olmaktadır.

## **1.2. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI**

Bu çalışmada hekimin yanlış tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki sorumluluğu incelenmektedir. Hekimin sorumluluğu farklı şekillerde tezahür edebilir. Hukuki, cezai, idari ve etik sorumluluk hekimin sorumluluğunun başlıca türleridir. Ancak bu çalışmada daha çok hekimin hukuki sorumluluğu incelenmiş, cezai, idari ve etik sorumluluğa ise zaman zaman kısaca yer verilmiştir. Hekimin hukuki sorumluluğu;

sözleşme ilişkisinden kaynaklanan sorumluluk, culpa in contrahendo sorumluluğu, vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk, haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk ve sebep sorumluluğu olmak üzere beş ana başlık altında incelenecektir.

Çalışmada ayrıca hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağını teşkil eden sözleşme ilişkisinin niteliği, tarafların -gerek bu ilişkiden gerekse mevcut kanun, tüzük ve yönetmelikler ile uluslararası metinlerden kaynaklanan- karşılıklı hak ve yükümlülükleri ele alınacaktır. Yanlış tıbbi müdahalenin sebep olduğu hukuki sorumluluğa değinilecek, hekimin cezai ve idari sorumluluğu da kısmen incelenecektir. Mevcut kanun, yönetmelik ve tüzük hükümlerinden ve kazai içtihatlarla ilmi içtihatlardan yararlandığımız bu çalışmada, hekimin hukuki sorumluluğu sadece ülkemizdeki uygulama açısından değil, aynı zamanda mukayeseli hukuk çerçevesinde ABD ve bazı Avrupa ülkelerinde kabul edilen düzenlemeler açısından da ele alınacaktır.

### **1.3. TIP BİLİMİ VE HEKİMLİK MESLEĞİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ**

Hekimlik, kökleri tarih öncesi döneme dayanan, evrenin en eski mesleklerinden biridir. Eski dönemlerde ruhların hastalıklara sebep olduğu inancı, tedavi sanatıyla uğraşanların ruhlar dünyasıyla ilişkiye girebilecek, doğanın gizli güçlerine hükmedebilecek biri olmasını gerektiriyordu. Dolayısıyla, o dönemlerde hekimler aynı zamanda kabilenin büyücüleri idi. İlk cerrahi müdahaleler de, bu büyücü hekimler tarafından yapılırdı. M.Ö. 5000 yıllarında Orta Asya'dan gelerek Bağdat ile Basra arasına yerleşen ve Mezopotamya'da kurulan Sümer uygarlığı, medeni hayatı ilk başlatan uygarlıktır. Sümerler, tıbbi uygulamalar alanında bazı gelişmeler kaydetmişlerdi. Hekimlik ile ilgili ilk yazılı bilgilere sahip olan eski Mısır medeniyetinde ise bu bilgiler papirüslere yazılıyordu. Tıp bilgilerinin kaydedildiği papirüslerin en önemlileri, onları bulan bilim adamlarının adı ile anılan; ilaç reçetelerinin ve sağlık öğütlerinin verildiği *Edwin Smith* (M.Ö. 17.yy); cerrahi tedavilerin anlatıldığı *Ebers* (M.Ö. 16.yy) ve kırık-çıkık tedavilerinin açıklandığı *Hearts* (M.Ö. 16.yy) papirüsleridir. Anadolu'da yüksek bir medeniyet kuran Hititler (M.Ö. 1800) dönemine ait, çivi yazısıyla işlenmiş 30.000 den fazla tablet içinde, Hitit tıbbına ilişkin bilgiler içeren 22 adet tablet bulunmuştur. M.Ö. 2300 yıllarında gelişen Hindistan medeniyetinde ise, Hint tıbbına ait en eski kaynaklar “yaşam bilgisi” anlamına gelen ve

“*Veda*” adı verilen eserlerde yer almaktadır. M.Ö 800 yıllarına kadar etkili olan dört kutsal metin (Rig-veda, Sama-veda, Ayur-veda, Atharva-veda) tıp bilgilerini de içermekte idi. Daha sonra, hekimlerin kendi adlarıyla anılan derleme eserlerde, bazı hastalıkların, ilaç reçetelerinin ve cerrahi girişimlerin anlatıldığı görülmektedir<sup>1</sup>.

Tıbbi papirüslerde yer alan bilgilere bakıldığında M.Ö 5. yüzyılda Hipokrates ve daha sonra Galenos’un kurmuş olduğu okullarda akli yöntem ve gözlemlere dayanarak oluşturulan ve temelleri atılan tababet ilminin, M.Ö 17. ve 18. yüzyıllarda Mısır ve Mezopotamya medeniyetlerince geliştirildiği, hatta eski Mısır’da hekimliğin uzmanlık alanlarına ayrıldığı, her türlü tedavinin ücretsiz olarak yapıldığı ve hekimlerin ücretlerinin devlet tarafından karşılandığı görülmektedir<sup>2</sup>.

Ortaçağ dönemi, baş gösteren salgın ve öldürücü hastalıklar, savaşlar ve istilalarla geçerken; bilim, felsefe ve sanat kilisenin otoritesi altına girmiştir. Ortaçağ, Avrupa’da tedavi için aziz ve azizelerden medet umulan bir dönem olarak yaşanmıştır. İslam dünyasındaysa aynı çağda kimya ve tıpla ilgili olarak, pozitif bilim ve denemeye dayanan, klinik gözleme yer veren çalışmalar yapılmaktaydı. İslam tıbbının bu dönemde böylesi başarı göstermesinin nedeni; eski Mezopotamya, Mısır, Çin, Hint, İran, Roma ve eski Yunan medeniyetlerinden gelen birçok bilgiye sahip olunmasıydı<sup>3</sup>.

Hekimin sorumluluğuna ilişkin olarak ilk kazai içtihatlar 12 ve 13. yüzyıllarda Haçlı Seferleri esnasında kurulan “Kudüs Mahkemelerinde” görülmektedir. Bu kararlara göre hekim, hastasına hastalığın veya tedavinin taşıdığı risklere ilişkin gerekli aydınlatmayı yapmamışsa meydana gelen zararın sonuçlarına katlanır ve bileği kesilir<sup>4</sup>.

Osmanlı döneminde hekim ve hastalar aralarında tıbbi müdahaleyi konu edinen anlaşmalar yapmaktadırlar. Anlaşmalarda hastanın yazılı veya sözlü muvafakati yeterli görülmez. Bu sebeple taraflar, mahkemede kavillerini teyit ve tescil yoluna gitmişlerdir. Konuya ilişkin olarak incelenen defterlerde yer alan belgelerden hastaların kimliklerini, cinsiyet ve yaş gruplarını, hastalıklarının ne olduğunu, görecekları tedavi karşılığında ne

<sup>1</sup> Köksal Bayraktar, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972, s.42 vd., *Atiye Uygun, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Ankara 2009, ss.5–6, Mustafa Levent Özgönül, *Türkiye’de Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata Kavramı*, (Doktora Tezi), AÜSBE, Ankara 2010, s.12 vd.

<sup>2</sup> Ali Günerli, “Anestezi Uzmanlarının Mesleki ve Hukuki Sorumlulukları, Yasal Hükümler, İlgili Yasa ve Yönetmelikler”, *Türk Anest Rean Der Dergisi*, 37(6), 2009, ss.333–349.

<sup>3</sup> Uygun, Age., s.8.

<sup>4</sup> Bayraktar, Age., s.53, Özgönül, Age., s.15.

kadar ücret ödemeyi kabul ettiklerini takip etmek mümkündür. Hatta bu defterlerde yer alan bilgilerden hekim ve hastaların aralarındaki ilişki çerçevesinde karşılaşılabilecekleri sorunlar -ki en önemlisi hayatlarını kaybetmeleri durumunda geriye kalan yakınlarının hekimden dem ve diyet talebinde bulunmamaları- hususunda anlaşmaya vardıkları ve bu durumu kadı efendinin huzurunda tescil ettirdikleri tespit olunmuştur<sup>5</sup>.

Hipokrates döneminden günümüze onun adıyla anılan, fakat ondan iki bin yıl önce yaşamış, tarihte bilinen ilk hekim olan İmhotep tarafından yazıldığı tahmin edilen ve bu sebeple, aslında “Hipokrat ruhu yemini” olarak adlandırılması gereken “Hipokrat yemini” pek çok ülkede modifiye edilerek, mesleğin icrasına başlama safhasında olan hekimler tarafından meslek andı olarak kullanılmaktadır. Ülkemizde de tıp fakültesinden mezun olanlar mesleğe başlamadan önce Hipokrat yemininden uyarlanan “hekim andını” okumaktadırlar.

---

<sup>5</sup> Özen Tok, “Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre 17. ve 18. Yüzyıllarda Kayseri Örneği)”, *International Periodical For the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*, Volume 3/4, Summer 2008, s.794.

## İKİNCİ BÖLÜM

### GENEL OLARAK KİŞİLİK HAKKI

Sağlıklı yaşama hakkı hekim-hasta ilişkisinin kurulmasına vesile olan en temel haktır. Hal böyle olunca öncelikle hak kavramını daha sonra kişilik hakkı içinde yer alması açısından genel olarak kişilik hakkı ve sağlık hakkı kavramlarını incelemekte fayda vardır.

“Hak” kavramı hukuki açıdan temel bir kavramdır. Ancak bu kavramın sınırlarının oldukça geniş olması, farklı hususları içermesi ve genel hatlarının henüz tam olarak belirlenememiş olması nedeniyle farklı anlamlara geldiği görülmektedir. Zaman zaman adalet, insaf, hakkaniyet, davranış özgürlüğü ve sahiplik ileri sürebilme yeteneği olarak ifade edilen hak kavramının kimi zaman yasaca tanınan ayrıcalık ve hukuk sistemi tarafından korunan yarar<sup>6</sup> olarak ifade bulduğu da görülmüştür.

Kişilik hakkı ise bir görüşe göre;

*“Bir şahsın kişi olma sıfatıyla sahip olduğu kişilik değerlerinin tümü üzerinde geçerli olan, kişiliğe bağlı ve mutlak nitelik taşıyan bir haktır”.*<sup>7</sup>

Diğer bir görüşe göre kişilik hakkı;

*“Kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki haktır.”*

Genel kişilik hakkının yanında özel olarak düzenlenmiş kişisel değerlerin varlığı, birden çok kişilik hakkının bulunduğu anlamına gelmez. Zira değişik şekillerde tezahür eden tek bir genel kişilik hakkı vardır<sup>8</sup>. Kişilik hakkı genel anlamda tek bir hak ve zaman zaman farklı hakları içinde barındıran bir özelliğe sahip olunca, “kişilik hakları” kavramı yerine, “kişilik hakkı” kavramını kullanmak, Medeni Kanun’un 24. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ifadeye de uygun düşecektir. Zira MK. 24/1’de kişilik haklarından değil, kişilik hakkından söz edilmektedir<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Cemal Hüseyin Güvercin, *Türkiye’deki Gelişimi Açısından Hasta Hakları Kavramı*, (Doktora Tezi), Ankara 2007, s.7., Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1982, s.174.

<sup>7</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.II, Ankara 1991, s.398.

<sup>8</sup> Mustafa Dural, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul 1995, ss.98-99.

<sup>9</sup> Hüseyin Hatemi, *Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul 2005, s.8.



Kişilik hakkı, sahibine bedeni ve maddi bütünlüğüne, menfaat ve ilişkilerine yönelik saldırılardan kaçınılmasını diğer kişilerden isteme yetkisini verir. Bununla birlikte genel anlamda bir kişilik hakkının var olup, olmadığı öğretide tartışmalıdır<sup>10</sup>.

Bir şahsın kişi olma vasfından kaynaklanan kişilik değerlerinin tümü, bu hak kapsamında yer alır<sup>11</sup>. Kişi, hak sahibi olan varlıktır. Medeni Kanunumuz hak sahiplerini, diğer bir ifadeyle kişileri iki kısımda ele almıştır. Bunlardan gerçek kişiler, hak sahibi varlık olarak değerlendirilen insanlardır. Diğer, yani tüzel kişiler ise bir amaç etrafında birleşmiş insanların meydana getirdiği toplulukları veya bir amaca tahsis edilmiş malları ifade eder<sup>12</sup>.

Kişilik hakkının kapsamını oluşturan ve yukarıda bahsi geçen kişilik değerleri, hukuki korumanın konusuna göre; "maddi kişilik değerleri", "duygusal kişilik değerleri" ve "sosyal kişilik değerleri" olmak üzere üç başlık altında incelenebilir. Maddi (fiziksel) kişilik değerleri, daha çok gerçek kişiler için söz konusu olan; yaşama, vücut bütünlüğü ve sağlık gibi değerlerdir. Bir kimsenin ölümünden sonra cesedi üzerinde tasarruf hakkı, kişinin hareket hürriyeti ve cinsel özgürlük hakları da, fiziksel kişilik değerleri arasında yer alır. Duygusal kişilik değerleri ise; kişinin toplumda birlikte yaşadığı yakınlarıyla kurmuş olduğu ilişkilere saygı duyulmasını isteme, evlilik ilişkisine saygı duyulması ve ailesini sevme hakkı gibi evlilik bütünlüğü ve aile bütünlüğü değerlerinden oluşur. Buna karşın sosyal kişilik değerleri gerek gerçek kişilerin, gerekse tüzel kişilerin sahip olduğu şeref ve haysiyet, isim ve resim üzerindeki hak ile bir kişinin özel hayatına saygı duyulması hakkı, fikir ürünleri üzerindeki hak ve ekonomik hürriyet haklarını içeren, kişinin toplum karşısında sahip olduğu değerler bütünüdür<sup>13</sup>.

Kişilik hakkının kapsamına giren değerleri tek tek saymak mümkün ve gerekli değildir. Bu sebeple kişilik hakkının kapsamının tayininde "numerus clausus" ilkesinin geçerli olmadığını söylemek gerekir. Yani aslında kişiyi kişi yapan ve korunması gereken tüm değerler kişilik hakkının konusunu oluşturur. Bir görüşe göre kişilik hakkı kapsamında

<sup>10</sup> Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, İstanbul 2007, ss.341-342.

<sup>11</sup> Aydın Zevkliler, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", *DEÜHFD*, S.1, 1983, s.3.

<sup>12</sup> M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul 2002, s.2.

<sup>13</sup> Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, İstanbul 2000, ss.109-143, Mustafa Çeker, *Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu*, Erişim: 12.05.2010. [http://www.turkhukusitesi.com/makale\\_1147.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_1147.htm).

değerlendirilebilecek hususlar genel hatlarıyla; ad üzerindeki haklar, hayat, sağlık ve vücut tamlığı hakkı, haysiyet ve şeref, resim ve ses, kişinin sırları ile özel hayata ilişkin haklar ve benzeri haklardır<sup>14</sup>.

### 2.1. KİŞİLİK HAKKI KAPSAMINDA SAĞLIK HAKKI

Sağlıklı yaşama hakkı tüm insanlar için vazgeçilmesi mümkün olmayan hakların başında gelmektedir. Anayasamızın ikinci bölümünde yer alan ve kişinin hakları ve ödevleri üst başlığıyla düzenlenen 17. madde, herkesin; yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğundan bahsetmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında; tıbbi zaruret hali ve kanundan kaynaklanan hâller dışında hiç kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası haricinde bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağından söz edilir. Anayasanın bu hükmü dışında MK.'un 24. maddesi hayat, sağlık ve vücut tamlığına yapılacak saldırılara karşı ne tür müeyyidelerin uygulanacağını açıklamıştır. Ceza Kanunu'nun 448 ve devamı maddeleri de, hayat ve vücut tamlığına karşı yapılan saldırıları müeyyidelenmiştir.

Vücut bütünlüğü hakkı, kişilik hakkının konusuna giren bir başka fiziksel kişilik değeridir. Vücut bütünlüğü, kişinin beden bütünlüğünün yanı sıra ruh bütünlüğünü de kapsar. Kişi, bedenini oluşturan en büyük organlardan, kemik ve dokularına kadar, sperm gibi vücudun en küçük zerresi üzerinde dahi kişilik hakkına sahiptir. Bu hakka zarar verebilecek her türlü davranış, kişilik hakkına tecavüz sayılır. Nitekim Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında, kişinin vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerindeki haklarının temel haklardan olduğu belirtilmiş, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmaksızın bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır. Anayasamızdaki bu düzenlemenin yanı sıra Borçlar Kanunu'nun 46. ve 47. maddelerinde, vücut bütünlüğüne yönelmiş fiillerden doğan maddi ve manevi zararlara karşı tazminat müeyyidesi ile genel bir koruma sağlanmıştır. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, bir kişinin vücut bütünlüğüne karşı girişilecek eylemler önemli zarar verici nitelik taşımaları dahi kanunen cevaz verilmesi imkânsız davranışlardır. Kanun koyucu da bu tür davranışlara karşı, yaptığı düzenlemeler ile kişileri koruma altına almıştır. Çünkü bu tarz hareketler ferdin vücut

<sup>14</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, Age., ss.118-128.

bütünlüğüne saldırı mahiyetindedir. Örneğin, kişinin izni olmaksızın laboratuvarında incelenmek üzere vücudundan küçük bir parçanın alınması veya bedeninin herhangi bir yerinden yaralanması gibi. Aynı şekilde, kişinin sağlığı da fiziksel kişilik değerleri arasında yer alır. Bu sebeple kişinin bedensel sağlığını bozucu veya tehlikeye düşürücü eylemler kişilik hakkının ihlali sayılacağından, hukuk düzeni tarafından tasvip edilemezler. Örneğin, bir kişinin sağlığa aykırı bir yerde zorla tutulması, üzerinde deneyler yapılması ve ruhsal sağlığı bozucu fiillerde bulunulması, kişilik hakkına tecavüz sayılır<sup>15</sup>.

Kişilerin sağlıklı yaşama hakkı ve beden bütünlüğü hakkı son derece ehemmiyet arz eden haklardır. Bu haklar -kişilik hakkı kapsamına giren diğer tüm kişilik hallerinde olduğu gibi- mutlaklardır. Vazgeçilemez, devredilemez, şahsa sıkı sıkıya bağlı ve ferdin kendi arzusuyla dahi terk edemeyeceği haklardır. Beden bütünlüğü, kişinin doğuştan sahip olduğu doğal ve organik bir bütünlüktür. Sağlık hakkı ise bu bütünlüğün düzenli işlemesiyle ilgilidir<sup>16</sup>.

Bir görüşe göre kişilik hakkı, “özel ve genel kişilik hakkı” şeklinde tasnife tâbi tutulmuş, kişinin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğü ile ilgili olan hakları ise “maddi bütünlük üzerindeki haklar” başlığı altında ele alınmıştır.<sup>17</sup>

Anayasamızın 56. maddesinde, her ferdin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğundan söz edilir. Devlet, bütün fertlerinin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden koordine etmekle mükelleftir. Bu durum, Anayasa'nın 2. maddesiyle kaleme alınmış olan, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin sosyal devlet olmasının doğal bir sonucudur. Devletler sağlıklı yaşama hakkını vatandaşlarına tanımalı ve bizzat mevcudiyetiyle bu hakkın koruyucusu olmadır. Ancak ülkemiz dâhil, pek çok ülkede sağlık alanında halka sunulan hizmetlerin yeterli olmadığını, hatta çok gelişmiş ülkelerde dahi “bu kadar da olmaz” dedirtecek sağlık skandallarının yaşandığını görmekteyiz. Kanaatimce bir ülkede yaşanan sağlık sorunları ve bu baptan olmak üzere, sağlık hizmetlerinin aksayıp, aksamadığı o ülke ekonomisinin gelişmişliğiyle ilgili olduğu halde, ülkede yaşanan sağlık skandalları ekonomik yapıdan

<sup>15</sup> Çeker, Agm.

<sup>16</sup> Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 10(1), 2007, s.51.

<sup>17</sup> Akıntürk, Age., ss.345-346.

çok hem hekimlerin hem de hastaların, dolayısıyla toplumun ve nihayet kanun koyucu ve uygulayıcı olarak devletin, bu yöndeki hassasiyetiyle alakalıdır. Ayrıca bir devlet sağlık hizmetlerini halka ulaştırma konusunda oldukça fazla imkâna sahip olabilir, hatta kanunları da, sağlık alanında düzenlenmiş en ideal kanunlar olabilir. Ancak eğer bu kanunların uygulamada bir bağlayıcılığı, inandırıcılığı, caydırıcılığı yoksa ve hekimler tıp etiği kurallarını her şeyin üstünde tutarak görevlerini yerine getirmiyorlarsa, yanlış tıbbi müdahale dediğimiz olaylara rastlama sıklığı gün geçtikçe artacaktır.

Diğer meslek gruplarıyla karşılaştırıldığında hekimlere daha ağır bir sorumluluk yüklendiği düşünülebilir. Ancak hekimler de şunu unutmamalıdır ki; bu mesleği seçmek ve icra etmek öyle kasap olmak, manav olmak, mühendis, mimar olmak ve hatta hukukçu olmak gibi değildir. Her gün muhatap olduğunuz kişinin insan olması pek çok meslek dalında olağan iken, sağlık alanında hastanız olan fertlerin ertesi gün sizin yahut başka bir meslektaşınızın kusuru neticesinde ölmesi veya yanlış tıbbi müdahalenizin bu insanlar üzerinde bedensel araz bırakması yadsınamayacak ve hayatın doğal akışı sayılamayacak bir ihtimaldir.

Ancak bu noktada şu hususun belirtmeden geçilmesi, ülkemiz şartları esas alındığında oldukça müşkül çalışma koşullarıyla yüz yüze gelebilen pek çok hekime büyük haksızlık olur. Zira sağlık hizmetinin sunulması sırf hekimlerin görevi olarak algılanamaz. Sağlık hizmeti öncelikle bir devlet hizmetidir. Talep edilmesi en doğal sosyal haktır. Madem devlet halk ve hizmet için vardır, o halde öncelikle sağlık hizmeti konusundaki görevlerini tekrar gözden geçirmek zorundadır. Bu hususta en temel görev kanun koyucuya düşer. Sağlık alanında öyle nitelikli kanunlar yapılmalıdır ki, bu kanunlar sağlık hizmetinden yararlanma hakkı ve onun tüm teferruatı ile başlayıp, sağlık hizmeti veren kuruluşların oluşumu, yapılanması, bu kuruluşların her türlü sağlık hizmeti konusunda yeterli olup olmadığı, yeterli değil ise ivedilikle yeterli hale getirilmesi zorunluluğunun bilhassa üzerinde durulduğu, sayesinde tüm sağlık çalışanlarının gerekli bilgi ve tecrübe donanımına sahip olabildiği, dahası bilgi, tecrübe ve dikkat eksikliği nedeniyle yaşanan sıkıntıların önüne geçebilmede son derece etkili olabilen kanunlar olmalıdır. Kanunlar, yetkili merci tarafından çıkarılan ve bir kenarda yıllarca bekletilen yazılı metinler değil, yaşayan varlıklardır. Bu gücü doğru şekilde yapılandırıp, uygulamaya koymak, yasama ve

yürütme organının görevidir. Nihayetinde kanuna aykırı herhangi yanlış bir hareket ise, kanundan aldığı güç ile yargı organının değerlendirmesi altındadır.

Böylece hayatın her aşamasında görevi duraksamasız devam eden devlet, salt hasta hekim ilişkisi gibi görünen ilişkide aslında hastanın ilk muhatabıdır. Kaldı ki, devlet dışında başka bir takım kişi yahut kurumlar da bu ilişkide taraftır. Sağlık hizmetinin bazı aşamalarında devreye giren; hastaneler, muayenehaneler, ayakta tanı ve tedavi merkezleri, tanı merkezleri, yardımcı sağlık personeli ve eczaneler de bu ilişkinin birer parçasıdır. Hatta zaman zaman bu unsurlar, tıbbi müdahale hatalarının meydana gelmesinde hekimi devre dışı bırakan, yani aslında hataya sebebiyet veren veya hatayı bizzat gerçekleştiren taraftır. İşte tüm bu nedenlerle sorumluluğu, hastanın sadece hekim ile olan ilişkisine bağlamak ve her durumda hekimi sorumlu tutmak adaletsizlik olacaktır.

Hastayla kurulan ilişkide, diğer tarafı sadece hekimlerin oluşturmadığını, onların dışında başka unsurların da hasta- hekim ilişkisinde taraf olduklarını düşünürsek, tıbbi uygulama hatalarında sorumluluk hususunu daha geniş kapsamda ele almak ve bu açıdan, ilişkinin bir tarafı için sadece hekim ifadesi yerine, daha kapsamlı olması bakımından “sağlık personeli” kavramını kullanmak yerinde olacaktır. Zira sağlık hizmeti sadece hekim tarafından değil, yardımcı personel olarak adlandırılan hemşire, ebe, sağlık memuru, eczacı ve laborant gibi meslek mensuplarıyla birlikte ortaklaşa yürütülen bir hizmettir. Nitekim 6283 sayılı Hemşirelik Yasası’nın 4. maddesinde, enjeksiyon (akıtma) ve acil hallerde pansuman işlerinde doğrudan doğruya hemşireler sorumlu tutulmuştur. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkındaki Kanun’un 51. maddesi ise, gebe muayenesi ve sağlığı ile ilgili önlemlerin alınmasında ve doğumun yaptırılmasında bizzat ebeyi görevli kılmıştır<sup>18</sup>.

Elbette konuyu bir de sağlık çalışanlarının gözünden görmek lazım gelmektedir. Aslına bakılırsa rizikolarla dolu bu meslekte insanın kendini her dakika güven içinde hissetmesi bu şartlarda pek mümkün gözükmemektedir. Her başarısız tedavinin sonucunda sağlık çalışanlarını sorumlu tutmak, komplikasyon ihtimalini göz ardı etmek, bugün pek çok hekimin hastayı kabul ve tedavide çekingen davranması ve bu şekilde başka bir yere sevk ederek sorumluluktan kurtulmaya çalışmasına sebep olmaktadır. Elbette bu ikili ilişkide amaç hastanın bir an önce sağlığına kavuşmasını sağlamaktır. Bu durum sağlık

<sup>18</sup> Hüseyin Durdu, *Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk*, C.1, İzmir 1986, s.2.

çalışanlarının da asli görevidir. Ancak hastanın her kayıt ve şartta iyileşmesini beklemek, bu yükü hekimin omuzlarına bindirmek ve insani vasıflara aykırı tanrısal çözüm beklentileri ile hekimleri yüz yüze bırakmak yanlış bir yaklaşım olacaktır.

Hastaların tam olarak haklarının farkına varmaları ve bu hakları gözetmeleri, aslında hekim haklarının iyileştirilmesi ve tam bir güvenceyle desteklenmesi suretiyle mümkün olacaktır. Hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının çalışma şartlarının en ideal biçimde düzenlenmesi ve bu şekilde uygulanması ile hasta hakları sadece teoride kalmayıp, pratikte de fiilen gerçekleşebilecektir.

Hekim ve hasta arasındaki bu hassas ilişki, karşılıklı hakların ve sorumlulukların olduğu bir ilişkidir. Fakat bu ilişkide her iki tarafın eşitliğinden tam olarak söz etmek mümkün değildir. Özel hukuk münasebeti olduğu haller dikkat edilecek olursa hekimle hasta arasındaki ilişki, daha çok işçi-işveren ilişkisine ya da satıcı, sağlayıcı ve tüketici ilişkisine benzetilebilir. Çünkü taraflardan biri diğer taraf karşısında, kurulan hukuki ilişki ve bu ilişkinin gelişimi açısından daha güçsüzdür. Bir hukuki ilişkide, hele ki taraflarının özel hukuk süjesi olduğu bir hukuki ilişkide, taraflardan yalnız birinin haklarının varlığından, diğer tarafın ise korumaya değer herhangi bir hakkının olmadığından bahsetmek mümkün olmaz. Ancak taraflardan birinin diğer tarafa göre daha korunmaya muktedir olan özel durumu, ilişki özel hukuk ilişkisi bile olsa göz ardı edilemez.

Nasıl Türk Ticaret Kanunu'nun tacir olma hükümleri üst başlıklı 20. maddesinin ikinci fıkrasında; her tacirin, tacir olma sıfatından ötürü ticaretine ilişkin bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazım gelirse ve aynı şekilde işverenin işçisine karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmesi bir zaruret şeklinde İş Kanunu ile düzenlenmekte ise, bir hekimin de aralarındaki hukuki ilişkinin gereği olarak hastasını tedavi ederken normal bir hukuki ilişkide gösterilmesi gereken özen yükümlülüğünden çok daha fazla ihtimam göstermesi gerekmektedir. Bu özen yükümlülüğüne ilişkin, ülkemizde halen uygulanmakta olan ve 1998 yılında Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği, hekimlerin tıbbi yükümlülükleri hususunu ayrıntısıyla içermektedir. Zira HHY.'nin 5. maddesinde, sağlık hizmeti sunmanın temel ilkeleri düzenlenmiştir. Buna göre; bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı

olduğu ve sağlık hizmetinin her safhasında daima göz önünde bulundurulması gerektiği özellikle belirtilmiş, tüm fertlerin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarının var olduğu, üstelik hiç kimsenin bu hakkı ortadan kaldırma yetkisinin olmadığı belirtilerek, hastaya insanca muamelede bulunulması gerektiği hususuna özellikle dikkat çekilmiştir. Dahası sağlık hizmetinin verilmesinde hastaların ırk, dil, din, mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce ve felsefi inanç ile ekonomik ve sosyal durumlar gibi sair farklılıklarının dikkate alınamayacağı, sağlık hizmetlerinin herkesin kolayca ulaşabileceği şekilde planlanıp, uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple sağlık hizmetlerinden adalete ve hakkaniyete uygun olarak faydalanabilmeyi talep etme hakkı, hukuken korunan bir haktır. Bu hak, aynı zamanda sağlık hizmeti veren tüm kurum ve kuruluşlarla sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içerir.

## **2.2. ÜLKEMİZDE HASTA HAKLARINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER**

### **2.2.1. Kanunlar**

1. 1219 sayılı ve 1928 tarihli Tababet ve Şuabatı Sanatları Tarzı İcrasına Dair Kanun
2. 1593 sayılı ve 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
3. 2219 sayılı ve 1933 tarihli Hususi Hastaneler Kanunu
4. 6023 sayılı ve 1953 tarihli Türk Tabipleri Birliği Kanunu (Hekimlik meslek etiği kurallarını kapsar.)
5. 2238 sayılı ve 1979 tarihli Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun
6. 2827 sayılı ve 1983 tarihli Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

### **2.2.2. Tüzükler**

1. 1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Tüzüğü
2. 1983 tarihli Özel Hastaneler Tüzüğü,
3. 1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük
4. 2002 tarihli Tıpta Uzmanlık Tüzüğü

### 2.2.3. Yönetmelikler

1. 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği
2. 2000 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği
3. 2002 tarihli Özel Hastaneler Yönetmeliği
4. 2004 tarihli Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği
5. 2008 tarihli Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik.

## 2.3. DÜNYADA HASTA HAKLARINA İLİŞKİN İTİBAR EDİLEN METİNLER

Aslında hasta hakları ile ilgili ilk çalışmalar 1970’lerde Amerika Birleşik Devletlerinde bizzat hekimler tarafından başlatılmıştır. Bu tarihten önceki dönemlerde hasta ve hekim arasındaki ilişkiler, geleneksel tıp etiği ilkeleri çerçevesinde kurulmuş ve işlemiştir. Fakat bu kuralların herhangi bir hukuksal yaptırımı yoktur. Gelişen yirmi yıl içinde pek çok Avrupa ülkesi tarafından hasta hakları kanunu kabul edilmiş, böylece hasta hakları hukuki boyutta korunma altına alınan temel haklardan olmuştur (Finlandiya 1993, Litvanya 1996, İzlanda 1997, Danimarka 1998, Norveç 2000, Estonya 2002, Fransa 2002, İsviçre 2003)<sup>19</sup>.

Dünyada hasta haklarına ilişkin olarak ortaya çıkan ve 1981 yılında Dünya Hekimler Birliği tarafından kabul edilen “Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi” ilk uluslararası belge olması açısından önem arz eder<sup>20</sup>. Bu belge, altı maddeden ve bir paragraftan oluşmaktadır<sup>21</sup>. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, hastalara bazı haklar tanımak ve hekimlere de bazı yükümlülükler yüklemek suretiyle hekim ve hasta arasındaki ilişkiyi düzenlemesi açısından yeterli bir belge olmakla birlikte, diğer sağlık personeli ve kurumlarla hasta ve/veya hekim arasındaki ilişkiye yer vermemesi açısından yetersiz bir bildirgedir.

<sup>19</sup> Erkin Göçmen, ” Temel Hasta Hakları”, *Güncel Hukuk Dergisi*, S.13, 2005, s.59.

<sup>20</sup> Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s.48.

<sup>21</sup> Ayşe Almila Pazarıcı, *Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu*, (Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2007, ss.111–112, Nizamettin Aydın, Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.22, 2008, s.7.



### 2.3.1. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi

Bildirge, hasta haklarını dile getirmeden önce hekimlerin sorumluluklarından bahsetmek suretiyle hasta haklarının uygulanmasını güvence altına almaya çalışmıştır. Buna göre hekim;

*“Pratik, etik ve yasal tüm zorlukların bilincinde olarak, her koşulda vicdanının sesini dinlemeli ve hasta için en iyi olanı yapmalıdır. Aşağıdaki bildirge hekimlik mesleğinin hastalara sağlamayı amaçladığı temel hakları içermektedir. Yasalar veya hükümet uygulamaları, hastaların haklarına uygun olmadığı durumlarda bu uygulamaları düzeltmeye veya ortadan kaldırmaya çalışmalıdır.”*

Devamında hastaların sahip olduğu haklar altı madde halinde sayılmıştır. Bu haklardan ilki, hastanın hekimi özgürce seçme hakkıdır. Hastaların sahip olduğu diğer bir hak, hiçbir dış etki altında kalmadan özgürce klinik ve etik kararlar verebilen bir hekim tarafında bakılabilmek hakkıdır. Lizbon Bildirgesi'yle ele alınan bir diğer hak, hastaların yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra, önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahip olmalarıdır. Dahası hastalar hekimden tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahiptir. Son olarak her hasta, onurlu bir şekilde ölme hakkına ve uygun bir dinî temsilcinin yardımıyla ruhi ve manevi teselli kabul veya reddetme hakkına sahiptir<sup>22</sup>.

### 2.3.2. Amsterdam Bildirgesi (Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi)

Hasta haklarını uluslar üstü platformda ele alan ilk belge olan Lizbon Hasta Hakları Bildirgesini, 28–30 Mart 1994 tarihinde yayınlanmış olan Amsterdam Bildirgesi takip eder. Bu bildirge; sağlık hizmetlerinde insan hakları ve değerleri, bilgilendirme, onay, mahremiyet ve özel hayat, bakım ve tedavi, başvuru ve tanımlar üst başlıklı yedi bölümden oluşmaktadır. Bildirgede hasta haklarının insan hakları ile ilişkisi anlatılmış, kadın ve erkek herkesin eşit olduğundan ve saygı görme hakkına sahip bulunduğu bahsedilmiştir. Ayrıca her ferdin kendi yaşamını belirleme, fiziksel ve mental bütünlüğe sahip olma ve kişi olarak güvenli bir yaşam sürdürme hakkı üzerinde durulmuştur. Kadın olsun, erkek olsun her bireyin özel yaşamına saygı

<sup>22</sup> *Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, (1.2.3.4.5.6. m.)*, Erişim: 12.05.2010, <http://www.haksay.org/index.php?q=node/21>.

esastır. Her birey kendi ahlaki ve kültürel değerlerine, dinsel ve felsefi inançlarına sahip olma ve bu değer ve inançlara saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Dünya Sağlık Örgütü'nün hedeflerinden biri olan en yüksek sağlık seviyesine ulaşma isteği, bu bildirge ile ayrıca kaleme alınmıştır. Hastanın bilgilendirilmesi hususu ayrı bir üst başlık olarak düzenlenmiş, bilginin herkes için ulaşılabilir olması gerektiği belirtilmiştir. Öyle ki, hastalar durumları ile ilgili tıbbi gerçekleri, önerilen tıbbi müdahaleleri, her müdahalenin potansiyel bazı riskleri ve faydaları beraberinde getireceğini, mevcut tıbbi müdahalelere alternatif olan tıbbi müdahaleleri, tedavisiz kalmanın sonuçlarını, teşhis, tanı ve tedavi hususlarını içerir şekilde tıbbi açıdan tam olarak bilgilendirilme hakkına sahiptir. Ancak bilgilendirme her hastanın farklı yaşam tarzına ve idrak kabiliyetine sahip olduğu gerçeği göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Hastanın anlamasını beklemenin mümkün olmayacağı, tıbbi terminoloji kullanılarak yapılan bilgilendirmeler, bu açıdan uygun görülmez. Hatta eğer gerekir ise, hastanın tıbbi açıdan bilgilendirilmesi için çevirmen dahi kullanılmalıdır. Bilgilendirilmede kısıtlamanın hasta üzerinde olumlu etkiler yapacağına öngörüldüğü haller dışında, bilgilendirilme hakkı kısıtlanamaz. Hasta, hakkındaki tıbbi tanı hususunda yahut sağlık durumuyla ilgili diğer konulara ilişkin olarak ikinci bir görüş alma imkânına sahip olmalıdır. Hastaya herhangi bir tıbbi girişim yapılmadan önce onayı alınmalıdır. Eğer hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı bir durum var ise ve bu halde hastanın daha önce bu girişimi reddettiğini gösterir bir ifadesi de yok ise, onayının olduğu varsayılarak gerekli tıbbi müdahalede bulunulur. Hastanın yasal temsilcisinin onayının gerektiği ve fakat zamanında alınamadığı durumlarda önerilen girişim acil ise derhal müdahalede bulunulur. İnsan vücudunun tüm parçalarının kullanımı ve korunması için hastanın onayına ihtiyaç vardır. Mahremiyet ve özel hayat başlıklı kısımda hastaların kişisel hakları korunmaya çalışılmış, hastaya ilişkin bilgilerin gizli tutulmasının gerekliliği savunulmuştur. Çünkü hastanın kimliği, sağlık durumu, tanısı, tedavisi gibi kişiye özel tüm bilgiler hasta ölse bile, ölümden sonra dahi gizli olarak korunmalıdır. Hastaya ait bütün bilgiler, ya hastanın açık izni ile veya mahkemenin talebi üzerine açıklanabilir<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Pazarcı, Age., s.102 vd., *Amsterdam Bildirgesi (Avrupada Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi)*, Erişim: 12.05.2010, <http://www.haksay.org/index.php?q=node/22>.

### 2.3.3. Bali Hasta Hakları Bildirgesi

Dünya Hekimler Birliği, Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'ndeki mevcut eksiklikleri göz önünde bulundurarak 1995 yılının Eylül ayında, Endonezya'nın Bali şehrinde düzenlediği bir toplantıda bu bildirgeyi kabul etmiştir. Bali Bildirgesi ile Lizbon Bildirgesinde yer alan hasta haklarına ek olarak bir takım hasta hakları öngörülmüş ve bunlar kaliteli tıbbi bakım hakkı, seçim yapma özgürlüğü, kendi kaderini belirleme hakkı, bilinci kapalı hastalar konusundaki düzenlemeler, yasal ehliyeti olmayan hastalar hususundaki düzenlemeler, hastanın isteğine karşın yapılan girişimler, bilgilendirme hakkı, gizlilik hakkı, sağlık eğitimi hakkı, onur hakkı ve dini destek hakkı gibi başlıklar ile düzenlenmiştir. Bildirinin ilk kısmında hekimlerin kendi vicdanları doğrultusunda ve hasta yararına hareket ederken, aynı zamanda hastanın özerkliğini ve haklarını da garanti etmesi gerektiği belirtilmiş, hekimlerin, diğer kişilerin ve sağlık bakımıyla ilgili kurumların bu bildirme ile güvence altına alınan hasta haklarına riayet etmeleri gerektiği üzerinde durulmuştur. Eğer kanun koyucu, hükümetler yahut diğer kurumlar bu hakların varlığını ve korunması gerektiğini kabul etmezler ise, ancak hekimlerin bu hakların koruyucusu olacakları hükme bağlanmıştır. Ayrıca belirtilmesi gereken diğer bir nokta, bu bildirme ile insanlara ilişkin biyomedikal araştırmalara katılan –tedavi amaçlı olmayan araştırmalar da dâhil- kişilerin de, hastaların sahip olduğu haklara sahip olacağı hususudur<sup>24</sup>.

### 2.3.4. Biyotıp Sözleşmesi (1997)

Bu sözleşme Avrupa Konseyi üyesi devletlerle diğer devletler ve Avrupa Topluluğu üyesi devletlerin katılımıyla oluşturulmuş ve kabul edilmiş bir hukuki metindir. Ülkemiz bu sözleşmeyi 04.04.1997 tarihinde imzalanmış, sözleşme Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 03.12.2003 tarihinde onaylanmış ve buna dair Kanun, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” adı ve 5013 kanun numarasıyla 09.12.2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

<sup>24</sup> *Bali Hasta Hakları Bildirgesi*, Erişim: 12.05.2010, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=6581>.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre bu sözleşmenin konusu ve amacı, insan haysiyetinin ve kimliğinin korunması; biyoloji ve tıbbın uygulanmasında ayırım yapmadan herkese, bütünlüklerine ve diğer hak ve temel hürriyetlerine saygı gösterilmesini güvence altına almaktır. 2. maddeye göre, insanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun saf menfaatlerinin üstünde tutulacaktır. Ayrıca bu sözleşmeyle araştırmalar dâhil sağlık alanında gerçekleştirilen her müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerektiği belirtilmiş ve hekimleri sağlık gereksinimleri ile mevcut kaynakları dikkate alarak yasal yetkileri dâhilinde, sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır.

Üstelik Biyotıp Sözleşmesi'nin 24. maddesine göre “kabul edilemez zarar” kavramı adı altında, tıbbi müdahale sonucunda hekimin, hastayı kabulü mümkün olmayan bir zarara uğratması halinde kanunda belirtilen koşullar ve usuller uyarınca adil bir tazminat isteme hakkının mevcut olduğu belirtilmiştir<sup>25</sup>.

### **2.3.5. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (2002)**

“Hasta Hakları Ana Sözleşmesi” veya “Temel Doküman” olarak da adlandırılan bu belge, Roma'da 2002 yılının Kasım ayında “Active Citizenship Network Group-Faal Vatandaşlık Grubu” tarafından hazırlanmış ve tartışmaya açılmıştır. Bu belgeyle Avrupa Birliği ülkelerinin ulusal sağlık sistemleri arasında farklılıklar olmasına rağmen; hasta, tüketici, kullanıcı, aile bireyleri, azınlıklar ve risk taşıyan normal sıradan insanların hakları konusunda aynı şartların geçerli olması gerektiği vurgulanmıştır. Statü, Avrupa Birliği ülkeleri arasında serbest geçiş/dolaşım ve genişletme süreci açısından bu hakların önemine de değinerek, yürütme ve uygulamayla ilgili sorumlulukların ulusal düzeyde hasta hakları konusuyla ilgilenen aktif vatandaşlık kurumlarına verilmesini kayıt altına almıştır. Temel Haklar Ana Sözleşmesi'nin 35. maddesi, “sağlığı koruma hakkını” ortaya koymakta ve bunun koruyucu sağlık tedavisi hakkı ile ulusal kanun ve uygulamalar tarafından oluşan şartlar kapsamında “tedaviden yararlanma hakkını” da kapsadığını belirtmektedir. Statü, sağlık hizmetlerini şu anki geçici durumuna uygun somut, uygulanabilir ve düzgün hale getirmeyi amaçlayarak, on dört temel hasta hakkını

<sup>25</sup> *Biyotıp Sözleşmesi*, Erişim: 12.05.2010,  
[http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/include/dosyalar/19\\_iphep\\_kutup\\_ETS164\\_trsb.pdf](http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/include/dosyalar/19_iphep_kutup_ETS164_trsb.pdf).

kaleme almıştır. Bunlar; koruyucu tedbirlerin alınmasını isteme hakkı, hizmetten yararlanma hakkı, bilgilenme hakkı, rıza (onam) hakkı, hekimi ve tedaviyi özgürce seçme hakkı gibi temel hasta haklarıdır<sup>26</sup>.

#### 2.4. MUKAYESELİ HUKUKTA HASTA HAKLARI VE HEKİMİN SORUMLULUĞU

Mukayeseli hukuk açısından hekimin hukuki sorumluluğu incelendiğinde, geçmişten günümüze çeşitli cezaların öngörüldüğü görülecektir. Sorumluluk kavramının vücut bulduğu Roma Hukukunda hekimin sorumluluğuna ilişkin ilk kurallara, XII Levha Kanunlarında rastlanmaktadır. Ancak, hekimin sorumluluğuna ilişkin en önemli düzenleme “Lex Aquilia ve Lex Cornelia de sicariis et veneficiis” de yer almaktadır. Lex Aquilia, hekimin yanlış tıbbi müdahalesi ile Roma vatandaşının mal varlığında husule gelen zararın giderilmesi için yürürlüğe konulmuş bir kanundur. “Justinian Corpus Iuris Civilis” den alınan bu kurallar, yüzyıllar sonra oluşan, modern hukuk sistemlerinin de temelini olmuştur. Lex Aquilianın hekimin sorumluluğu açısından en önemli özelliği; acemilik, ihmal, bilgisizlik gibi hallerin ilk defa bu hukuki metin ile ağır kusur olarak kabul edilmiş olmasıdır. Bununla birlikte Roma Hukukunda kasten gerçekleştirilen ciddi bir zarar olmadıkça, hekimin cezai sorumluluğu yoluna gidilemez<sup>27</sup>.

Fransız Hukukunda ise bizim hukukumuzdan farklı olarak tıbbi uygulama hatası mağdurları, iddiasını ya da şikâyetini hükümet tarafından atanan bölgesel komitelere iletir. Komite, olayda hatalı tıbbi uygulama olup olmadığını yahut var ise hatalı uygulamanın hangi oranda olduğunu belirleyerek, tazminat miktarını tespit eder. Hekim ise hatalı tıbbi uygulamanın kendi kusuru neticesinde oluşmadığını bölgesel komiteye ispat etmekle yükümlüdür. Fransa’daki sistemin temeli, hekime ceza vermekten ziyade, kusurun nedenlerini araştırarak mağdurların zararının giderilmesini amaçlar<sup>28</sup>.

<sup>26</sup>Mustafa Sütlaş, *AB Hasta Hakları Ana Sözleşmesi ve Örgütlenme*, Erişim: 12.05.2010, <http://www.sutlas.gen.tr/has-insan-1.htm>.

<sup>27</sup>Uygur, Age., ss. 31–32.

<sup>28</sup>Azmi Ekmen, *Avrupa Birliği Ülkeleri ve Diğer Gelişmiş Ülkelerde Malpraktis (Hatalı Tıbbi Uygulama) Sonucu Uygulanan Cezalar*, Erişim: 12.05.2010, <http://www.saglik.gov.tr>

Almanya ve Avusturya’da hekimle hasta arasında yapılan sözleşme nitelik itibariyle hizmet sözleşmesidir<sup>29</sup>. Alman Hukukunda hekimin sorumluluğu açısından aydınlatma yükümlülüğü önemli bir yere sahiptir. Hastanın, tıbbi müdahale için vereceği rızanın geçerliliği açısından önem taşıyan bu mesleki yükümlülük, hekimlik sözleşmesi açısından da özenle yerine getirilmesi gereken bir husustur. Almanya’da aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, hekimin meslek hatasından sonra hakkında en çok dava açılan olgudur. Bu sebeple aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, genel sorumluluk sebebi sayılmaktadır<sup>30</sup>.

Belçika’da hekimlerin temsilcisi olan “Order of Physicians” isimli kuruluş, hatalı tıbbi uygulamada bulunan hekimlerin tabip odası kaydını silme ve hekimlik ruhsatını iptal etme yetkisine sahiptir. Benzer bir uygulama, Portekiz’de de görülmektedir. Ülkedeki tüm hekimleri temsil eden Portekiz Hekimler Birliği (Portoguese Medical Association), herhangi bir tıbbi uygulama hatası sonucunda hekimlere; kınama ve benzeri disiplin cezaları vermekte, ağır kusur halinde ise hekimlerin hekimlik ruhsatlarını askıya almakta yahut iptal edebilmektedir. Macaristan’da Hekimler Odası (Hungarian Medical Chamber) tarafından soruşturmanın sonucuna ve hatalı uygulamanın içeriğine göre hekimin ruhsatı askıya alınabilmektedir. Diğer taraftan kusurlu hekim, ülkedeki Medeni Kanun hükümlerine göre, ayrıca detaylı soruşturmaya alınmaktadır. Macaristan’da yanlış tıbbi müdahale nedeniyle hekimin sorumluluğuna ilişkin olarak göze çarpan bir diğer husus ise mağdur hastaların konu hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığı hallerde, uzman kişiler tarafından ücretsiz olarak eğitilmeleridir.<sup>31</sup>

İsviçre’de ise, hekimin hukuki sorumluluğu vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir<sup>32</sup>. Bu sebeple, İsviçre Hukuku’nda sözleşme ilişkisine aykırılık nedeni ile hekimin sorumluluğu yoluna gidilebilir. Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğunun tespit edilebilmesi için borca aykırılığın, dolayısıyla hukuka aykırılığın incelenmesi gerekir. Bu da hekimin mesleki hatasının varlığı halinde veya sözleşme ile öngörülen edimin kötü ifa etmesi durumunda ortaya çıkar. Hekim, tamamen veya kısmen ifa

<sup>29</sup> Yıldız Abik, “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı”, *AÜHFĐ.*, 54(3), 2005, s.249.

<sup>30</sup> Uygur, Age., ss. 33–34.

<sup>31</sup> Ekmen, Agm.

<sup>32</sup> Abik, Age., s.249.

etmeme yahut kötü ifa etme nedeniyle kusurlu olmadığını ispat edemediği sürece, hastanın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür<sup>33</sup>.

“Common Law” sisteminin geçerli olduğu İngiltere’de hekimin sorumluluğunun merkezinde, haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından ihmâl (negligence) yer alır. İhmâl, görevin gerektirdiği özen yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemektir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkiden kaynaklanan özen yükümlülüğü (duty of care) bakımından görevin ihmali, hekimin göstermesi gereken özeni göstermemesi (breach of duty) ve buna bağlı olarak hastayı zarara uğratması (consequent damage) ile kasıtlı olmaksızın gerçekleştirilmiş olur. Bununla beraber, kasıtlı olarak hastanın rızasını almaksızın hekimin sebep olduğu bedensel zararlar da (battery) dikkate alınmalıdır. Ancak bu sorumluluk, hastanın rızasının olmadığı haller ile sınırlıdır. Hekimin eksik aydınlatması ile alınan rıza, yukarıda söz edilen “battery” kavramının kapsamı dışındadır<sup>34</sup>.

Amerikan Hukuku, yargısal uygulamaların (case law), örf ve adet hukukunun (common law) ve hakkaniyet (equity) ilkelerinin ön planda olduğu, Anglo-Amerikan hukuk sistemine dâhildir. Bu sebeple, İngiliz Hukukundaki ve Amerikan Hukukundaki uygulamalar, bir takım farklılıklar haricinde birbirine benzer. Amerika Birleşik Devletleri’nde, hekimin hukuki sorumluluğu, bilhassa 19. yüzyılın ikinci yarısında pek çok davaya konu olmuştur. Son zamanlarda ise tıbbi uygulama hatası olduğu sonucuna varılan davalarda ani bir artış görülmeye başlanmıştır. Hatta 1970’lerin sonundan itibaren hekimler aleyhine yüksek miktarda tazminatlara hükmedilmesi, hekimleri bir alanda uzmanlaşmak zorunda bırakmıştır. Amerika’da çok ciddi maliyetlere neden olan tıbbi uygulama hatalarının büyük çoğunluğunun, ihmalden ve teknolojinin kullanılmasından kaynaklandığı tespit edilmiştir. Amerikan hukukunda tıbbi sorumluluk açısından hekim ile hasta ilişkisine baktığımızda, bu ilişkinin karşılıklı bir anlaşmaya dayandığı, eğer hasta istemiyorsa, hekimin de tedavi etme yükümlülüğünün bulunmadığını görüyoruz. Amerikan hukukunda tıbbi sorumluluk iddiaları, daha çok hekimin göstermesi gereken özeni göstermemesine, genel anlamda ise haksız fiil hukukuna (tort law) dayanmaktadır<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Uygur, Age., s.36.

<sup>34</sup> Abik, Age., ss.250–251, Uygur, Age., ss.37–40.

<sup>35</sup> Uygur, Age., ss.40–41.

Hekimin hatalı tıbbi uygulama neticesinde oluşan sorumluluğuna örnek teşkil etmesi açısından, ABD’de görülmüş bazı davaları incelemekte fayda vardır. ABD’nin New England eyaletinde bir hekim, 84 yaşındaki hastasının ameliyat esnasında safra kesesi yerine böbreklerinden birini almış ve bu sebeple yetkili Kurul tarafından, bundan böyle başka bir hekim gözetiminde mesleğe devam etme cezası ile cezalandırılmıştır. Yine ABD’nin bu kez New York eyaletinde yaşanan bir başka olayda; aşı kayıtlarında sahtecilik yapan (iki aileden dört çocuğa aşı yapmış gibi gösteren) hekime, bundan böyle mesleğini başka bir hekim gözetiminde yapma cezası verilmiştir. ABD’de yaşanan bir diğer örnekte, Nevada eyaletinde yaşanan hatalı bir tıbbi uygulama söz konusudur. Kolon kanseri tedavisine yanlış teşhis koyan hekim, hastasına kanser değil de hemoroit tedavisi uygulamış ve ölümine sebebiyet vermiştir. Bu sebeple hekime 6500 Dolar para cezasının yanı sıra 16 saat kanser tarama eğitimi alma zorunluluğu getirilmiştir<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Ekmen, Agm.



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### HEKİM-HASTA İLİŞKİSİNİN HUKUKİ ÖZELLİĞİ

Günlük hayatta gerçekleşen olgular “hukuki sonuç doğuran” ve “hukuki sonuç doğurmayan” olaylar olarak ikiye ayrılır. Kişilerin giyinmesi, yemesi, içmesi ve hastanın hekime başvurarak olağan şartlarda tedavi olması ve tedavinin umulan şekilde sonuçlanması yahut en azından halin gerektirdiği müdahalenin hekim tarafından eksiksiz gerçekleştirilmesi hukuki sonuç doğurmayan olaylardır. Bu olgular zaten olağan seyrinde sorunsuz yaşandığı için hukuk düzeni açısından sonuç doğurmayan olaylardır. Hukuk düzeni için ehemmiyet arz eden, hukuki sonuç doğuran olgular ise, hukuki olaylar ve hukuki fiiller olmak üzere ikiye ayrılır. Hukuken sonuç bağlanan, diğer bir ifade ile hukuk düzeninin önemli saydığı olguların bazılarında bilinçli insan iradesinin bir rolü yoktur. Doğum gibi, ölüm gibi, vadenin geçmesi gibi haller bunlardandır. “Hukuki işlem” dediğimiz ve bu bakımından ayrılan olguları ise “geniş anlamda hukuki fiiller” olarak adlandırılan başka bir grup içinde aramak gerekmektedir. Geniş anlamda hukuki fiil; kişilerin menfi yahut müspet surette ortaya çıkabilen, bilinçli bir iradenin ürünü olan ve dış dünyada ifade bulan davranışlardır. Geniş anlamda hukuki fiilleri de, “hukuka uygun fiiller” ve “hukuka aykırı fiiller” olmak üzere iki kısımda inceleriz. Haksız fiiller (BK. 41.m) ve borca aykırı davranışlar (BK. 96.m) hukuk düzenince uygun bulunmayan, hukuka aykırı fiillerdendir. Hukuka uygun fiillerin türlerinden biri olan hukuki işlemler, geniş anlamda irade beyanları içinde en önemli kategoriyi oluşturur<sup>37</sup>.

Hukuki işlem, bir yahut birden fazla kişinin, hukuk düzeni tarafından belirlenen sınırlar içinde ve fakat hukuksal sonuçlar meydana getirme maksadına yönelmiş bulunan iradenin açığa vurulmasıdır. İradenin açığa vurulması hukuki işlemin en belirgin özelliğidir. Zira irade açığa vurulmazsa, hukuksal sonuç oluşmaz. Hukuksal sonuç doğurmayan, açığa vurulmayan bir irade ile de hukuk düzeni ilgilenmez<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2008, ss.83–87, Aydın Zevkliler, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, İzmir 1995, s.2.

<sup>38</sup> Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1*, İstanbul 1992, ss.99–100, Zevkliler, (Özel), s.2.

Tek bir tarafın irade beyanından oluşan hukuki işlemler de hukuki sonuç doğururlar. Mesela birlikte mülkiyette kanuni şuf'a hakkının kullanılması böyledir. Ölüme bağlı tasarruflardan vasiyetnameyle öngörülen hususlarda da tek taraflı bir irade beyanıyla hukuki sonuç doğar. Sözleşme ilişkisi ise en az iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yöneldiği hukuki sonucu ifade eder<sup>39</sup>.

Bazı hâllerde hekim-hasta ilişkisinde karşılıklı iki tarafın varlığı ve bu iki tarafın ortak bir sonuca ulaşmak maksadıyla yaptıkları irade açıklamaları, bu ilişkinin tipik bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu gösterir. Ancak hekim ve hasta arasında her zaman sözleşme ilişkisi niteliğinde bir ilişki bulunmaz. Bu bakımdan hekim-hasta ilişkisini mahiyeti itibariyle incelemekte fayda vardır.

### **3.1. HEKİM-HASTA İLİŞKİSİNİN KURULMA BİÇİMLERİ**

Hekimle hasta arasındaki ilişkinin niteliği, ilişkinin kurulma biçimine göre farklılık gösterir. Çünkü hekimlik mesleği farklı şekillerde icra edilen bir meslektir. Bazı hekimler serbest çalışırken, bazıları kamu hastanelerinde görev yapmaktadır. Kimi hekim özel hastanelerde sağlık hizmeti verirken, kimisi kamu hastanesinde mesleğini icra etmekte ve eş zamanlı olarak özel muayenehanesinde de sağlık hizmeti sunmaktadır. Tüm bu hallerde hekimle hasta arasındaki ilişkinin niteliği farklılık göstermektedir. Bu sebeple yanlış tıbbi müdahale neticesinde hekimin sorumluluğu da farklı esaslara tabi olacaktır.

Hastanın hekime başvurması iki şekilde gerçekleşir. İlkinde hasta doğrudan hekime başvurur. İkincisinde ise hasta, hastane aracılığıyla hekime başvurur.

#### **3.1.1. Hastanın Hekime Doğrudan Başvurduğu Hâllerde Hukuki İlişkinin Özelliği**

Hastanın hekimin özel muayenehanesine gitmesi veya evine çağırması halinde hekim ile arasındaki ilişki doğrudan kurulur ve kurulan bu ilişki, sözleşme ilişkisidir. Kaldı ki, hekim hastasının bir hastaneye yatmasını ve orada bir takım tıbbi müdahalelerde bulunmayı gerekli görmüş ise sözleşmesel ilişki yine hekim-hasta arasındadır. Bu durumda hekim, hastanede yardımcı kişi kullansa dahi hasta ile

<sup>39</sup> M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Eserler*, İstanbul 2009, ss.33–39, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Age., s.95.

arasındaki sözleşme ilişkisinin niteliği değişmez. Elbette hekimle hasta arasında böyle bir sözleşme ilişkisinin varlığı bazı hâllerde ilgili hastanenin sorumlu tutulmasına engel değildir. Zira eğer hastanın hastanede yattığı sırada ya da tıbbi müdahale esnasında veya sonrasında hastane personeli yahut hastaneye ait araç ve gereçten zarar görmesi halinde sorumluluk hastaneye ait olacaktır<sup>40</sup>.

Hastanenin sorumluluğu, olağan sebep sorumluluğudur. Olağan sebep sorumluluğu ise kaynağını, belirli bir kişi veya kişiler yahut belirli bir şey üzerinde sahip olunan hâkimiyet (egemenlik) ilişkisinden alır. Gerçekten de olağan sebep sorumluluğu halleri (BK. 55.m, BK. 56.m, BK. 58.m, MK. 369.m, MK. 730.m) sorumlu olan kişiye, sorumluluğun kaynaklandığı kişi veya şey üzerinde denetim ve gözetim ödevi yüklemektedir. Objektif nitelikte bir özen gösterme yükümlülüğü olan bu denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde ise, sorumlu kişi (hastane) hastada husule gelen zararı gidermekle mükelleftir. Bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğu (BK. 58.m) ile taşınmaz malikinin sorumluluğu (MK. 730.m) halleri dışındaki diğer tüm olağan sebep sorumluluğu hallerinde sorumlu kişi, kanunun kendisine yüklediği objektif özen yükümlülüğünü layıkıyla yerine getirdiğini ispat edebilirse, sorumluluktan kurtulur<sup>41</sup>.

Hastanın hekime doğrudan başvurması halinde aralarındaki ilişkinin sözleşme ilişkisi olduğu ve bu sözleşmenin de özel hukuk sözleşmesi olduğu ortadadır. Ancak öğretilerde yaşanan tartışmalar, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin ne tür bir özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündedir. Bu özel hukuk sözleşmesi; tedavi sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi (Artzvertrag)<sup>42</sup> hatta sağıltım sözleşmesi olarak da adlandırılmaktadır<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Ahmet Çelik, *Hastanelerin ve Hekimlerin Sorumluluğu*, Erişim: 12.05.2010, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.htm>.

<sup>41</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2008, ss.573-574.

<sup>42</sup> Mehmet Demir, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", *AÜHFD*, 57(3), 2008, s.232.

<sup>43</sup> İ. Hamit Hancı, *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara 2006, s.147; Hancı bu sözleşmeye *tedavi sözleşmesi* olarak adlandırmaktadır, Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991, s.49; Ayan ise bu sözleşme için hekimlik sözleşmesi ifadesini kullanmayı yeğler, Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s.262; Hakeri, eserinde hekimlik sözleşmesi kavramını kullanmıştır, Hüseyin Durdu, *Sağılık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk*, C.1, İzmir 1986, s.76; Durdu ise hastayla hekim arasındaki özel hukuk sözleşme münasebetini sağıltım sözleşmesi olarak adlandırmıştır.

Hekimlik sözleşmesinde de diğer pek çok sözleşme türünde olduğu gibi tarafların sözleşmeden kaynaklanan karşılıklı edimlerini gereği gibi ifa etmeleri halinde, sözleşme olağan şekilde sonlanacak ve hukuk düzeni için bu durum bir sorun teşkil etmeyecektir. Ancak hekimin sözleşme ile yükümlendiği edimi gereği gibi ifa etmemesi, üstelik bu surette karşı tarafı zarara uğratması durumunda konuya ilişkin hukuk kuralları devreye girecektir. Bu durum salt hekimlik sözleşmesinde değil, tüm hukuki ilişkilerde böyledir.

Hekim bu ilişkide, hastada mevcut olan bir tıbbi sorunun çözülmesi edimini üstlenir. Diğer bir ifade ile hekim, hastanın rahatsızlığını tababet ilminin öngördüğü kurallar doğrultusunda teşhis ve tedavi etmek borcu altına girer. Buna karşın hasta ise, hekimin edimini yerine getirmesi mukabili, ona ücret ödeme borcunu yükümlenir. Hekimlik sözleşmesinin kurulabilmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Sarih yahut zımni bir irade beyanı ile kurulacak bu sözleşme, genellikle hastanın hekime başvurması üzerine hekimin teşhisi ve devamında tedaviye başlaması ile zımnen kurulur. Zaten niteliği itibariyle çoğunlukla da zımnen kurulan bir sözleşmedir. Tedavi sözleşmesi (Behandlungsvertrag) veya hekimlik sözleşmesi olarak adlandırılan bu hukuki ilişki Borçlar Kanunu ile ayrıca düzenlenmemiştir. Fakat genel itibariyle hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan sorunlarda Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulandığı pek çok yargı kararı ile sabittir. Bu noktada ehemmiyet arz eden asıl husus, kanun ile hükme bağlanmayan bu sözleşme türünün tipine ilişkindir.

### **3.1.2. Hastane Aracılığıyla Hekime Başvurma Halinde Hukuki İlişkinin Özelliği**

Hastalar bazı hallerde doğrudan hekime başvuramazlar. Böyle durumlarda hastaneler aracılığıyla hekimin tıbbi yardımını alan hastaların, hekimler ve hastane idareleri ile aralarındaki hukuki ilişkinin niteliği önem arz eder. Sağlık hizmetini sunan hastane kimi zaman özel hastane olmakta, bazen de kişiler tedavi olmak masadıyla kamu hastanelerine başvurmaktadır.

#### **3.1.2.1. Sağlık Hizmeti Sunucusunun Özel Hastane Olması**

Hastanın özel hastaneye başvurması ile hasta ve hekim arasındaki hukuki ilişki dışında ön plana çıkan bazı hukuki ilişkiler vardır. Bunlar hasta ve hastane işleticisi arasındaki ilişki ve hastane işleticisi ile hekim arasındaki hukuki ilişkidir. Hasta ile hastane işleticisi arasında kurulan hukuki ilişki sözleşme ilişkisidir. Bu sözleşmeye

“hasta kabul sözleşmesi” adı verilir. Böyle bir durumda hekim, hastane adına hastanın tedavisini üstlendiğinden BK.’nun 100. maddesi gereği, “yardımcı kişi” durumunda olacaktır<sup>44</sup>.

Hastayla özel hastane arasında kurulan tedavi amaçlı hasta kabul sözleşmesinin kapsamında; hastanın bakımı, yeme, içme, konforunun ve can güvenliğinin sağlanmasıyla yataklı tedavi yer alır. Öğretideki baskın görüş, bu sözleşmenin karma sözleşme türlerinden kombine sözleşmeler sınıfına dâhil olduğu yönündedir<sup>45</sup>.

Hastaneye kabul sözleşmesinin üç türü vardır. Bunlardan ilki, “tam hastaneye kabul sözleşmesi” dir. Aslında hastaneye kabul sözleşmesi, kural olarak bu şekilde yapılır. Yani bu sözleşme kurulurken taraflarca özel bir takım koşullar öngörülmemiş ise, hastanın hastaneye girişinin yapılması neticesinde özel hastane ile hasta arasında kendiliğinden tam hastaneye kabul sözleşmesi kurulmuş olur. Bu sözleşme kapsamında yer alan tüm hizmetler, eksiksiz olarak sunulmalıdır. Dikkat çeken nokta, böyle durumlarda hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin kurulmamış olmasıdır. Diğer bir hastaneye kabul sözleşmesi türü, “bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi” dir. Bu sözleşme türünde, sözleşmenin tedaviye ilişkin kısımları ayrı bir sözleşme olarak hekim ile hasta arasında akdedilir. Tedavi kapsamı dışındaki tüm hususlar için sözleşme, özel hastane işleticisi ile hasta arasında gerçekleşir. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesini diğer hastaneye kabul sözleşmelerinden ayıran unsur; tedavi ile ilgili zararlardan sadece hekimin sorumlu tutulabilmesidir. Diğer tüm zararlarda mesuliyet özel hastane işleticisine aittir. Hastaneye kabul sözleşmesinin son türü, “hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi” dir. Bu sözleşme türünde hekim ile hasta arasında ayrı bir tedavi sözleşmesi kurulur. Bununla birlikte hasta, ayrıca özel hastane işleticisi ile tedavi sözleşmesini de kapsayan bir tam hastaneye kabul sözleşmesi akdeder. Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinin en önemli özelliği, tedaviden doğan zararlardan özel hastane işleticisi ile hekimin müteselsilen sorumlu olmalarıdır. Tedavi kapsamı dışındaki tüm zararlardan ise, sadece hastane işleticisi mesuldür<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Çelik, Agm.

<sup>45</sup> Serozan, Age., s.67, Yavuz, Age., s.23, Tandoğan, Age., C 1/I, ss.71-72, Ayan, Age., s.139.

<sup>46</sup> Levent Kıray, *Sağlık Hukuku Kapsamında Sorumluluk Hukuku ve Hekimlerin Sorumluluğu*, Erişim: 12.05.2010, <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=7852>, Çelik, agm; Özel hastaneler aslında “kamusal nitelikli sağlık hizmeti” veren kuruluşlardır ve hasta ile özel hastane arasındaki hukuksal ilişkiye bu açıdan bakmak, bu ilişkiyi herhangi bir sözleşme kalıbına sokmaksızın kendine

Ülkemizde farklı illerdeki bazı özel hastane yetkilileri ile yapılan görüşmelerden anlaşıldığı üzere uygulamada hasta kabul sözleşmesinin yazılı bir şekilde hastalar ve hastaneler arasında akdedilmediği, bu sebeple matbu bir sözleşme metninin olmadığı tespit olunmuştur. Zaten herhangi bir şekil şartına bağlı olmaması açısından hasta kabul sözleşmesinin sözlü olarak yapılması mümkündür. Böylece hastanın özel hastaneye başvurması ve özel hastanenin de hastayı kabul etmesi ile taraflar arasında hasta kabul sözleşmesi kurulmuş olur.

Bu kısımda üzerinde durulması gereken diğer bir husus özel hastanelerin sağlık güvencesi olan hastalardan kabul işlemi sırasında taahhütname almaları ve tüm işlemleri bu belge üzerinden yürütmeleridir. Bununla birlikte herhangi bir sağlık güvencesine sahip olmayan hastalara da sosyal güvencesi olan hastalara verilen taahhütnamelerden verilmekte ve bu hastaların kabul işlemleri de ilgili taahhütnamenin doldurulmasıyla başlatılmaktadır.

Hastane işleticisi ve hasta arasında hangi tür hastaneye kabul sözleşmesinin kurulmuş olduğunu kabul edersek edelim, hastaların hastaneye başvurmasıyla birlikte olağan bir takım işlemler silsilesi baş gösterir. Hastanın hastaneye kabulü iki şekilde gerçekleşir. Bunlardan biri rutin kabuldür. Rutin kabulde hastanın yaşam fonksiyonlarını olumsuz yönde etkileyecek, acil, ciddi bir tehlike söz konusu değildir. Hasta genellikle sağlıklı bir birey olarak belirtilen gün ve saatte tedavi veya tetkik için hastaneye kabul edilir. Bu gibi hallerde kabul işlemi, hastanın hastaneye kabul edildiği tarihten itibaren gereken her tür kayıt, evrak ve benzeri yazılı yasal ve tıbbi işlemlerin servise kabul edilmesi ve hemşirelik bakımının başlatılması ile gerçekleşir.

Hastanın hastaneye kabulünün ikinci şekli olan rutin olmayan, acil kabullerde hastanın kabul ve tedavisini başlatmak için yetkili bir hekim tarafından muayene edilmesi gerekir. Acil vakalarda hastalar genellikle ambulansla hastaneye getirilir.

---

özgü “sui generis” bir sözleşme olarak nitelemek gerekmektedir. Bu şekilde, ileride yapılacak yasal düzenlemelerde bu sözleşmeye (hekimlik sözleşmesiyle birlikte) ayrı ve bağımsız bir ad vermek gerekecektir. Bu görüşü destekleyen bir Yargıtay kararında şöyle denilmiştir. “...özel hastane işleteninin öncelikle tacir sıfatı ile basiretli bir tacir gibi davranması gereğinin yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren ve kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek zorundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır. Bu ilkeler gözetildiğinde, ehemmiyet arz eden şey; insan yaşamıdır.” YHGK. T.23.06.2004, E.2004/13–291, K.2004/370.

Ayrıca böyle hastalar için her kurum belirli oranda yatak bulundurmalıdır. Acil kabullerde, gelen her hasta kabul ofisine bildirilir. İlgili formlar hastanın durumu uygun olduğunda ya ofiste ya da hastanın odasında tamamlanır. Hastanın yardımcı olamadığı durumlarda gereken bilgi aile üyelerinden/yakınından alınabilir.

Hastayla ilgili gerekli belgelerin hazırlanmasından kabul ofisi sorumludur. Kabul ofisinde görev yapan memur, hasta veya aile üyelerinden birisiyle görüşmek suretiyle hastanın kimliğine ilişkin gerekli bilgiyi alır ve böylece formları tamamlar. (Hastanın ismi, yaşı, adresi, medeni durumu, mesleği, bağlı olduğu sosyal güvence türü, sevk ve benzeri bilgiler.)

Özel hastane işleticisinin sorumluluğu kurul olarak kusursuz sorumluluktur. Yargıtay'ın özel hastanelerin sorumluluğuna ilişkin verdiği bir karar bu hususu ortaya koyması açısından dikkat çekicidir. Bu karara göre; “....doğum ve kadın hastalıkları uzmanı olan davalı hekimin, davacının annesinin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı ve kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyonun giderilmesine yönelik bir tedavi uygulamadığı, bu sebeple olayda 2/8 oranda kusurlu bulunduğu Adli Tıp Genel Kurulu'nun raporuyla açıklanmıştır. Raporda davalı hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden aynı oranda kusurlu bulunmuştur. Ayrıca taraflar arasındaki uyuşmazlığa, vekâlet akdi hükümleri kıyasen uygulanacağından, davalıların özen gösterme borcuna aykırı bu davranışlarının kabul edilemeyeceği, en hafif kusurundan dahi sorumlu tutulan davalıların zararın tamamından sorumlu olmaları gerekirken, maddi zarar hesabında kusur oranına göre indirim yapılmış olması, usul ve yasaya aykırı bulunmuş ve ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur.”<sup>47</sup>

Bu davadaki karar, hekimin kusuruna yöneliktir. Standarttan sapma konusunda hekimin ihmali hareketleri incelenmemiştir. Oysa ihmal konusunda standarttan sapan hekimler ile bu hekimlerin sözleşme ilişkisi çerçevesinde görev yaptığı özel hastanelerin kusurunun varlığı tartışmalıdır. ABD’de standarttan sapma konusunda hekimin ihmali hareketlerine ilişkin olarak geliştirilen “kurumsal ihmal öğretisine” göre; hastaneler, çalıştırdıkları tüm personelin mesleki özgeçmişini araştırmakla mükelleftir. Bu şekilde

<sup>47</sup> Y13.HD.,T.08.07.2005, E.2005/3645, K.2005/1796. \*Bu çalışmada atıflar ile birlikte verilen Yargıtay kararları hariç, diğer tüm Yargıtay kararları Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programından alınmıştır.

hastanelerin sınırlı olan sorumlulukları genişletilmeye çalışılmıştır. Böylece, ihmal neticesinde oluşan zarardan kaynaklanan sorumluluğun, hekim ile hastane arasında paylaşılması da mümkün olacaktır. Bu yaklaşım, özel hastane sayısını arttırmaya yönelik olduğu gibi, özel hastaneleri ucuza hizmet satın alıp, yüksek fiyatla satma serbestliğinden alıkoymasından dolayı önem arz eder. ABD örneğinde özel hastaneler, ayrıca “Respondeat Superior” (istihdam edenin sorumluluğu) kuralı ile tüm çalışanlarının ihmalinden sorumludur<sup>48</sup>.

Ülkemiz hukuk sisteminde hekim veya diğer sağlık personeli istihdam eden özel hastaneler, hastanın gördüğü zarardan sağlık personelinin kusuru göz önünde bulundurulmaksızın sorumlu tutulur. Hastanelerin bu sorumluluğu daha öncede belirttiğimiz üzere kusursuz sorumluluktur. Kusursuz sorumluluk halleri Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile bazı özel kanunlarda yer alan özel sorumluluk halleridir.

Kusursuz sorumluluk kural olarak zarara sebep olma esasına dayanır. Kusursuz sorumluluğun varlığı için zarar ile olay arasında sebep-sonuç ilişkisinin (illiyet bağı-nedensellik bağı) varlığı yeterlidir. Ayrıca kusurun varlığı aranmaz<sup>49</sup>. Kusursuz sorumlulukta kusurun varlığının gerekli görülmemesinde temel mantık, karmaşık teknikler, gelişen teknoloji ve sosyal ilişki ağı içinde kusurun saptanmasında yaşanan zorluktur<sup>50</sup>.

### **3.1.2.1.1. Özel Hastanenin BK. 55. ve BK. 100. Madde Kapsamında Sorumluluğu**

Borçlar Kanunu ile düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinden biri, başkasını çalıştıranın (adam istihdam edenlerin) sorumluluğudur. Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde başkasını çalıştıranların sorumluluğu şöyle düzenlenmiştir;

*“Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan 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*

<sup>48</sup> C. J. Margeret, *The Law of Medical Malpraktis*, New York 2001, s.31, künyeli eserden aktaran Günday, Age., ss.25–26.

<sup>49</sup> Karahasan, Age., s.494.

<sup>50</sup> Eren, Age., ss.449-450.



*olamayacağını ispat ederse mesul olmaz. İstihdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır.”*

BK. 55. madde özel hukuk hükümleri çerçevesinde hekim çalıştıran özel hastanelere uygulanır. Bu durumda adam çalıştıran gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Her ne kadar kamu hastanelerinin kamu hukuku kurallarına tabi olarak çalıştırdıkları kişilerin üçüncü kişilere verdikleri zararlardan kamu kurum ve kuruluşları kamu hukuku kuralları çerçevesinde sorumlu olsalar da, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk hükümleri çerçevesinde çalıştırdıkları kişilerin (işçilerin) diğer kişilere verdiği zararlardan ötürü kamu tüzel kişiliğinin sorumluluğu da BK. 55 kapsamında değerlendirilmelidir<sup>51</sup>.

Başkasını çalıştıranın sorumluluğu genel olarak, istihdam edenin yükümlü olduğu objektif özeni göstermemiş olmasından kaynaklanmaktadır. BK. 55. madde ile düzenlenen sorumluluk hali “kusur karinesine” dayanmamakta, bilakis kusursuz sorumluluk hali olarak, kusurun varlığını aramamaktadır. İstihdam edenin sorumluluğu, başkasını çalıştıran kişilerin, diğer kişilere verdikleri zararın niteliğine göre, yani zarara sebep olan olayın haksız fiil yahut sözleşmeye aykırılık teşkil etmesine göre farklılık arz eder. Bu sebeple BK.’nun 55. ve 100. maddeleri ile ayrı ayrı düzenlenmiştir<sup>52</sup>.

BK.’nun 100. maddesine göre ise;

*“Bir borcun ifasını veya borçtan doğan bir hakkın kullanılmasını kendisiyle beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara, kanuna uygun bir şekilde de olsa bırakan kimse, bunların işlerini ifa esnasında sebep oldukları zarardan dolayı diğer tarafa karşı sorumludur.”*

Böylece bir hastanede (özel hastane) çalışan hekim, yanlış tıbbi müdahalede bulunur da hastayı haksız fiil sayılan bir halde zarara uğratırsa, hastane idaresi BK.’nun 55.maddesi uyarınca doğrudan doğruya kendisine açılan davada hizmetinde çalıştırdığı hekimin haksız fiilinden doğan zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Ancak hastane idaresi ile zarar gören hasta arasında bir sözleşme ilişkisi varsa, hastane idaresi hekimin hastaya verdiği zarardan BK.’nun 100. maddesi çerçevesinde sorumlu olacaktır. Her iki sorumluluk türünün genel özellikler; birinde (BK. 55.m) zarar veren ile zarardan

<sup>51</sup> Oğuzman/Öz, Age, ss.591–592.

<sup>52</sup> Reisoğlu, (*Borçlar*), s.154.

sorumlu olan arasında (zarara kaynaklık eden) bir sözleşme ilişkisinin olmaması ve bu sebeple sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu sayılması, haksız fiil sorumluluğunun da kurtuluş beyyinesi içermesi iken, diğerinde (BK. 100.m) zarardan sorumlu olan ile zarar gören hasta arasında sözleşmesel nitelikte bir ilişkinin olması ve bu sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan kusursuz sorumluluk için kurtuluş beyyinesi getirilememesidir<sup>53</sup>.

BK. 100. madde, hastane işleticisinin sorumluluğu açısından değerlendirildiğinde özel hastane işletmesinin ve özel hukuk hükümlerine tabi olarak hizmet veren kamu hastanelerinin emri altında çalışan kişilerin (hekim olur, hemşire olur) hukuka aykırı bir fiille hastayı zarara uğratması halinde de uygulama alanı bulacaktır.

BK.'nun 55. maddesi ise yine özel hukuk hükümleri çerçevesinde başkasını istihdam edenlere uygulanmaktadır.<sup>54</sup> Ayrıca başkasını çalıştıranın sorumluluğunun kusura dayanmadığı, öğretideki baskın görüş<sup>55</sup> olmakla birlikte Yargıtay'ın 27.03.1957 tarih ve 1/3 sayılı içtihadı birleştirme kararı<sup>56</sup> ile de sabittir.

Genel olarak sorumluluk, kusurlu davranıştan kaynaklanır. Ancak madde metninden de anlaşılacağı üzere başkasını çalıştıranın kusursuz dahi olsa sorumlu tutulmasında gerekçe, kişinin üzerine düşen özen gösterme yükümlülüğüne uygun davranmamış olmasıdır. Başkasını çalıştıran kimse, kendi emir ve buyruğu altında çalıştırdığı kişilerin işlerini görürken başkalarına zarar vermemeleri için durumun ve şartların gereği olan tüm dikkati ve özeni göstermekle mükelleftir. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen ise, çalıştırdığı kişinin başkasına verdiği zararı gidermekle yükümlü olacaktır. 55. maddenin şartlarının oluşması halinde başkasını çalıştıran, çalıştırdığı kişinin diğer kişiyi uğrattığı zarardan bizzat sorumludur. Yargıtay'ın bir kararına göre, istihdam eden zararın doğumunda kendisinin veya çalıştırdığı kişinin kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulacaktır<sup>57</sup>.

İşte hekimin veya diğer sağlık personelinin istihdam edeni konumunda olan özel hastaneler, çalıştırdığı kişinin hastaya verdiği zarardan ötürü kusursuz sorumluluk

<sup>53</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.592, Reisoğlu, (*Borçlar*), ss.154–155.

<sup>54</sup> Reisoğlu, (*Borçlar*), 156, Oğuzman/Öz, Age., ss.590-591.

<sup>55</sup> Karahasan, Age., s.513, Eren, Age., s.453, Reisoğlu, (*Borçlar*), s.154, Oğuzman/Öz, Age., s.590.

<sup>56</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.591, Karahasan, Age., s.513.

<sup>57</sup> Akıntürk, Age., ss. 90–91;YİBK. T.27.03.1957, 1/3, HGK. T.15.06.1994, 94/398.

kuralları gereği sorumlu tutulur. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin incelediği bir davada tesis olunan hükme göre<sup>58</sup> "...davalı, böbrek rahatsızlığından mütevellit ameliyat olmak maksadıyla hastaneye yatmış, hastanede çalışan davalı doktor ameliyatı gerçekleştirmiş, ancak buna rağmen hastanın böbrek ağrıları uzun yıllar sürmüştür. Tıbbi zorunluluk gerekçesiyle ikinci defa ameliyata alınan hastanın vücudunda ilk ameliyat işlemi sırasında iki metre uzunluğunda gazlı tampon unutulduğu tespit edilmiştir. İkinci ameliyatla unutilan tamponun alınmasından sonra sağlığına tam olarak kavuşabildiğini söyleyen davacı hasta, maddi ve manevi tazminat talebiyle ilk derece mahkemesine başvurmuş, davalı doktor zamanaşımı def'i ile birlikte kasıt ve ihmalinin olmadığı savunmasında bulunmuş, davalı hastane ise ameliyatı yapan doktorun hastanenin görevli personeli olmadığı ve adam kullanan sıfatıyla bu hekimi çalıştırmadığını belirterek husumet yönünden davanın reddini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, hekimin kusurlu olmadığı (Yüksek Sağlık Şurası raporunda belirttiği üzere) görüşünü benimseyerek, hastane hakkında BK.'nun 55. maddesine göre adam istihdam edenin kusursuz sorumluluğu koşullarının oluşmamış olması gerekçesiyle her iki yönden davayı reddetmiştir." Ancak Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını yersiz bularak, tüm meselenin hekimin tıp kural ve gereklerine uygun davranıp, davranmadığı hususunun tespit edilmesinde yattığını belirtmiştir. Buna göre kusur, sorumluluğun subjektif şartıdır. Borçlar Kanunu kusuru kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayırmıştır (BK. m.41). İhmalde; bir kimse hukuka aykırı bir sonucun meydana gelmesini istememiştir, buna rağmen böyle bir sonucun meydana gelmesi, onun gereken dikkati sarf etmemesi veya tedbiri almaması yüzünden vuku bulmuştur. İhmalin de; hafif ve ağır olmak üzere iki derecesi vardır. Anlayışlı, normal ve dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında göstereceği en ilkel dikkat ve tedbirler ile özen görevinin yerine getirilmemesi durumunda ihmal ağırdır. Bu ayırım özellikle tazminatın kapsamı ve türünü tayin ederken önem arz eder. Şu yönü önemle vurgulamakta yarar vardır ki; hekimin meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif dahi olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Hekimler, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni

<sup>58</sup> Y13.HD.,T.14.03.1983, E.1982/7237, K.1983/ 1783.

göstermek zorundadır. Hekimin davranışlarındaki kusur, kendisinden beklenen gerekli özeni (dikkat ve ihtimam) ve sadakat borcunu eksik yerine getirmesi veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınır. Diğer bir ifade ile ölçü; objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır. Davalı operatör hekimin, davacının vücudunda ameliyat esnasında iki metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma fiili hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu bir davranıştır. Sırf bu niteliği itibariyle, olayın bir uzman tarafından incelenmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü bir operatörün ameliyat sırasında mesleki dikkatinin böyle bir olaya meydan vermemesi asıldır. Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık Şurası'nın somut olayda dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek, gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının nadiren dahi olsa mümkün olabileceğini kabul etmesi yersiz olup, ayrıca sorunun niteliğini kavramaktan da uzak bir yaklaşımdır. Öyleyse, gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olup, bu açık olgu karşısında hekimin objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli ve hekimin kusurlu olup, olmadığına bilirkişiye inceletirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır. Ayrıca dosya kapsamına ve oluşan kanıtlara göre, davacının davalı hastaneye ameliyat olmak için yattığı, geçici de olsa; ameliyatın yürütülmesi amacıyla davalı doktoru hastanenin çağırdığı, operasyonun birlikte yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalı hastanenin sorumluluğu, kusursuz sorumluluk olup; bu sorumluluk hali Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi ile düzenlenmiştir. Davacının, davalı hastaneye yatmakla, davalı hekim ile olan ilişkisi değişir, hekim artık hasta ile hastanenin istihdam ettiği kişi olarak ilgilenir. Böylece, bir anlamda hekim ile olan hukuki ilişki, hastane ile olan hukuki ilişkiye dönüşmüştür. Hastane, hekimin gerekli özeni göstermemesinden ve ihmalden dolayı BK.'nun 55. maddesi uyarınca davacıya karşı sorumludur. Çünkü davalı hastaneye yükletilen borç, kendi hastanesinde fennin ve tıbbın gerektirdiği bütün işlemlerin standart tıbbi kurallar çerçevesinde yapılmasını gerektirir. Yargıtay belirtilen tüm bu gerekçeler ile ilk derece mahkemesinin verdiği kararın bozulmasına hükmetmiştir.

Bununla beraber müstahdem, istihdam eden için gördüğü işte sadece istihdam edenin üçüncü bir şahsa karşı olan borcunun ifası için yardımcı olan durumunda ise,

istihdam eden yardımcı şahıs (kişi)<sup>59</sup> durumundaki müstahdem borca aykırılık teşkil eden fiili neticesinde BK.'nun 55. maddesine göre değil, BK.'nun 100. maddesine göre zararın gideriminden sorumludur<sup>60</sup>.

Özel hastanenin devreye girdiği hasta hekim ilişkisinde, hasta genellikle sağlık hizmeti almak için hekime değil doğrudan hastaneye başvurur. Bu durumda aradaki ilişki açısından incelenmesi gereken iki tür hususiyet vardır. Bunlardan biri hastane ile hasta arasındaki ilişkinin niteliği, diğeri hastane ile hekim arasındaki ilişkinin niteliğidir. Aslında bunlara bir de hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi eklemek gerekir.

Hastane ile hasta arasındaki ilişki hukuken hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde kurulur. Türk Hukuku'nda uygulama açısından hastaneye kabul sözleşmelerinden tam hastaneye kabul sözleşmesinin asıl olduğunu söylemek gerekir. Elbette sözleşme serbestisi ilkesi gereği diğer hastaneye kabul sözleşmesi türlerinin seçilmesinde bir sakınca yoktur. Ancak diğer hastaneye kabul sözleşmelerinin yapılması halinde hem hastanın hem de muhatabı olan hastane işleticisinin bu yöndeki iradelerini sarih surette ortaya koymaları gerekecektir<sup>61</sup>.

Zarar ıka eden şahsın (hekim, diğer sağlık personeli) zarardan sorumlu olan kimsenin müstahdemi olması gerekip, gerekmediği hastane idaresinin sorumlu tutulmasında son derece önemli bir noktayı teşkil etmektedir. Bu durumda özel hastane idaresinin, hekimin hastaya verdiği zarardan ötürü BK. 55. maddesi kapsamında sorumlu tutulabilmesinde ehemmiyet arz eden husus; hekimin hastaneye olan ilişkisinde her zaman BK. 55. madde anlamında istihdam edilen sayılıp, sayılamayacağıdır. Öyle ki, özel bilimsel yahut artistik bir yetiştirmeyi gerektiren mesleklerde (avukatlık, mimarlık, hekimlik, heykeltıraşlık gibi), bu mesleğin icra edilmesini konu alan sözleşmeler söz konusu olduğunda, taraflar arasında her zaman BK.'nun 55. maddesi bağlamında “fiili ve maddi” bir bağımlılık ilişkisinin bulunduğu

<sup>59</sup> Karahasan, Age., s.524, Oğuzman/Öz, Age., s.351 vd; Yardımcı şahıs (kişi), adam istihdam edenin yararına ve çıkarına uygun düşmek suretiyle, bağımlılık ilişkisi içerisinde istihdam edenin buyruğu ve gözetimi doğrultusunda işi yapan kişiye denir. Yardımcı kişinin özelliği, her şeyden önce istihdam edene buyurma ve denetimle bağlı olmaktadır. Hizmet amacının değişik olması, kişinin yardımcı şahıs olmasını engellemez.

<sup>60</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.592.

<sup>61</sup> Gültezer Hatırnaz Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, Ankara 2009, s.51.

söylenemez<sup>62</sup>. Bu durum, istihdam eden hastanenin, hekimin hastaya verdiği zarardan 55. madde çerçevesinde sorumlu tutulması açısından farklılık yaratabilir.

BK.'nın 55. maddesinin özel hastanelerin çalışanlarının üçüncü kişileri uğrattıkları zararlardan sorumlu olması hususunda uygulanabilmesi için hekimin yahut diğer sağlık personelinin özel hastanenin müstahdemi olması gerekmektedir. Bir şahsın diğer bir şahsa müstahdem olması ise çalışan kişinin çalıştıran kişiye tabi olması, diğer bir ifadeyle onun emri altında olmasını gerektirir. Ancak BK. 55. maddenin genel mantığı açısından tabi olarak çalışmanın mutlaka bir sözleşme ilişkisine dayanması gerekmez. Fakat arada bir sözleşme ilişkisi var ise hastane ile hekim arasında kurulan bu sözleşmenin hizmet sözleşmesi olması gerekir. Çünkü aradaki ilişki vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesi veya ortaklık sözleşmesi gibi sözleşmeler olursa yahut arada hiçbir sözleşme ilişkisinin olmadığı varsayılırsa BK. 55. maddenin uygulanması için gereken şart olan bağımlı olarak çalışma hususunun gerçekleştiği söylenemez. Bu sebeple hekim ile hizmet akdi dışında herhangi bir hukuki ilişki kuran yahut arada herhangi bir hukuki ilişki bulunmayan hallerde özel hastane idaresini BK. 55. maddeye göre sorumlu tutmak mümkün olmaz<sup>63</sup>.

Konunun daha iyi anlaşılması bakımından aşağıdaki çizelge önem arz etmektedir.

<u>BK. 55. maddenin uygulandığı hallerde</u>		<u>BK. 100. maddenin uygulandığı hallerde</u>	
<u>Sözleşme ilişkisi</u>	<u>var/yok</u>	<u>Sözleşme ilişkisi</u>	<u>var/yok</u>
Hasta-hastane	var	Hasta-hastane	olabilir/olmayabilir
Hekim-hastane	var	Hekim-hastane	var
Hasta-hekim	*yok	Hasta-hekim	*var

**Çizelge 3.1:** BK. 55. Madde ile BK. 100. Maddenin Hasta-Hastane-Hekim İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi

<sup>62</sup> Karahasan, Age., ss.524-525.

<sup>63</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.594, evli bir kadının kocasının işyerinde onun talimatına göre çalışıyor olması durumunda, ya da çocuğun anne veya babasının işyerinde iş görmesi halinde durum böyledir.

### 3.1.2.1.2. Özel Hastanenin Sorumluluğunda BK. 55. Madde ile 100. Maddenin Telâhuku (Yarışması)

İstihdam edenin üçüncü bir şahsa karşı olan borcunun ifasında yardımcı şahıs durumunda olan müstahdem, zarara sebep olan fiiliyle hem borca aykırılık hem de genel davranış kurallarına aykırılık yaratmışsa, istihdam eden borçlu, zarara uğrayan kişinin zararını tazmin açısından hem BK. madde 55'e göre, hem de BK. madde 100'e göre sorumlu olacaktır. Zira burada sorumlulukların yarışması söz konusudur.<sup>64</sup>

Böylece hasta (A) nın kulak temizleme işlemi nedeniyle özel hastane (B) ye başvurması üzerine hastanede KBB mütehasısı olarak görev yapan hekim (C) tarafından muayene edildiği ve görünen gerek üzerine kulak temizleme işlemine başlandığı düşünülürse ve (C) tarafından yapılan yanlış müdahale sonucunda hasta (A) nın kulak zararının delindiği, ayrıca gerçekleşen bu terslik nedeniyle kulak temizleme işleminin de tamamlanamadığı varsayılırsa özel hastane (B) hasta (A) ya karşı, hem BK. madde 55 çerçevesinde hem de BK. madde 100 çerçevesinde sorumlu olacaktır. İki sorumluluk halinin yarışması durumunda, zarar gören kişi sorumluluk hallerinden dilediğine başvurmakta serbesttir. Özel hastane idaresi (B), zarar gören hasta (A) nın hekim (C) tarafından kulak zararının delinmesi nedeniyle BK. 55. maddeye göre sorumlu olurken, hasta (A) nın kulak temizleme işleminin gerektiği gibi yapılamamış ve tamamlanamamış olmasından dolayı BK. madde 100'e göre sorumlu olacaktır. Eğer hasta (A) BK. 55. maddeye dayanarak hak talebinde bulunursa özel hastane idaresi (B) özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini yahut özen yükümlülüğünü yerine getirirse bile böyle bir zararın meydana gelmesine engel olamayacağını kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur. Hastanenin göstermesi gereken özen öğretide "seçmede, talimatta ve nezaret etmede özen- diligentia in eligendo, instruendo, custodiendo" olarak adlandırılır. Ancak hasta (A), BK. madde 100'e dayanarak zararının tazminini isterse, istihdam eden durumundaki hastane (B) kurtuluş beyyinesi getirme hakkına sahip değildir<sup>65</sup>.

Fakat bu durumun bir istisnası vardır. "Farazi kusur"<sup>66</sup> denilen bu istisnada özel hastane idaresi (B), hasta kabul sözleşmesinden kaynaklanan tedavinin gereği gibi yerine getirilmesi borcu açısından, bu borcun kendisi tarafından ifa edilmesi halinde

<sup>64</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.592.

<sup>65</sup> Eren, Age., ss.576-577, Karahasan, Age., s.533, Oğuzman/Öz, Age., s.593

<sup>66</sup> Eren, Age., s.577.

dahi zarara yol açan durumda kusurlu sayılmayacağını ispatlayabilirse sorumluluktan kurtulabilir<sup>67</sup>.

BK. 55. maddeye dayanan sorumlulukta, bir görüşe göre sorumluluğun kaldırılması ve daraltılmasına yönelik önceden bir anlaşma yapılmasına izin verilmiştir<sup>68</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, sorumluluğun sözleşmeyle daraltılmasının 55. madde kapsamında etkili olup, olmayacağı tartışmalıdır<sup>69</sup>.

Yardımcı kişi, diğer ifadeyle müstahdem, işi gördüğü sırada temyiz kudretinden yoksun bile olsa, istihdam eden sorumluluktan kurtulamayacaktır<sup>70</sup>.

BK.'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden istihdam eden kişi, zarara sebep olan müstahdem bizzat tazminatla yükümlendiği oranda rücu eder. Ancak bu hükümden, istihdam edenin her daim müstahdeme rücu etme hakkının bulunduğu gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Böyle bir anlam çıkarılmaması gerektiği fikrine, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin orijinal metninde yer alan ifadeden ulaşıyoruz. Öyle ki bu maddeye göre, "*istihdam eden, zarara sebep olan kişiye şayet o kişi bizzat tazminat ile yükümlü ise rücu eder.*" denmektedir<sup>71</sup>.

Şu halde istihdam eden sıfatı ile özel hastane idaresi, müstahdem konumunda olan hekime, zarar ıka eden fiilinin niteliğine göre ya BK. 41. madde ve devamı kapsamında zarar gören kişiye yönelmiş bir haksız fiil olması münasebetiyle kusuru oranında rücu edecek yahut müstahdem hekimle istihdam eden özel hastane arasında özel hukuk kökenli bir sözleşme ilişkisinin (hizmet sözleşmesi mesela) mevcut olması halinde BK.'nun sözleşmeye aykırılık hususunu düzenleyen 96 ve devamı maddelerine

<sup>67</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.593, Eren, Age., s.577, Karahasan, Age., s.539; Yargıtay 30.05.1940 tarih ve 27 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, "*55. maddedeki istihdam edenlerin mesuliyetleri hakkındaki hükmün, müstahdem ve amele hizmetlerini ifade ederken diğer amale ve müstahdeme karşı değil, istihdam edenle bu hususta hukuki ve akdi rabitası olmayan üçüncü şahıslara karşı yaptıkları zarara ait olduğu, BK.'nun 100. maddesinin ihtiva eylediği ahkâmın ise istihdam edenin amelesini tarafından amellerin icrası sırasındaki istihdam eyleminin akdi bir rabita ile bağlandığı diğer şahsa karşı ıka ettikleri zarara şamil bulunduğu ve istihdam eden kimse ile mutazarrır arasında evvelce yapılmış bir mukavele ile mesuliyetin kısmen veya tamamen bertaraf olabileceği, 55. madde mucibince istihdam eden mesulübilimal tüm dikkat ve itinayı sarf ettiği halde, 100. maddeye temas eyleyen ahvalde bu ciheti ispatla mesuliyetten vareste kalmaz.*"

<sup>68</sup> Karahasan, Age., s.539, Eren, Age., s.577.

<sup>69</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.593.

<sup>70</sup> Eren, Age., s.583.

<sup>71</sup> Eren, Age., s.587 vd, Oğuzman/Öz, Age., s.601, Reisoğlu, (*Borçlar*), s.160, Karahasan, Age., s.542 vd., Y4.HD., T.17.12.1976, E.1976/692, K.1976/11046; "*...uzman hekim, hastanın bünyesini, kişisel durumunu, ışınlarla karşı aşırı duyarlılığını bilmelidir ve tedaviyi bu etkilerin sonuçlarını ortadan kaldıracak nitelikte uygulamalıdır. Böyle bir inceleme yapmaksızın uygulanan tedavi sonucu uğranılan manevi zarardan adam çalıştıran sorumludur ve o, çalıştırılana (hekim) rücu eder.*"



istinaden rücu edecektir. Eğer özel hastane idaresi, hekime rücu için BK. 41. madde ve devamı hükümlerine dayanırsa, hekimin zarara sebep olan davranışında kusurlu olduğunu ispat etmek zorundadır. Ancak özel hastane rücu için hekime BK. madde 96 çerçevesinde başvuruyorsa, ispat yükü tersine döner ve bu kez müstahdem sıfatıyla hekim, istihdam eden özel hastanenin kendisine rücu etmesini engellemek için, zarara sebebiyet veren sözleşmeye aykırı fiilde kusurlu olmadığını ispat etmekle yükümlüdür<sup>72</sup>.

İstihdam eden sıfatıyla özel hastane rücu hakkını kullanırken BK.'nun 41. maddesine dayanırsa, bir yıl içinde bu hakkını kullanmalıdır. Zira bu halde rücu hakkının kullanılması, bir yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Ancak hastane rücu hakkını BK. madde 96'ya dayanarak kullanırsa, bu durum kendi menfaatine olup, rücu hakkının kullanımı on yıllık zamanaşımı süresine tabidir<sup>73</sup>.

Son olarak zarara uğrayan hasta, istihdam edene karşı BK. madde 55'e dayanarak, müstahdeme (hekime) karşı ise BK. madde 41 kapsamında giderim davası açabilecektir. Hasta bu davaları ister birlikte açar, isterse ayrı ayrı açar<sup>74</sup>.

Özel hastaneler için uygulanabilecek bir başka özel sorumluluk hallerinden olması itibariyle belirtmek gerekir ki; otel, ahır, garaj gibi yerlerin işletilmesinden kaynaklanan tehlikelere karşı eşya sahiplerinin (müşterilerin) korunmasını sağlayan BK. 478 ve 481. maddeleri de özel hastaneler içinde uygulama alanı bulabilecek hallerdendir<sup>75</sup>. Ayrıca hastane işleticilerinin, hastane binasının bakım ve kontrollerindeki eksiklikler nedeniyle BK.'nun 58. maddesi kapsamında sorumlu olmaları da mümkündür.

### 3.1.2.2. Sağlık Hizmeti Sunucusunun Kamu Hastanesi Olması

Hasta bazen sağlık hizmeti almak maksadı ile hastaneye veya benzeri bir sağlık kuruluşuna başvurur. Gittiği bu sağlık kuruluşunda önceden seçtiği ve anlaştığı bir hekim yok ise, hastane yönetiminin görevlendirdiği hekime muayene ve tedavi olur. Böyle durumlarda hukuki ilişki hastayla hekim arasında değil, hastayla sağlık kuruluşu arasında kurulmuş olacaktır. Kamu hastaneleri; kamu idaresinin, kamu yararına hizmet

<sup>72</sup> Reisoğlu, (*Borçlar*), ss.159-160, Oğuzman/Öz, Age., s.601.

<sup>73</sup> Karahasan, Age., ss.543-544, Reisoğlu, (*Borçlar*), s.160.

<sup>74</sup> Karahasan, Age., s.545.

<sup>75</sup> Karahasan, Age., s.1391.

etmek ve halka sağlık hizmeti sunmak maksadıyla kurduğu hastanelerdir. Bir hastanenin kamu hastanesi sayılabilmesi için öncelikle, kamu tüzel kişileri<sup>76</sup> tarafından kurulması ve kamu yararını amaç edinmiş olması gerekir<sup>77</sup>.

Hastanın kamu hastanesine başvurması halinde hekim-hasta ilişkisi, hekim-hastane ilişki ve hastane-hasta ilişkisi şeklinde üç önemli ilişki ortaya çıkar. Bu ilişki aynı zamanda özel hukuk hükümlerine tabi olan diğer ilişkilerden de farklıdır<sup>78</sup>.

Hastanın, sağlık hizmeti almak maksadıyla başvurduğu hastanenin kamu hastanesi olması halinde hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmaz. Hekim böyle bir durumda hastanın tedavisini kamu görevlisi sıfatı ile üstlenmektedir.

Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, kamu hukukuna tabi surette istihdam ettikleri memur ve diğer kamu personelinin görevlerini yerine getirirken (yetkilerini kullanırken) üçüncü kişileri uğrattıkları zararlardan, bu kişileri çalıştıran devletin veya ona bağlı bulunan kamu tüzel kişiliğinin sorumlu tutulması, kamu hukuku kurallarına tabidir<sup>79</sup>. Zira kamu hukuku tüzel kişileri, kamu hukuku kurallarına tabidirler (MK. 55.m)<sup>80</sup>.

1982 Anayasası kamu tüzel kişilerinde çalışan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken diğer kişilere haksız bir eylem ile zarar vermeleri halinde oluşacak olan sorumluluğu açık olarak hükme bağlamış ve bu kapsamda “idari güvence” ilkesini düzenlemiştir. İdari güvence ilkesi kısaca; kamu hizmeti veren memur ve diğer kamu personelinin idari görevlerini yerine getirirken hukuka aykırı ve kusurlu davranışları ile üçüncü kişilere verdikleri zararların giderimi maksadıyla açılacak tazminat davalarında, husumetin kendilerine değil, doğrudan

<sup>76</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa 2009, s.87 vd.; “Kamu hukuku tüzel kişileri (personnes morales de droit public), kamu hukukuna tabi olan kişilerdir. Kamu hukuku tüzel kişileri, özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak gerçek kişilerin serbest iradeleri ile değil, devlet tarafından kanun ile kurulurlar. Kamu hukuku tüzel kişileri, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinden üstün konumdadırlar. Kamu hukuku tüzel kişileri özel yararlar için değil, kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla faaliyette bulunurlar.”

<sup>77</sup> Ayan, Age., s.5, Yılmaz, Age., s.161.

<sup>78</sup> Çelik, Agm.

<sup>79</sup> Oğuzman/ Öz, Age., s.591, Reisoğlu, Age., s.156.

<sup>80</sup> Reisoğlu, (*Borçlar*), s.156.

doğruya devlete yahut devlet emrinde çalışan kamu tüzel kişilerine yöneltilmesi anlamına gelir.<sup>81</sup>

Bu ilkenin uygulanmasında devlet yahut kamu tüzel kişiliği, personelinin kusurlu ve hukuka aykırı fiili neticesinde zarar gören üçüncü kişilerin zararlarını tazmin etmekte ve şartların gerçekleşmiş olması koşulu ile memur veya diğer kamu personeline rücu etmektedir. Devletin sorumluluğu ve idari güvence ilkesi Anayasanın 40/2. maddesi ve 129/5. maddesiyle düzenlenmiştir<sup>82</sup>.

Bununla beraber devlet idaresi, memurlarının kusurlu ve hukuka aykırı fiilleri ile sebep oldukları zararların giderilmesi açısından, “hizmet kusuru ve kişisel (şahsi) kusur” ayırımı yapmıştır<sup>83</sup>.

Fransa’da 30.07.1873 tarihinde Uyuşmazlık Mahkemesinin verdiği *Pelletier* kararıyla geliştirilen ilkeye göre hizmet kusuru (faute de service); memurun hizmet kusuru sayılan eylem ve işlemlerinden dolayı kişisel olarak sorumlu olmaması anlamına gelir. Böyle eylem ve işlemler, özel hukuk hükümlerine tabi olmak suretiyle adli yargı mercilerinde görülecek tazminat davasına konu olabilir. Memurun hizmet kusuru sayılan eylem ve işlemlerinden mütevellit memura karşı değil ve fakat idare hukuku hükümlerine tabi olmak suretiyle ve idari yargıda, ancak idare aleyhine tam yargı davası açılabilir. Ülkemizde de bu kural geçerlidir<sup>84</sup>.

Kişisel kusurda (faute personnelle) ise, memurun görevinden ayrılabilir nitelikte kusur söz konusudur. Memurun suç teşkil eden davranışları, özel menfaat sağlama çabası, kişisel cebir kullanması ve benzeri davranışlar bu kapsamda değerlendirilir. Fransız idare hukukunda kişisel kusur kapsamında değerlendirilen eylem ve işlemlerden dolayı, hem memur hem de idare sorumludur. Memur kişisel kusurundan ötürü sorumlu olurken, idare böyle kusurlu davranabilen bir memuru istihdam etmekten ötürü sorumlu olacaktır. Bu sebeple Fransız idare hukukunda bu duruma, “sorumlulukların toplanması” (cumul de responsabilité) adı verilir. Zira böyle bir durumda zarar gören, ister kişisel kusuru ile zarara sebep olan memura karşı, özel hukuk hükümlerine tabi

---

<sup>81</sup> Eren, Age., s.588,

<sup>82</sup> Eren, Age., s.588.

<sup>83</sup> Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, İstanbul 1966, s. 1699, Reisoğlu, (*Borçlar*), s.156.

<sup>84</sup> Gözler, Age., ss.672-673, Onar, Age., s.1699 vd.

olan tazminat davasını adli yargı mercilerinde açabilir veya isterse idareye karşı, kamu hukuku kurallarına göre idare mahkemesinde tam yargı davası açabilir<sup>85</sup>.

İdari eylem ve işlemlerle üçüncü kişilerin zarara uğratılması halinde, hizmet kusuruna dayanılarak doğrudan doğruya kamu kuruluşuna karşı açılan tam yargı (tazminat) davalarında kamu hukuku kuralları uygulanacaktır. Bu dava ilgili kamu kuruluşunun türüne göre idare mahkemesinde yahut Danıştay'da açılır. Bu tür davalarda husumet Sağlık Bakanlığı'na yöneltilir. Çünkü kamu hastanelerinden sorumlu olan en üst idari birim Sağlık Bakanlığı'dır. Bakanlığın kusurlu bulunması halinde hükmedilen tazminata ilişkin olarak, Bakanlık hekime karşı rücu davası açarak, kusuru oranında rücu edecektir<sup>86</sup>.

Ancak idare, memurunun kendisine verdiği zararı memurun maaşından kesmek suretiyle tazmin edemez. Bunun için adli yargı mercilerinde tazminat davası açmak zorundadır. Ayrıca memurların kişisel kusurları ile idare edilenlere verdikleri zararlardan idarenin sorumlu tutulması halinde idare, memura karşı rücu hakkını borçlar hukuku genel hükümlerine göre adli yargı merciinde rücu davası açarak kullanır<sup>87</sup>.

Kişisel kusurun varlığı söz konusu olduğunda Uyuşmazlık Mahkemesi, devleti veya ilgili kamu tüzel kişisini BK.'nin 55. maddesi çerçevesinde istihdam eden sıfatı ile sorumlu tutmakta ve tam yargı davasının adli yargı mercilerinde görülmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>88</sup>.

Yargıtay kararlarında<sup>89</sup>, kamu hastanesinde görev yapan hekimin veya diğer sağlık personelinin "görevden ayrılabilir kişisel kusuru" şu şekilde açıklanmıştır; "...çünkü zarar, memur ya da kamu görevlisi olan hekimin idari yetkilerini kullanmasından değil, mesleki uygulaması sırasında tıp bilimi kurallarının yerine getirilmesinden kaynaklanır." Somut olayda, ağaçtan düşerek kolunu kıran davacı devlet hastanesine giderek tedavi olmak istemiş, davalı doktorun tedaviye hemen başlamaması ve görevini savsaklaması nedeniyle hastanın durumu ağırlaşmış ve kangren olan kol, başka bir

<sup>85</sup> Gözler, Age., s.673.

<sup>86</sup> Yılmaz, Age., s.161.

<sup>87</sup> Gözler, Age., ss.671-672.

<sup>88</sup> Reisoğlu, (*Borçlar*), s.157.

<sup>89</sup> Çelik, Agm.; Y4.HD., T.17.12.1976, 692-11046 sayılı karar, bkz. benzer kararlar için; Y4.HD., T.30.11.1998, 6342-9531 sayılı karar, YHGK., T.15.11.2000, E.2000/4-1650, K.2000/1690 sayılı karar, YHGK., T. 26.09.2001, E.2001/4-595, K.2001/643 sayılı karar, Y4.HD., T.18.07.2005, 8991-8492 sayılı karar, Y4.HD., T. 14.06.2006, 6510-7216 sayılı karar, YHGK., T.29.03.2006, E.2006/4-86, K.111 sayılı karar, Uyuşmazlık Mahkemesi, T.26.05.2006, E.2006/26, K.2006/75 sayılı karar.

devlet hastanesinde kesilmiştir. Sağlık Bakanlığı müfettişlerince yapılan araştırma sonucunda, davalı hekimin zamanında ve gerekli tedaviyi yapmadığı, bu sebeple kusurlu olduğu saptanmış, ayrıca davalı hekim ceza mahkemesinde yargılanmış ve TCK.'nun 459/2. maddesi gereği cezalandırılmıştır. Böylece, davalı hekimin, kişisel kusurunu oluşturan ve görevden ayrılabilen eyleminin Anayasa'nın 129. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinin olayda uygulanamayacağı tespit olunmuştur. Sonuç olarak davalı hekim hakkında görevinden ayrılabilir nitelikte salt kişisel kusuruna dayanarak, adli yargı yerinde dava açılmasında bir yanlışlık görülmemiştir.

Yargıtay'ın farklı yönde bir başka kararına<sup>90</sup> göre, "...davacılarca, devlet hastanesine tedavi için yatırılan murislerine hastane dâhiliye uzmanı davalı hekim tarafından, spontan solunum yetersizliği tanısı konularak ileri tetkik ve sürekli yoğun bakım tedavisi yapılmak üzere X Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne sevk edildiği; devlet hastanesine ait iki adet ambulansın da hasta sevkinde olduğu, bu sebeple hastanın başka bir ambulans temin edilerek sevk edildiği, yolda ambulanstaki oksijen tüpünün arızalı olduğunun anlaşıldığı, bu ambulansın gerekli donanıma sahip olmamasından ötürü hemşirelerin hastaya elle oksijen vermeye çalıştığı, hastanın X Eğitim ve Araştırma Hastanesine yetiştirilmesine rağmen orada takılan hortumlardan mikrop kapıldığı ve vefat ettiği ileri sürülmüştür. Davacı vekili tarafından davacılar adına, tedavi sırasında hizmet kusuru işlendiği gerekçesiyle destekten yoksunluk ve manevi tazminat talep edilmiştir. Davaya konu olayda davacılar, davalı hekimin ve hastanenin hizmet kusuruna dayanmaktadır. Anayasanın 129/5. maddesinde yazılı koşulların gerçekleşmesi halinde, tazminat davalarının ileride asıl sorumlularına rücu edilmek kaydı ile ancak idare aleyhine açılabileceği hükme bağlanmıştır. Davalı hekimin, kamu görevlisi olarak yetkilerini kullanırken gerçekleştirdiği kusurlu eylemden doğan tazminat davası, kendisine rücu edilmek koşuluyla ancak idare aleyhine açılabilir. Kaldı ki davalı hekim gerçek kişi olup, idari yargıda aleyhine dava açılmaz. Mahkemenin husumeti doğrudan doğruya gözetmesi gerekir. Bu nedenle davalı hekim hakkında davanın husumet nedeniyle reddi gerekirken, görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. Husumet mahkemece re' sen gözetilmelidir.”

<sup>90</sup> Y13.HD., T.10.06.2002, E.2002/5171, K.2002/6918.

Hizmet kusuru, Anayasamızın 125. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin son fıkrasına göre, idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı telafi etmekle yükümlüdür. Bu kusur, hizmeti yerine getiren şahıslara atfedilemeyen, kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde, işleyişinde ve örgütlenmesinde ortaya çıkan somut ve objektif bir kusurdur. Diğer bir deyişle, kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmeğe veya bu faaliyet beklenen hizmet gerekleriyle bağdaştırılmayacak nitelikteyse idarenin bu hizmeti kusurlu yürüttüğü kabul edilir. Konuya sağlık hizmeti açısından bakıldığında, devletin sağlık hizmeti için gerekli örgütü kurması, her türlü araç ve olanağı hizmete hazır halde bulundurması, yine gerçekleşmesi olası bazı olayların önlenmesi için gerekli önlemleri almak zorunluluğu vardır. Sağlık hizmetleri riskli hizmetlerdendir. Bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında kişilerin zarar görme olasılığı vardır. Bu zarar hizmeti veren kişilere atfedilebilen veya atfedilemeyen kusurlardan ileri gelmiş olabilir. Hizmet kusuruyla meydana gelen zarar; kamu hizmetinin kötü işlemesi, kamu hizmetinin geç işlemesi ve kamu hizmetinin hiç işlememesi şeklinde ortaya çıkabilir<sup>91</sup>.

Kamu tüzel kişileri aynı zamanda özel hukuk hükümleri çerçevesinde istihdam ettikleri şahısların (işçilerin), üçüncü kişileri uğrattıkları zararlardan istihdam eden sıfatı ile BK. madde 55 çerçevesinde sorumlu olacaklardır<sup>92</sup>.

Öğretide bir görüşe<sup>93</sup> göre, kamu hukuku tüzel kişileri (kamu idareleri ve kamu kuruluşları) genel olarak kamu hukukuna ilişkin kanunlara tabi olduklarından, sorumlulukları da kamu hukuku hükümleri ile düzenlenmiştir. Bu sebeple kamu hukuku tüzel kişilerinin sorumluluğu hususunda BK.'nun 55. maddesi uygulanmamalıdır. Çünkü eğer kamu personelinin hizmet kusuruyla üçüncü bir kişiyi zarara uğratması söz konusu ise, idare aleyhine tam kaza davası açılmalıdır. Eğer memurun kişisel kusurundan söz edilebiliyor ise, o zaman memur BK.'nun 41. maddesine göre tek başına ve bizzat sorumlu tutulur. Ancak devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin özel

<sup>91</sup> Ahmet Çolak, Görüşler, "Hizmet Kusurundan Malpraktise", *Türk Nöroşirürji Derneği Bülteni*, Ocak 2005, S.6, ss.48-49.

<sup>92</sup> Atilla Tekinay, Sulhi Akman, Sermet Burcuoğlu, Haluk Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s.506, künyeli eserden aktaran Oğuzman/Öz, Age., s.592; İETT idaresi hizmet sözleşmesi ilişkisi çerçevesinde çalıştırdığı kişilerin, üçüncü kişileri uğrattıkları zararlardan mütevellit kamu hukuku kurallarına göre değil ve fakat BK. madde 55 ve 100 hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Y4.HD., T.22.01.1975, 11399/903.

<sup>93</sup> Karahasan, Age., s.548.

hukuk alanına giren durumları, ayrı tutulmalıdır. Böyle hallerde istihdam eden sıfatıyla devlet veya diğer kamu tüzel kişileri BK. madde 55 kapsamında sorumlu olacaklardır.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KURULUŞU VE UNSURLARI

#### 4.1. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Öğretide hangi tür özel hukuk sözleşme tipine dâhil olduğu tartışmalı olan hekimlik sözleşmesi bir görüşe<sup>94</sup> göre;

*“Hastanın sağlığına kavuşması amacıyla hekimin tıbbi müdahalede bulunması, hastanın da bunun karşılığında ona ücret ödemek yükümlülüğü altına girmesi”*

olarak tanımlanmıştır. Diğer bir görüşe göre ise hekimlik sözleşmesi;

*“Serbest çalışan bir hekim ile bizzat hasta ya da onun temsilcisi arasında kurulan ve hekimi kendisine ödenecek bir bedel karşılığında tıbbî teşhis ve tedavi edimini yerine getirme yükümlülüğü altına sokan bir iş görme sözleşmesidir.”*<sup>95</sup>

Hekimlik sözleşmesi ayrıca;

*“Hukuken serbest çalışan bir hekim ile hastası veya kanuni temsilcisi arasında yapılan ve hekimin öncelikle tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümlülüğünü içeren güven unsurunun ağır bastığı bir ilişki”*

şeklinde tanımlanmıştır<sup>96</sup>. Başka bir görüşe<sup>97</sup> göre;

*“Hekimlik sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, serbest çalışan hekim bu sözleşme ile hastasının menfaatine ve iradesine uygun olarak, tıp bilimi ve uzmanlığının öngördüğü esaslar çerçevesinde ve bir ücret karşılığında, bir teşhis koyma ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamayı, bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmesi taahhüdü altına girmeksizin üstlenir.”*

Öğretideki tüm bu tanımlar yanında hekimlik sözleşmesini bir de biz tanımlayacak olursak,

*“Hekimlik sözleşmesi, serbest çalışan hekim ile tıbbi müdahale isteminde bulunan hasta arasında kurulan, hekimin yükümlülüğünün hastanın rızası ve ihtiyacı doğrultusunda tababet ilminin gereklerine ve meslek etiği kurallarına uygun olarak*

<sup>94</sup> Filiz Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, İstanbul 2006, s.16.

<sup>95</sup> Demir, Age., s.232.

<sup>96</sup> Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972, s.33.

<sup>97</sup> Uygur, Age., s.84.



*tıbbi müdahalede bulunmak olduğu, hastanın ise bu hizmet mukabili olmak üzere bir miktar ücreti ödemek ve tıbbi müdahalenin sonuçlarına katlanmakla yükümlenebildiği, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir.”*

Hekimlik sözleşmesi de tıpkı diğer özel hukuk sözleşmeleri gibi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmaktadır. Bu irade beyanlarından önce olana ve karşı tarafça muvafakat edildiği takdirde sözleşmesinin kurulmasını sağlayacak nitelikteki teklife icap denir. İcaba izleyen ve zamanlama itibarıyla ondan sonra olan, dahası sözleşmenin icaba uygun olarak kurulmasına muvafakat veren beyan ise kabul olarak adlandırılır. Hekim, hasta tarafından gelen icabı derhal reddetmedikçe, taraflar arasında hekimlik sözleşmesi kurulmuş olur<sup>98</sup>. Ancak elbette icabın mutlaka ve öncelikle hastadan gelmiş olması gerekmez. Bazı durumlarda hekimden de gelebilir. Yahut tarafların irade beyanları icap olarak değil, icaba davet olarak zühul eder de, bunu icap ve kabul beyanları izler. Ayrıca icap olsun kabul olsun, irade mutlaka sarıh bir şekilde beyan edilmek zorunda değildir. Zımni icap ve kabuller de sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Örneğin hekimin özel muayenehanesine giderek muayene ücretini çalışana sunan hasta, hekimlik sözleşmesinin kurulması için zımni bir icapta bulunmuştur. Hasta ile görüşmesi neticesinde tıbbi müdahale sürecini başlatan hekim de icabı zımni olarak kabul etmiştir.

Hekimlik sözleşmesinin kurulmasında şekil serbestisi kuralı geçerlidir. Yani, irade beyanlarının belirli bir şekilde açıklanması zorunluluğu yoktur<sup>99</sup>.

Hekimlik sözleşmesi, konusu; teşhis ve tedaviye yönelik tıbbi bir müdahale olan, amacı; belirli yahut en azından belirlenebilir bir ücret mukabili tıbbi teşhis ve/veya tedavi hizmeti sunmak şeklinde karşılıklı iki edimden oluşan anlaşma ile tarafların borçlanmasına vesile olan bir sözleşme türüdür. Taraflar aralarında bu sözleşmeyi yaparken, hekimin edimini sadece hastalığın tanısını koymak şeklinde sınırlandırabilirler. Bu tür hekimlik sözleşmelerine Alman hukukunda “Diagnosevertrag” (teşhis sözleşmesi) denir. Eğer sözleşmede hekimin edimi hastalığın teşhisi ile birlikte tedavi ve bakımı da içeriyorsa, bu sözleşme türüne “Behandlungsvertrag” (tedavi sözleşmesi) adı verilir<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> Yılmaz, Age., ss.27-28.

<sup>99</sup> Günerli, Age., s.338.

<sup>100</sup> Demir, Age., s.232.

## 4.2. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDE TARAFLAR

Hukuki ilişki bir sözleşmeyle kurulunca, hele ki bu sözleşme kural olarak iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olunca taraflardan biri sözleşmenin konusunu teşkil eden edimlerden biri açısından borçlu, diğeri açısından alacaklı olacaktır. Aynı şekilde diğeri taraf edimlerden biri açısından borçlu iken, diğeri için alacaklıdır. Hekim ve hastalar da aralarındaki hukuki ilişki gereği bir takım haklara sahiptir. Aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan bazı borçların ifasını da böylece yükümlenirler. Ancak bu hak ve yükümlülüklerin neler olduğunu incelemeden önce, hekimle hasta arasındaki ilişkinin mahiyetine bakmak gerekmektedir.

Ülkemizde hekimlik sözleşmesiyle hastaların tedavisini üstlenebilmesi için, hekim sıfatını taşıyan kişide bazı şartların mevcudiyeti aranır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞSTİDK) 1. maddesi gereği Türkiye Cumhuriyeti'nde hekimlik yapabilmek için Türk vatandaşı olmak gerekmektedir. Ülkemizde hekimlik yapabilmenin vatandaşlık şartına bağlanmış olması bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir<sup>101</sup>. Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun 7. maddesiyle getirilen;

*“Ayrıca özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren veya ülke düzeyinde mesleki gelişmeyi sağlayacak Türk uyruklu ve yabancı uyruklu elemanlar da, kadro karşılığı aranmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılabilirler.”*

şeklindeki düzenleme, konu hakkında yapıcı bir yaklaşım getirmekle birlikte eleştirilere engel teşkil etmez. Zira tıp ilminin evrensel olduğu ve bu kutsal görevi yerine getirecek olan hekimin tabiiyetinin önem arz etmediği göz önünde bulundurulur ise eleştirilerin haklı olduğu ortadadır.

Hekim sıfatı ile hekimlik sözleşmesinin tarafı olabilmek için gerekli olan bir diğeri şart; ülkemizdeki bir tıp fakültesinden, Sağlık Bakanlığınca tasdikli ve tescilli bir diploma alınmış olmasıdır<sup>102</sup>. (TŞSTİDK 1, 2. m) Hekimlik mesleğinin icrası için

<sup>101</sup> Hatice Sarıtaş, *Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 2005, ss.12–13, Demir, Age., s.233, İpekyüz, Age., s.17.

<sup>102</sup> Uygur, Age., s.46, Özcan/Özel, Age., s.56; Yabancı memleketlerin tıp fakültelerinden izinli Türk hekimlerinin Türkiye'de hekimlik edebilmeleri için Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca ve Üniversite Tıp Fakültesi Profesörler Meclisinin' den seçilmiş bir jüri heyeti tarafından hüviyetlerine bakıldıktan sonra diplomalarının Türkiye Tıp Fakültesi ders programının ve öğrenim süresinin aynı veya benzeri bir fakülteden bütün sınav devreleri geçirilerek alınıp alınmamış olduğu araştırılır. Bu şartlarda alınmış olduğu anlaşılan diplomalar kabul edilip Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca

üçüncü bir koşul, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun (TTBK) 7. maddesinin birinci fıkrasına göre tabip odasına kayıtlı olmaktır. Ancak bu zorunluluk serbest olarak hekimlik mesleğini icra edecek hekimler<sup>103</sup> için geçerlidir. Yoksa herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyen yahut kamu kurum ve kuruluşları ile iktisadi devlet teşebbüslerinde görev yapan ya da yapacak olan hekimlerin böyle bir kayıt zorunluluğu yoktur. (TTBK 7/1, 7/2. m) Ayrıca hekimlik mesleğini icra edecek kişinin, icraya engel geçici veya sürekli halinin bulunmaması zorunludur<sup>104</sup>.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesine göre, tıp fakültesini bitirerek hekim olan kişiler tıbbi müdahale yetkisine sahiptir. Öyleyse, pratisyen hekimlerin, uzman hekimlerin ve bir uzmanlık dalında eğitim gören asistanların ayrı sınırlar çerçevesinde müdahale yetkisi söz konusudur. Asistan hekimlerin hastaya müdahalesi yetki bakımından hukuka uygun olmakla birlikte, gerçekleştirebileceği tıbbi müdahaleler açısından bir pratisyen hekim gibi olduğu düşünülür. Asistan, pratisyen hekimlerin yapabileceği müdahalelerde tek başına hareket edebilir ve fakat uzmanlık gerektiren durumlarda ancak bu konuda yeterli olduğu takdirde ve mutlaka uzman hekimin gözetiminde müdahalede bulunabilir<sup>105</sup>.

Hekimlerin uzmanlık dalları arasındaki yetki ve görev paylaşımı hususu, ülkemizde yasal şekilde henüz tam olarak düzenlenmemiştir. Belli istisnalar dışında bu konuda yasal düzenlemeler ile kesin alan sınırlamaları getirilmemiştir. Bu istisnalara örnek olarak; büyük cerrahi müdahalelerin ancak cerrahlar tarafından yapılabileceği, elektrikle çalışan fizik tedavi cihazlarının fizik tedavi uzmanı hekimler tarafından kullanılabilmesi, radyasyon ihtiva eden cihazların radyoloji uzmanı hekimler tarafından kullanılabilmesi, rahim tahliyesi işlemlerinin kadın doğum uzmanları tarafından

---

onaylanarak kütüğe geçirilir ve iyelerinin sanat yapmalarına izin verilir. Bu şartlara uygun olarak alınmamış diplomaların iyeleri Tıp Fakültesi Profesörleri Meclisince seçilmiş bir jüri heyeti karşısında Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığında gönderilecek bir işyar da bulunduğu halde teori ve pratikten bir sınav geçirilir. Bu sınavın şekli Sağlık ve Sosyal Yardım ve Kültür Bakanlıkları tarafından beraberce kararlaştırılır. Ancak Türkiye Tıp Fakültesi öğretim süresine ve ders programlarına göre okumamış olanlar eksiklerini tamamlamak üzere Tıp Fakültesinde okuduktan ve staj gördükten sonra sınava girerler. Sınavları başaranların sanat yapmalarına usulüne göre izin verilir.

<sup>103</sup> Serbest hekim: hukuk kurallarına uygun olarak hekimlik mesleğini yürütme çerçevesinde tıbbi müdahalelerde ve etkinliklerde bulunabilme yetkisine sahip olan ve bu yetkisini, özel sağlık işletmesinin yahut hastane başhekiminin emir ve talimatları doğrultusunda değil, bağımsız olarak kullanan hekimdir.

<sup>104</sup> İpekyüz, Age., ss.16–20.

<sup>105</sup> Ayşe Kurtuluş, “Kemalettin Acar, Bora Boz, Hekimin Yasal Sorumluluğu”, *Akademik Dizayn Dergisi*, 2(1), 2008, ss.10–14.

yapılabileceği (belli ölçülerde yetkilendirilmiş sertifikalı pratisyen hekimler de yapabilir ancak bunu sadece resmî kurumlarda uygulayabilirler), adli otopsilerin adli tıp uzmanları tarafından yapılabileceği gibi durumlar gösterilebilir. Hekimin uyguladığı işlem sonucu hastanın zarar görmesinin söz konusu olduğu durumlarda, öncelikle bu uygulamada yetkili olup, olmadığı sorunu ön plana çıkacaktır. Yeni düzenlemelere göre yetkisizliğin büyük oranda “olası kast” olarak karşımıza çıkması muhtemeldir<sup>106</sup>.

Hekimlik sözleşmesinde hekim olan tarafın bazı şartları taşıması gerekirken, sözleşmede diğer tarafı oluşturan hasta da belirli vasıflara sahip olmalıdır. Hasta kavramı belli başlı belgelerde tanımlanmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliği’ ne göre;

“Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kişiye hasta denir.” (HHY 4/1. m)

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk (Malpraktis) Yasa Tasarısı’nda ise hasta;

“Sağlık personelinin tıbbi hizmetine ihtiyaç duyan kişi olarak tanımlanmıştır.”

Öğretide bir tespite göre “hasta” kelimesi köken itibariyle Farsça bir kelime olup, “yorgun” anlamına gelmekle birlikte;

“Bir tedaviye veya cerrahi müdahaleye gerek rızası ile gerekse zaruret halinde rızası alınmadan maruz kalan ve bir sağlık kuruluşunun sunmuş olduğu sağlık hizmetinden yararlanma ihtiyacı olan kimse”

olarak tanımlanmıştır<sup>107</sup>. Dünya Sağlık Örgütünün ortaya koyduğu sağlık kavramının anlamı, hastanın kim olduğu konusunda bize yardımcı olacak bir ifade içermesi açısından önemlidir. Zira Dünya Sağlık Örgütü’ ne göre sağlık;

“Sadece hastalık ya da sakatlık hali değil, bireyin bedence, ruhça ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde olmasıdır.”<sup>108</sup>

Hasta, hekimlik sözleşmesinde taraflardan biridir. Ancak sözleşme her zaman bizzat hasta ile kurulmak zorunda değildir. Bazı hallerde hastanın hukuki temsilcisiyle de ve fakat mutlaka hasta adına ve hesabına gerçekleştirilir.

<sup>106</sup> Kurtuluş/Acar/Boz, Age., s.12.

<sup>107</sup> Hakeri, Age, s.31.

<sup>108</sup> Enver Bozkurt, “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s.14.

### 4.3. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Öğretide bazı yazarlar<sup>109</sup> tarafından sözleşmenin unsurları tespit edilmiştir. Bu tespitler genel itibariyle taraf, tıbbi müdahale, ücret ve anlaşma şeklinde dört başlık altında toplanmaktadır. Ancak diğer bazı yazarlar<sup>110</sup> sözleşmenin unsurlarını tespit ederken taraf hususunu dışarıda bırakmış ve bu konuyu başka bir başlık altında ayrıca ele almıştır. Zaten Borçlar Hukuku'nun genel mantığına göre sözleşmelerde taraf hususu, unsur olarak değerlendirilmemekte ve ayrıca ele alınmaktadır<sup>111</sup>.

Hekimlik sözleşmesi bazıları zorunlu olan, bazıları ise zorunlu olmamakla birlikte bir takım durumlarda gerçekleşen unsurlardan ibarettir. Bu unsurlardan zorunlu olanları tıbbi müdahale ile anlaşmadır. Ücret ise hekimlik sözleşmesinde varlığı zorunlu olmayan ve fakat bazı durumlarda gerçekleşen unsurdur.

#### 4.3.1. Hekimlik Sözleşmesinin Zorunlu Unsurları

##### 4.3.1.1. Anlaşma

Hekimlik sözleşmesinin kurulması, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin borçlar hukuku genel hükümlerine tabidir. Bu sebeple BK.'nun 1. maddesine uygun olarak karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, hekimlik sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli ve yeterlidir. Hasta, sözleşme kurma yönünde öneride bulunurken veya hekimin sözleşme kurma teklifini kabul ederken, özgür ve sağlıklı şekilde işlem iradesini bildirmelidir. Aynı durum hekim için de geçerlidir. Yani sözleşme iradesinin geçerli olabilmesi için, hastanın/hekimin işlem iradesinin hata, hile ve ikrah gibi nedenler ile sakatlanmamış olması yahut gabin ile fesada uğramamış olması gerekir<sup>112</sup>.

Hekimlik sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için ayrıca, hukuk kurallarına ve genel ahlak kaidelerine uygun olması gerekmektedir<sup>113</sup>.

Hekimle hasta arasındaki ilişkinin hekimlik sözleşmesi çerçevesinde geliştiği durumlarda hasta ile hekimin sözleşme yapmak gibi bir mecburiyetleri yoktur<sup>114</sup>. Böyle hallerde hasta, hekime başvurmak suretiyle tedavi talebinde bulunur. Duruma göre icap

<sup>109</sup> İpekyüz, Age., ss.16-56, Demir, Age., ss.233-237.

<sup>110</sup> Hayrünnisa Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, 2004, ss.52-56, Hancı, Age., ss.148-150, Uygur, Age., ss.85-92.

<sup>111</sup> Zevkliler, Age., ss.205-209, ss. 221-227, ss.248-251, Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, İstanbul 2008, ss.78-59, Yavuz, Age., ss.241-259.

<sup>112</sup> Demir, Age., ss.236-237, Uygur, Age., s.91.

<sup>113</sup> Yavuz, Age., s.570.

<sup>114</sup> Tandoğan, Age., s.387, Ancak bu durumun istisnası vardır. Acil müdahale gerektiren hallerde hekimin hastayı reddetmesi yahut hastanın hekimi reddetmesi gibi bir durum kural olarak söz konusu değildir.

yahut icaba davet sayılacak olan bu talep, devletin denetiminde ruhsat ve izne bağlı olarak çalışan hekim tarafından derhal reddedilmez ise tedaviye zımnen rıza gösterilmiş sayılır<sup>115</sup>.

#### **4.3.1.2. Tıbbi Müdahale**

##### **4.3.1.2.1. Tıbbi Müdahalenin Tanımı**

Tıbbi müdahale öğretide;

*“Tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amacıyla yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetler”*

şeklinde tanımlanmıştır<sup>116</sup>. Başka bir tanıma göre tıbbi müdahale;

*“Fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıklar, ağrı ve acılar, hastalık niteliği taşımayan fiziksel veya psikolojik bozukluklar ile hastalık niteliği taşımayan şikâyetleri önlemek, teşhis ve/veya tedavi etmek ya da bunların etkisini azaltmak amacıyla insan vücudu üzerinde yapılan girişimsel (invasiv) ve/veya girişimsel olmayan (non-invasiv= fiziksel tedavi, ilaçla yapılan tedavi, diyet vs.) her türlü müdahaledir.”<sup>117</sup>*

##### **4.3.1.2.2. Tıbbi Müdahalenin Türleri**

###### **4.3.1.2.2.1. Vücut Tamamiyetine Yönelik Tıbbi Müdahaleler**

Hekimin yaptığı tıbbi müdahalenin konusu, insanın vücut tamamiyeti ve sağlığıdır. Tıbbi müdahale kavramı ile kişinin sağlığına kavuşması için vücut tamamiyetine dokunma yahut vücut tamamiyetine değil de, beden veya ruh sağlığına yönelen diğer müdahaleler kastedilir. Tıbbi müdahale bir insanın sağlığı ile ilgili olarak hekim tarafından gerçekleştirilen her türlü eylemi kapsamaktadır. Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere iki genel başlık altında tıbbi müdahaleleri inceleyebiliriz. Bunlardan ilki, vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler olup; cerrahi operasyonlar, tedavide kullanılan yöntemler ve hastaya tedavi konusunda hekim tarafından yapılan öneriler bu gruptandır<sup>118</sup>.

Tıbbi müdahaleler tedavi amacı dışında koruma amaçlı, acı dindirmek amaçlı ve teşhis amaçlı da yapılabilir. Henüz hastalık isabet etmemiş bir organ yahut doku üzerinde fiziksel değişiklik meydana getirmek maksadıyla yapılan küçük bir tümörün

<sup>115</sup> Ayan, Age., s.56, Uygur, Age., s.91, Şenocak, (Küçüğün), s.34.

<sup>116</sup> Ayan, Age., s.5.

<sup>117</sup> Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, *AÜHFD.*, 52(3), Ankara 2003, ss.58–59.

<sup>118</sup> Ahmet Kılıçoğlu, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğu”, *T Klin J Mad ETHİCS*, S.4, 1996, ss.9–11.

alınması işleminde, koruma amaçlı tıbbi müdahale söz konusudur. Sinirlerin alınmasında ise amaç hastanın acısını dindirmektir. Teşhis amaçlı tıbbi müdahalelerde ise biyopsi yapılmasında olduğu gibi amaç teşhistir<sup>119</sup>.

#### 4.3.1.2.2.1.1. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Estetik amaçlı müdahaleler herhangi hastalığın tedavisi, acı giderme, teşhis veya koruma amacı dışında tamamen hastada mevcut olan estetik kaygılar sonucunda girilen müdahalelerdir. Bu tür müdahaleler ile kişide doğuştan olan veya sonradan oluşan görüntü bozukluklarının giderilmesi amaçlanır<sup>120</sup>. Zaten bu sebeple öğretilen bir görüşe göre estetik amaçlı müdahaleler tedavi amacından yoksundur<sup>121</sup>.

Ancak bununla beraber estetik müdahalelerde genel anlamda tıbbi zorunluluk olmadığından, müdahalenin taşıdığı risk ile neticesinde alınacak olan muhtemel sonuç hekim tarafından araştırılmalı ve hastaya bildirilmelidir<sup>122</sup>.

Estetik amaçlı müdahalelerde beden sağlığına ilişkin bir korumanın haricinde dış görünüşteki bozukluğun giderilmesi ve böylece bu bozukluğun kişinin ruhsal dünyasında meydana getirdiği olumsuz etkinin ortadan kaldırılması amaçlanır<sup>123</sup>. Ancak estetik müdahalelerde sonuç her ne kadar kişinin ruh sağlığına yönelmişse de, tıbbi müdahalenin vücut bütünlüğüne yöneldiği ortadadır. Bu sebeple estetik müdahaleleri de vücut tamamıyetine yönelik tıbbi müdahaleler kapsamında değerlendirebiliriz.

Beden ve ruh sağlığının bir bütün olduğunu savunan görüş ise estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin de tedavi niteliği taşıdığını ileri sürmektedir<sup>124</sup>. Bununla beraber estetik amaçlı bir müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için; sebep olabileceği zararın, yaratacağı faydadan daha fazla olmaması gerekir<sup>125</sup>.

#### 4.3.1.2.2.1.2. Organ ve Doku Nakli Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Organ ve doku nakli hususu, alıcı kimseye sağlık kazandırmak maksadıyla canlıdan veya cesetten organ yahut doku alınması ve alıcıya nakledilmesi gibi üstün bir insani değere hizmet etmekte iken, verici açısından kişilik haklarına müdahale anlamına gelmektedir. Bu iki değer arasındaki çıkar çatışması nedeniyle oluşacak olan hukuki

<sup>119</sup> İpekyüz, Age., s.30.

<sup>120</sup> Zevkliler, Age., ss.28-29, Ayan, Age., s.34, İpekyüz, Age., s.31.

<sup>121</sup> Ayan, Age., s.34.

<sup>122</sup> Günday, Age., s.13.

<sup>123</sup> İpekyüz, Age., s.31, Zevkliler, Age., s.28, Ayan, Age., s.34.

<sup>124</sup> Bayraktar, Age., s.168, Arpacı, Age., s.118, Ayan, Age., s.34.

<sup>125</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, Age., s.120.

sorunların çözülmesinde dayanak olması bakımından 20.05. 1979 tarih ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun, hem canlıdan hem de cesetten organ ve doku alınması hususunu düzenler<sup>126</sup>.

Bu kanunla “organ nakli” kavramı tanımlanmamış, ancak tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli hususlarının kanuna tabi olacağı belirtilmiştir. (ODASNHK. 1.m)<sup>127</sup>

Ayrıca 2238 sayılı Kanun, oto-grefleri (kişinin kendi vücudundan alınan dokunun tekrar kendi vücuduna ve fakat bu kez başka bir kısmına naklini, örneğin kök hücre naklini), saç ve deri alımı, aşılmasıyla naklini ve kan transfüzyonunu (naklini) kapsamaz. Kanun’un 2. maddesinde bu tür işlerin yürürlükteki diğer kanun hükümleri çerçevesinde yapılacağı öngörülmüştür. Ancak her ne olursa olsun, bu tür tıbbi müdahalelerde kişinin sağlığının tehlikeye düşürülmemesi esastır<sup>128</sup>.

Canlı kişiden organ alınmasında, vericinin 18 yaşını doldurması ve temyiz kudretine sahip olması şartı aranır. Akıl hastalarının ve temyiz kudretinden yoksun küçüklerin ise kanuni temsilcilerinin izniyle dahi organ vermeleri mümkün değildir. Ayırt etme gücüne sahip (temyiz kudretine sahip) küçüklerle kısıtlılar organ vericisi olabilir<sup>129</sup>. Ama bunun için mutlaka hem kendisinin hem de kanuni temsilcisinin izninin alınması gerekir<sup>130</sup>.

Cesetlerde ise organ alımı, ölen kişinin sağlığında verdiği cevaza bağlıdır. Ancak bu kuralın bir istisnası vardır. Buna göre, ölen kişinin yakınlarının bulunmadığı hallerde ve tedavi maksatlı olmak şartı ile organ naklinin ivedi olması durumunda rıza alınmaksızın, ceset organ vericisi olabilir<sup>131</sup>. Cesetten organ alımında kişinin rıza göstermesi resmi veya el yazılı vasiyetname ile yahut sağlığında iki tanık huzurunda konuya ilişkin rızasını açıklaması ile mümkün olacaktır. Vasiyetname ile rızanın açıklanmış olması için MK.’un 449. maddesine göre artık kişinin 18 yaşını doldurmuş olması şartı aranmaz. Kişinin 15 yaşını doldurmuş olması bunun için yeterlidir<sup>132</sup>.

<sup>126</sup> Mustafa Dural, Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2004, s.104, Oğuzman/Seliçi/Oktay, Age., s.120.

<sup>127</sup> Bayraktar, Age., s.191, Oğuzman/Seliçi/Oktay, Age., ss.120-121, Ayan, Age., s.20, İpekyüz, Age., s.33.

<sup>128</sup> Arpacı, Age., s.119, İpekyüz, Age., s.33.

<sup>129</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, Age., s.121.

<sup>130</sup> Dural, Age., s.109, Ayan, Age., s.19, Arpacı, Age., s.120.

<sup>131</sup> İpekyüz, Age., s.34, Oğuzman/Seliçi/Oktay, Age., s.121, Ayan, Age., s.24.

<sup>132</sup> Dural, Age., s.113.



Ceset üzerinde bilimsel araştırma yapılmasının şartları 2238 sayılı Kanun'un 14. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Ancak uygulamanın ne şekilde olacağı İnsan Cesedi Üzerinde Bilimsel Araştırma Yapılmasına İlişkin Yönetmelik ile açıklanmıştır<sup>133</sup>.

Organ aktarımının üstün bir ahlaki amaca hizmet ettiğini göz önünde bulunduran 2238 sayılı Kanun, herhangi bir çıkar karşılığında organ ve doku alım- satımının yasak olduğunu belirtmiş ve bu hususa ilişkin reklâmların hukuka aykırı olduğunu hükme bağlamıştır<sup>134</sup>.

#### 4.3.1.2.2.1.3. Cinsel Hayata ve Üreme Fonksiyonuna İlişkin Müdahaleler

Kişilerin cinsel hayatı ve üreme fonksiyonları, onların kişilik hakları kapsamında yer alır. Bu sebeple kişinin rızası olmaksızın bu alana yapılacak olan her türlü müdahale hukuka aykırı olacaktır. Ancak kanun koyucu, kişinin sağlığının tehlikeye düştüğü durumlarda cinsel yeteneğe ve üreme fonksiyonuna müdahalede bulunulmasını –kimi zaman rıza şartı aranmaksızın- gerekli görmüştür<sup>135</sup>.

Günümüzde teknolojik gelişmelerle insanlar üzerinde sterilizasyon (kısırlaştırma), kastrasyon (hadım etme), cinsiyet değişikliği, invitro fertilizasyon (sun'î döllenme-tüp bebek) gibi cinsel faaliyete ve üreme fonksiyonuna ilişkin bir takım müdahaleler yapılmaktadır. Bunlarla birlikte tarihin eski çağlarına kadar uzanan bir uygulama alanı olan gebeliğin sona erdirilmesi (rahim tahliyesi) ise, gelişmiş tekniklerle bugün hala uygulanan bir müdahale türüdür<sup>136</sup>.

Bu tıbbi müdahaleler yöneldikleri alana göre, üreme fonksiyonuna ilişkin tıbbi müdahaleler ve cinsel hayata ilişkin tıbbi müdahaleler olmak üzere iki kısımda incelenir<sup>137</sup>.

Tıbbi müdahale ister kişinin cinsel hayatına, ister üreme fonksiyonuna yönelmiş olsun en nihayetinde bu müdahalenin iki ana sebebi vardır. Bu sebeplerden biri sağlık, diğeri ise aile (nüfus) planlamasıdır. Müdahalelerin her iki türü de, 24.05.1983 tarih ve

<sup>133</sup> Dural/Öğüz, Age., s.110.

<sup>134</sup> Dural, Age., ss.108-109.

<sup>135</sup> Arpacı, Age., s.120.

<sup>136</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, Age., ss.121-123, İpekyüz, Age., ss.36-39, Dural, Age., ss.114-124, Ayşegül Demirhan Erdemir, "Üretim Fonksiyonu ile İlgili Tıbbi Uygulamaların Tıbbi Etikteki Yeri ve Bazı Orijinal Sonuçlar", *Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi*, S.1, 1993, ss.27-34.

<sup>137</sup> Arpacı, Age., s.120, Oğuzman/Seliçi/Oktay, Age., ss.121-123, Dural/Öğüz, Age., s.110, Dural, Age., s.114.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun ile düzenlenmiştir<sup>138</sup>. Nüfus (aile) planlamasının amaçlandığı hallerde, cinsel hayatına müdahalede bulunulan kişinin onamı şarttır. Nüfus planlamasına yönelik olan müdahaleler ya üreme faaliyetinin önlenmesi veya gebeliğin sona erdirilmesi (rahim tahliyesi) şeklinde gerçekleşir<sup>139</sup>.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hususlar NPHK.'un 5. maddesiyle düzenlenmiştir. Buna göre, gebelik süresinin on haftadan az olması halinde ana sağlığı açısından sakınca olmamak kaydıyla gebelik sonlandırılabilir. Ancak gebelik süresi on haftayı aşmış ise sadece anne ve/veya çocuk sağlığıyla gelecek nesillerin sağlığı için tehlike yaratması halinde gebelik sonlandırılabilir. Her iki durumda da anne evli değilse sadece annenin rızası, evli ise hem annenin hem de babanın rızası gebeliğin sonlandırılabilmesi için şarttır. Kadının velayet altında olması halinde kendisinin ve velisinin rızası birlikte aranır. Vesayet altında olması halinde; ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlı kadınlarda, kendisinin ve vasisinin izni ile birlikte sulh mahkemesinin de onayı gerekmektedir. Velayet veya vesayet altındaki kadının ayırt etme gücünden yoksun olması halinde, rızasının mevcut olması şartı aranmaz<sup>140</sup>.

Tababet ilminde kullanılan tekniklerin son derece gelişmiş olması nedeniyle artık anne karnındaki çocukta mevcut olan anomali (aykırılık) halleri tespit edilebilmektedir. Bu tespitler ışığında gebeliğin ilerleyen aylarında dahi olsa anne ve babanın rızası ve isteği üzerine, doğacak çocuk ile ilerideki nesillerin ağır maluliyete uğrama tehlikesinden hareketle gebelik sonlandırılabilir<sup>141</sup>.

Nüfus Planlaması Kanunu'nun süresi on haftayı geçmeyen gebeliklerde rızaya dayalı gebeliğin sonlandırılmasını mümkün kılmış olması, MK.'un 27. maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenen, ceninin sağ doğmak şartı ile ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olması kuralına ters düşmektedir. Zira bu şekilde kanun koyucu ana rahmine düşme süresi on haftadan az olan cenin için 27. maddenin uygulanmasını NPHK.'un 5. maddesi hükmüyle devreden çıkarmıştır. Ayrıca bu şartlardaki ceninin ana rahminden tahliyesini hiçbir kayıt ve şarta bağlamaksızın (rıza yeterli) mümkün kılarak, öngörülen sağ doğma şartının tahakkukunu engellemiştir.

<sup>138</sup> Dural/Öğüz, Age., s.110.

<sup>139</sup> Dural, Age., s.115, Arpacı, Age., s.121.

<sup>140</sup> Zevkliler, Age., s.31, Ayan, Age., s.29, Oğuzman/Seliçi/Oktay, Age., s.122, Dural/Öğüz, Age., s.112, İpekyüz, Age., ss.38-39.

<sup>141</sup> Dural/Öğüz, Age., s.112 vd.

Tıbbi zaruret durumu teşkil etmeyen hallerde rahim tahliyesi sayılabilecek olan bu durum, kanunla sınırlandırılması gereken hallerdendir. Örneğin sadece ırza tecavüz durumlarında annenin isteği ve rızasıyla gebeliğin sona erdirilmesine izin verilebilir<sup>142</sup>.

Gebeliğin önlenmesi, öncelikle gebeliği engelleyen tedbirlerin alınması ile mümkün olur. Bu tedbirler de gebeliği önleyici ilaç ve araçların kullanılması şeklinde kendini gösterir. Bu ilaç ve araçların teminiyle halkın konu hakkında bilinçlendirilmesi NPHK.'un 4. maddesine göre Sağlık Bakanlığı'nın görevidir<sup>143</sup>. Gebeliğin önlenmesi iki şekilde gerçekleşir. Bunlardan biri sterilizasyon, diğeri ise kastrasyondur<sup>144</sup>.

Sterilizasyon, kişide üreme fonksiyonunun çalışmasını engellemek maksatlı yapılan bir tıbbi müdahaledir. Bu yöntem ile kişinin cinsel ilişkide bulunabilme yetisi ve cinsel dürtülerini zarara uğratmadan kadınlarda yumurta, erkeklerde ise sperm kanallarının kapatılması söz konusudur. Böylece kişinin üreme yeteneği tıbbi yollarla sona erdirilmiş olur<sup>145</sup>.

Hadımlaştırma olarak ifade edilebilen kastrasyon yöntemi ise, kişinin cinsel salgı bezlerinin alınmasıyla cinsel faaliyette bulunma yetisinin ve üstelik cinsiyetine ilişkin bir takım belirtilerin ortadan kaldırılması olarak ifade edilebilir. Kastasyonun, sterilizasyondan farkı; kastrasyon ile cinsel ilişkide bulunabilme yetisinin de ortadan kaldırılmasıdır. Nüfus Planlaması Kanunu, kastrasyon yönteminin uygulanmasını, genel mantığı nüfus planlaması maksadına yönelik dahi olsa kabul etmez. Zira sırf nüfus planlamasının gerçekleştirilmesi maksadıyla kişilerin cinsel ilişkide bulunabilme yeteneğini ortadan kaldırmak, kişilik hakkı teorisine son derece ters düşer. NPHK.'a göre kastrasyon yöntemi ancak, gerçekleştirilen bir ameliyat sırasında ve fakat tıbbi zaruret hallerinde veya bir rahatsızlığın tedavisi için gerekli olduğu hallerde uygulanabilecektir. Üstelik böyle durumlarda hastanın rızasının varlığı da aranmaz. Ancak kişinin bir daha cinsel ilişkide bulunamaması gibi vahim sonuçlar doğuran bu müdahale türünün uygulanması söz konusu olduğunda, mevcut kanunlar geniş yorumlanmalı ve hatta yeni bir düzenleme ile kastrasyon yöntemini uygulanacağı

<sup>142</sup> Arpacı, Age., ss.122-123.

<sup>143</sup> Dural/Öğüz, Age., s.111.

<sup>144</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, Age., ss.121-122., Arpacı, Age., s.121, Dural, Age., s.115.

<sup>145</sup> Ayan, Age., s.19, Zevkliler, Age., s.29, İpekyüz, Age., s.36.

kişinin belli bir yaşı doldurmuş olması ve mutlak surette rıza alınmasının gerekliliği gibi bir takım hükümler öngörülmelidir<sup>146</sup>.

Üreme fonksiyonuna yönelik tıbbi müdahaleler sadece gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin müdahaleler değildir. Dünya üzerinde normal yolla çocuk sahibi olamayan pek çok insan vardır. Bu insanların çocuk sahibi olma isteklerine hizmet eden, yapay dölleme (invitro fertilizasyon-sun'i dölleme-tüp bebek) yöntemi de üreme fonksiyonuna ilişkin tıbbi müdahalelerdendir. Yapay dölleme yönteminde normal yollar ile gebe kalması mümkün olmayan bir kadının yumurtalarının, kocasının spermeleri ile döllendirilmesi ve bu yumurtaların kadının rahmine yerleştirilmesi suretiyle hamile kalması söz konusudur. Normalde sperm ve yumurtanın bir araya gelmesiyle yirmi dört saat içinde dölleme (fertilizasyon) gerçekleşir. Embriyo, sperm ve yumurtaların dölleme sonrası aldığı durumun adıdır. Yeni getirilen düzenlemelere göre, embriyoların dondurulmak suretiyle 3 yıl boyunca saklanması ve akabinde anne rahmine nakledilmesi yolu açılmıştır. Yapay dölleme yöntemine ilişkin hususlar 21.08.1987 tarihinde yayınlanan İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Merkezleri Yönetmeliği ile düzenlenmiştir<sup>147</sup>.

Yapay dölleme yönteminin kişilerde uygulanması bu yönetmelikle şarta bağlanmıştır. Öyle ki, yapay dölleme ancak normal yollar ile gebe kalamayan ve 35 yaşını ikmal etmiş evli kadınlar üzerinde uygulanabilen tıbbi bir müdahale türüdür. Bu düzenleme ile anne adayının yumurtalarının sadece koca ve baba adayının spermeleri ile ve mutlaka rahim dışında döllendirilmesi (embriyo halini alması), daha sonra embriyo halini alan yumurtanın annenin rahmine yerleştirilmesi söz konusudur. Böylece evli bir kadının yumurtalarının, kocası dışında başka bir erkeğin spermi ile dölleme engellendiği gibi, erkeğin spermeleri ile başka bir kadının yumurtalarının dölleme ve karısının rahmine yerleştirilmesi şeklinde gerçekleşebilecek sun'i dölleme yöntemi de engellenmiştir. Ayrıca kadının yumurtalarının rahim dışında, kocanın spermeleriyle dölleme ve başka bir kadının rahmine yerleştirilmesi yolu ile gebe kalınması yönteminin de önüne geçilmiştir. Kanunlarımızla bu üç tip sun'i dölleme yöntemine cevaz verilmemesi gerçekten de yerinde bir uygulamadır. Zira bu yöntemlerin

<sup>146</sup> İpekyüz, Age., ss.37-38, Ayan, Age., s.29, Arpacı, Age., s.123.

<sup>147</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, Age., s.122, İpekyüz, Age., s.39.

uygulanmasına izin verilmesi, nesep ve miras hukuku açısından birçok problemin yaşanmasına sebep olabilir<sup>148</sup>.

Bir de kişinin cinsiyetinin değiştirilmesine yönelik olan tıbbi müdahaleler vardır ki, bu tür müdahaleler hem kişinin cinsel hayatına hem de üreme fonksiyonuna yönelik tıbbi müdahaleler olarak değerlendirilmelidir.

MK.'un 30. maddesine 3444 sayılı Kanun ile eklenen ikinci fıkraya göre, doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde, nüfus sicilinde yer alan kişinin cinsiyetine ilişkin bilgilerde değişiklik yapılacaktır<sup>149</sup>.

Ancak öğretilerde MK.'un 30. maddesinin ölüm ve doğumun ispatı hususunu düzenlediği ve bu konuyla uzaktan yakından alakası olmayan cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydı üzerindeki etkisi hususunun da aynı madde ile düzenlenmesinin yersiz olduğu yönünde haklı bir görüş vardır. Bu görüşe göre, her iki hususun aynı maddede düzenlenmesi yersizdir. Bu eleştiri yerinde görülmüş olsa gerek ki, daha sonra yeni Medeni Kanun ile cinsiyet değişikliğine ilişkin hükmün “kişisel durum sicili” bölümünde “düzeltme” kenar başlığı ile 40. maddede düzenlendiği görülür. Medeni Kanun'un 40. maddesine göre cinsiyet değiştirecek olan kişi, bizzat mahkemeye başvuracak ve mahkemeden cinsiyet değişikliği için izin verilmesini talep edecektir. Mahkemenin bu yönde izin vermesi ise, kişinin 18 yaşını doldurmuş olması ve evli olmaması şartına bağlanmıştır. Ayrıca kişi transseksüel yapıda olmalı ve şu halde cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğu, üreme fonksiyonundan da sürekli surette yoksun olunduğunun eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi gerekmektedir<sup>150</sup>. Ancak kanaatimce bu şartlar dahi, cinsiyet değişikliği hususunda yeterli sınırlamayı getirememiştir.

Cinsiyet değişikliği amacını güden tıbbi müdahalelerin kişi üzerinde uygulanması, her iki cinsin de anatomik özelliklerini taşıyan hermafroditler, erdişiler ve hünsalarla anatomisi açısından bir cinse ilişkin özellikleri sergilemekle birlikte ruh hali itibarıyla kendini diğer cinsin özelliklerini sergilemekten alı koyamayan transeksüeller açısından tedavi niteliğinde kabul edilebilir. Ancak gerek dış görünüş, gerekse anatomik yapı

<sup>148</sup> Dural/Öğüz, Age., s.112, Arpacı, Age., ss.124-125.

<sup>149</sup> Dural, Age., s.117, İpekyüz, Age., ss.41-44.

<sup>150</sup> Oğuzman/Seliçi/Öğüz, Age., s.123.

itibariyle bir cinsin özelliklerini taşıyan fakat ruhsal bozukluklar sebebiyle karşı cinse özgü davranışlar ve duygular sergilemek durumunda olan eşcinseller (homoseksüeller) açısından cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbi müdahalelerin uygulanmasına izin vermek son derece yanlış bir uygulamadır. Kişinin rızası dahi bu durumlarda tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirememelidir<sup>151</sup>.

Dural ve Öğüz tarafından ileri sürülen; cinsiyet değişikliğinin sadece kişinin nüfus bilgilerinin değiştirilmesi ilgili olmadığı, çok daha geniş kapsamlı ve kişilik ile kişilik hakkını yakından ilgilendiren bir mahiyet arz ettiği yönündeki görüşe biz de katılıyoruz. Bu sebeple cinsiyet değişikliği şartlarının ciddi anlamda sınırlandırılması ve ayrı bir kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir<sup>152</sup>.

#### 4.3.1.2.2.2. Kişinin Ruhi Bünyesine Yönelen Tıbbi Müdahaleler

Hekimlerin yapmış olduğu tıbbi müdahalelerin bir kısmının cerrahi müdahale niteliğinde olmadığı, vücut bütünlüğüne yönelmediği görülür. Böyle müdahaleler kişinin fiziki bünyesinde değil, ruhi (manevi) bünyesinde bir takım etkiler meydana getirir. İşte bu ruhi alan, kişinin kişilik değerleri arasındadır. Ruhi bünyeye yönelen tıbbi müdahaleleri psikolojik tedavi faaliyetleri, teşhis ve cerrahi müdahale sonrası kontrol faaliyetleri ve ilaçla tedavi faaliyetleri olmak üzere üç başlık altında ele alabiliriz<sup>153</sup>.

Bunlardan psikolojik tedavi faaliyetleri, kişinin psikolojik durumunu etkileyen ve ruhsal sarsıntılara sebebiyet verebilecek bir takım bozuklukları tedavi etmek şeklinde kendini gösterir. Bu tür tıbbi müdahalelerde kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik bir takım zararların doğması mümkün değildir. Ancak herhangi bir sebeple uygulanan tedavinin, hastanın ruhsal durumunda bozukluklara yol açması veya mevcut bozukluğu

<sup>151</sup> Zevkliler, Age., ss.36-37, Arpacı, Age., s.126, Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki)*, Ankara 1993, s.169, İpekyüz, Age., ss.39-40.

<sup>152</sup> Dural/Öğüz, Age., ss.112-113, Arpacı, Age., s.126, Dural, Age., s.117, Cinsiyet değişikliği öncelikle kişinin kendi kişiliği üzerinde tasarrufta bulunması niteliğindedir. Ancak Medeni Kanun bu tarz bir fiil ile kişinin kendi kişilik hakkı üzerinde dahi tasarrufta bulunmasına izin vermez. Kimsenin kanun ile açıkça izin verilmeyen hallerde beden bütünlüğü üzerinde tasarruf etme yetkisi yoktur. O yüzden kişi sırf iradesi bu yönde diye cinsiyetini de değiştiremez. Aksini kabul eder isek, olay kişilik hakkı üzerinde kanuna aykırı şekilde tasarrufta bulunmak sayılır ki, bununla da kalmaz kanuna karşı hile yolu da açılmış olur. Bu durumda eşinden boşanamayan kişinin cinsiyetini değiştirmesi suretiyle evliliğinin son bulmasını sağlamasının önüne nasıl geçilebilecektir. Yahut askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek istemeyen bir erkeğin cinsiyet değiştirmesi, hangi gerekçe ile reddedilebilecektir.

<sup>153</sup> Ayan, Age., s.35, Arpacı, Age., ss.126-130, İpekyüz, Age., ss.44-45.

arttırmasıyla bunun sonucu olarak hastanın kendisine zarar vermesi söz konusu olabilmektedir. Hekim ise aradaki illiyet bağı nedeniyle hastanın kendine verdiği zarardan dolayı sorumlu tutulabilir<sup>154</sup>.

Teşhis ve tıbbi müdahale sonrası kontrol faaliyetlerinde ise, hekimin teşhis ve tedavi aşamasında hastaya uyguladığı bir takım yöntemler tıbbi sorumluluğa yol açabilir<sup>155</sup>.

İlaçla tedavi de ruhi bünyeye yönelik tıbbi müdahalelerdendir. İlaçla tedavilerde, yukarıda incelenen ruhi bünyeye yönelik tıbbi müdahalelerde olduğu gibi kişinin doğrudan vücut tamamıyetini etkileyen bir durum söz konusu değildir. Ancak hekimin tavsiye ettiği ve hastanın kullandığı ilaç sebebiyle kişinin ruhsal yapısında meydana gelen bozuklukların sebep olabileceği zararlar, tıbbi sorumluluğa yol açmaktadır<sup>156</sup>.

#### **4.3.1.2.3. Tıbbi Müdahaleyi Gerçekleştirecek Olan Kişi**

Tıbbi müdahalenin ehil kişi veya kişiler tarafından yapılması son derece önemlidir. Aksi halde yapılan müdahale tıbbi müdahale sayılamaz. Müdahale sırasında ya da sonucunda ehil olmayan kişinin verdiği bir zarar söz konusu olur ise bu kişiyi hekimin tıbbi müdahale sonucunda verdiği zarar hükümleri gereği, cezai ya da hukuki açıdan sorumlu tutmak mümkün olmaz. Belki sadece Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümleri olaya uygulanabilir. Bu sebeple müdahalenin tıbbi sayılabilmesi için öncelikle ehil bir kişi tarafından yapılması gerekmektedir. “Tıbbi müdahalede bulunmaya ehil kişi” kavramının kapsamı her ne kadar Malpraktis Kanun Tasarısı ile genişletilse de<sup>157</sup> (2.m) şu an için Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile yapılan tahdidi sayım geçerlidir. Buna göre tıbbi müdahalede bulunmaya ehil kişiler; hekimler (TŞSTİDK. 1 ve 2.m), acil tıbbi yardım ve bakım halinde Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirtilmesi kaydı şartıyla acil tıp teknikerleriyle acil tıp teknisyenleri (TŞSTİDK. 3/2.m), diş hekimleri (TŞSTİDK. 29.m), ebeler (TŞSTİDK. 47.m), sünnetçiler (TŞSTİDK. 58.m) ve hasta bakıcı hemşirelerdir.

<sup>154</sup> İpekyüz, Age., s.45, Ayan, Age., ss.35-36.

<sup>155</sup> Ayan, Age., s.35, İpekyüz, Age., s.45.

<sup>156</sup> Ayan, Age., s.36 vd., İpekyüz, Age., s.45.

<sup>157</sup> Malpraktis Kanun Tasarısı ile sadece hekimler ya da diş hekimleri değil, biyologlar, eczacılar, psikologlar, veteriner hekimler, fizik tedavi uzmanları, diyetisyenler, laboratuvar teknisyeni, röntgen teknisyeni ve çocuk gelişimciler de Kanun kapsamında tıbbi müdahalede bulunmaya ehil kişi kavramına dâhil edilmişlerdir.

(TŞSTİDK. 68.m) Bizzat Kanun ile sayılan bu kişiler dışında tıbbi müdahalede bulunmaya ehil başkaca bir kimse yoktur<sup>158</sup>.

Tıbbi müdahalede bulunacak olan kişi sadece ehil değil, aynı zamanda yetkili de olmalıdır. Bu sebeple yetki belgesi olmadan iğne yapan eczacılar, şifalı bitkilerle tedavi yapan kişiler, kırık-çıkıkçıların yaptığı müdahaleler hem ehliyet hem yetki hususunda eksik olduklarından, tıbbi müdahale sayılamaz. Üstelik bunlar hukuka aykırı fiil teşkil eder<sup>159</sup>.

Yetkili ve ehil kişinin gerçekleştireceği tıbbi müdahale aynı zamanda kusursuz olmalıdır. Tıbbi müdahalenin kusursuzluğundan kasıt; müdahale için gerekli uygun ve yeterli koşulların sağlanmış olması, uygun tekniğin seçilmesi ve girişimin onama uygunluğunun sağlanmasıdır. Müdahalede kusursuzluk için öncelikle hekim, hastaya yaklaşımın tüm gereklerini yerine getirmelidir. Bunun için de hastanın öyküsünün, özgeçmişinin, soy geçmişinin, şikâyetlerinin ayrıntılı olarak öğrenilmesi, tam bir muayenenin yapılması ve sonrasında tanıya yardımcı olacak radyolojik ve laboratuvar tetkiklerinin tamamlanmış olması gerekir. Bu aşamaların herhangi birinde ortaya çıkan eksiklik, teşhisin ve dolayısıyla tedavinin hatalı olmasına yol açabilecek ve böylece istenirse dahi tıbbi uygulama hatası oluşacaktır. Tıbbi uygulama hatalarını engellemek için, sağlık kuruluşlarının tıbbi standartlara uygun olması ve hekimlerin tıptaki gelişmeleri takip ederek, bu durumu uygulamalarına yansıtması gerekmektedir<sup>160</sup>.

Kişilere hastalıklarını ortadan kaldırmak veya etkilerini en aza indirmek için hekim tarafından yapılan müdahaleler tıbbi müdahale olacağı gibi, kişideki anormal fiziki özelliklerin giderilmesi yahut eksik bir takım fiziki özelliklerin kazandırılması maksadı ile girişilen müdahaleler de (estetik operasyonlar) tıbbi müdahale kavramı içinde değerlendirilebilir. Bir müdahalenin tıbbi müdahale sayılabilmesi için gerekli olan bir diğer unsur, doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi maksadı taşımasıdır. Kısaca bir müdahalenin tıbbi sayılabilmesi için, hekim tarafından girişilen faaliyetlerde, münhasıran bir hastalığın teşhisi, tedavisi veya önlenmesi gaye edinilmiş olmalıdır. Örneğin bir kalp ameliyatında doğrudan doğruya tedavi amacı vardır. Bununla beraber estetik ameliyat, cinsiyet değişikliği ve sun' i dölleme gibi müdahalelerde dolaylı da

<sup>158</sup> İpekyüz, Age., s.23.

<sup>159</sup> İpekyüz, Age., s.23 vd.

<sup>160</sup> Kurtuluş/Acar/Boz, Age., s.13.



olsa bir tedavi amacının olduğu yadsınmaz. Fakat tedavi amacı taşımayan bilimsel araştırma faaliyetleri ile ötenazi tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilemez<sup>161</sup>.

Tıbbi bir müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için gerekli hususlardan<sup>162</sup> bir diğeri, hasta rızasının mevcudiyetidir<sup>163</sup>. Tedavi, hastaya ait bir hakır<sup>164</sup>. Bu şekilde hasta, tıbbi yardımını isteme ya da hastalığın kaçınılmaz gidişatını kabul etme şeklinde iki tür seçimlik hakka sahiptir. Hekim tarafından yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getiren şey, hastanın tedaviye rıza göstermesidir. Hasta temyiz kudretine sahip değilse, rıza kanuni temsilci tarafından açıklanır. Çağdaş hukuk sistemlerinde, tıbbi el atmalar söz konusu olduğunda hastanın rızasının varlığı, hekimin eyleminin hukuka uygunluğunun esaslı bir unsuru olarak görülür. Rızanın alınmamış olması ise eylemin hukuka uygunluğunu ortadan kaldırır. Bu halde tedavinin tıp kurallarına uygun yapılmış olması ehemmiyet arz etmez. Bununla beraber rıza alınmış olmasına rağmen müdahalenin tıbbi gereklere aykırı olması halinde ise, rızanın varlığı müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıramaz<sup>165</sup>.

#### 4.3.1.2.4. Yanlış Tıbbi Müdahale (Malpraktis) Kavramı

Hekim-hasta ilişkisinde hukuki sorumluluğun doğabilmesi için yanlış tıbbi müdahalenin, diğeri bir değışle tıpta hatalı uygulamanın, kısaca “malpraktis” sayılan bir eylemin mevcut olması gerekmektedir. Malpraktis terimi, Latince “Malapraxis” kelimesinden türetilmiştir. “Mal” kelimesi; hastalık, kötülük, bozukluk, kusurluluk anlamlarını taşımakta, malpraktis kavramı<sup>166</sup> ise öğretide bir görüşe göre;

<sup>161</sup> Çeker, Agm.

<sup>162</sup> Hukuka uygunluk sebeplerini üç başlık altında toplamak mümkündür. M.K. m.24/II’ de öngörülen bu haller; kişilik hakkı ihlal edilen kişinin tecavüze rıza göstermesi, üstün nitelikte özel veya kamu yararı bulunması ve kanunun verdiği yetkiden oluşur. Bu bağlamda, hukuka uygunluk nedenlerini şu şekilde sıralanabilir; Kamu yetkisinin kullanılması (üstün kamu yararı) (MK.m.24/II), özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması (MK.m.24/II), mağdurun rızası (MK.m.24/II), vekâletsiz iş görme (BK.411), meşru savunma (BK.52/I), zaruret hali (BK.52/II), kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma (BK.52/III). Bunlardan sadece mağdurun rızası ve üstün kamu yararının bulunması hali tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından bizi ilgilendirmektedir.

<sup>163</sup> Bayraktar, Age., s.42.

<sup>164</sup> Aşçıoğlu, Age., s.25.

<sup>165</sup> M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1995, s.480, Ali Osman Özdilek, *Tıpta Yanlış Uygulama Sebebiyle (Malpraktis) Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Erişim: 12.05.2010, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_300.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_300.htm).

<sup>166</sup> Yener Ünver, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı”, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, [Bildiriler]*, 16–17 Ocak 2009, Mersin, ss.149–177.

*“Hastanın sağlık personeli tarafından, zarar görecek Şekilde yanliŐ tedavi edilmesi”*

Şeklinde tanımlanmaktadır. Daha geniş diğer bir tanıma göre tıbbi malpraktis;

*“Hekimin mevcut Şartlarda makul olan hizmet ve bakımı baŐaramaması, meslekte tecrübeli bir hekimin aynı Şartlar altında sergileyebileceği performansı gösterememesi, normal uygulamanın gereklerinden sapması ve standartlarını duŐurmesi ve bundan bir zararın dođmuŐ olmasındır.”<sup>167</sup>*

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı’nın (Malpraktis Kanun Tasarısı) 3. maddesinde de “Tıbbi Kötü Uygulama” adı ile malpraktis tanımlanmıştır. Buna göre tıbbi malpraktis;

*“Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanliŐ veya eksik teŐhiste bulunması veya yanliŐ tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumdur.”*

Principles of European Tort Law (Avrupa Sorumluluk Hukukunun Esasları), madde 4, 101. temel normda tıbbi hata (yanliŐ tıbbi müdahale) kavramı tanımlanmıştır. Buna göre tıbbi hata;

*“Hekim tarafından uyulması gereken standart tıp kurallarının kasten yahut ihmal ile ihlal edilmesi neticesinde hastanın maruz kaldığı esaslı yanliŐliđa denir.”*

Ancak Pantaleón’a göre, bu tanımlamayı anlamak oldukça güçtür. Uyulması gereken standart tıp kurallarının ihlali hususu, kasıt ve kusur kavramlarına odaklanmak suretiyle anlaŐılamaz. Burada dikkat edilmesi gereken Şey, kasten veya ihmal ile oluşan zarar kavramıdır. Kusur ile oluşan zararın (negligent harm) varlığı için hekimin kusurlu olması gerekir. Kusur, uyulması mecburi standart tıp kurallarının ihlali halinde yahut diğer bir ifadeyle hekimin özen yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesinde oluşur. Ayrıca kusur sadece istenmeden, farkında olmadan (non-intentional) verilen zararları değil, aynı zamanda kasıtlı, bilerek, farkında olarak (intentional) sebep olunan zararları da kapsar<sup>168</sup>.

<sup>167</sup> Nüket rnek Büken, Erhan Büken, *Tıbbi Malpraktis Konusunda Tartışmalar*, Erişim: 12.05.2010, [http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/nuket\\_ornek\\_buken\\_280408.pdf](http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/nuket_ornek_buken_280408.pdf).

<sup>168</sup> Fernando Panteleón, *Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A critical view “from outside*, Erişim: 12.05.2010, [http://www.indret.com/pdf/299\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/299_en.pdf).

Tababet ilminin icrası sırasında, diğer bir ifadeyle teşhis ve tedavi hizmetlerinin sunumu esnasında bu hizmetleri yerine getiren sağlık personelinin yanlış müdahalesi sonucunda hastanın zarara uğraması, sağlık personelinin bilgi noksanlığından, dikkatsizliğinden, muhakeme hatalarından, müdahale için gerekli olan araç, gereçle müdahalede bulunulan mekânın gerekli vasıflara sahip olmamasından kaynaklanabilir<sup>169</sup>.

Hekim, hastanın tedavisini gerçekleştirirken başarısızlık, beceri eksikliği yahut ihmal nedeniyle hastayı zarara uğratır ise, malpraktis gerçekleşmiş olur<sup>170</sup>.

Bazen hekimler daha bilindik bir yöntemle tehlikeli ve yeni bir yöntemin uygulanması hususunda seçim yapmak zorunda kalabilmektedirler. Bu yöntemlerden birinin kesin olarak diğerine olan üstünlüğünün veya birinin diğerinden -başarıyla sonuçlanma açısından- daha emin olduğunun saptanamadığı durumlarda, hekimin zarara sebep olan tedavi yöntemini seçmiş olması nedeniyle kusurlu olup, olmadığı hususu öğretilerde tartışmalıdır<sup>171</sup>. Ancak yöntemlerden birinin diğerine göre başarı ve risk azlığı açısından kabul olunan bir üstünlüğü varsa ve buna rağmen hekim diğer yöntemi hasta üzerinde uygulamış ise, doğan zarardan sorumlu olacağı ortadadır. Zira hekimin geleneksel tedavi yönteminden sapması halinde sorumluluk, kendisine aittir<sup>172</sup>.

#### **4.3.1.2.5. Yanlış Tıbbi Müdahale (Malpraktis) ile Komplikasyonun (İstenmeyen Durum) Birbirinden Ayırt Edilmesi**

Hekim ve hasta ilişkisinde hastanın müşkülüyeti bazen öyle uç noktalarda olur ki, bu gibi durumlarda hasta yaşamını mümkün olan en sağlıklı şekilde sürdürmek isteyen ve fakat kendi kabiliyetleri çerçevesinde buna muktedir olamayan bir ahval içindedir. Hasta, hayatının hangi aşamasında olursa olsun bilgisini ve görgüsünü aşan, özel uzmanlık gerektiren ve asla profesyonel bir yardım almaksızın üstesinden gelemeyeceği bir hastalık ile yüz yüze geldiğinde, hekimle kuracağı hukuki ilişkide koruyucu sağlık hizmetleriyle tanı ve tedavi ihtiyacı açısından hekime tam anlamıyla bağımlı durumda olan taraftır. Bu tek taraflı bağımlılık ve güç yetirememesi hali, hekim ve hasta ilişkisinde hiçbir hukuki ilişkide olmadığı kadar belirgindir. Bununla birlikte

<sup>169</sup> Özdemir, Age., ss.149-150.

<sup>170</sup> Hancı, Age., s.30.

<sup>171</sup> Aşçıoğlu, Age., s.77, Özdemir, Age., s.152.

<sup>172</sup> Ayan, Age., s.66, İpekyüz, Age., s.92.

tedavi sürecinde ya da bu sürecin sonunda yaşanan istenmeyen olayın hekimin hatasıyla meydana gelen yanlış tıbbi müdahale olup, olmadığı en önce tespiti gereken husustur.

Zira tababet ilminde komplikasyon (istenmeyen durum) denilen bir takım tedavi riskleri vardır. Öyle ki, bu risklerin gerçekleşmesi olasıdır. Gerçekleşmelerinin ise hekim hatası ile alakası yoktur. Bu sebeple en önce hatalı tıbbi uygulama ile tıbbi bakım ve tedavi sırasında gerçekleşebilen ve hekim hatası olmayan durumlar ayırt edilmelidir. Her tıbbi müdahale türünün normal sayılabilecek sapmaları ve riskleri vardır. Bu istenmeyen, ancak kaçınılamayan sonuçlar tababet ilminde "izin verilen risk (komplikasyon)" olarak adlandırılır<sup>173</sup>. Çağdaş hukuk anlayışı, hekimler ve diğer sağlık personelinin mesleki uygulamalarının komplikasyonları olabileceğini göz önünde bulundurur. Tıbbi müdahale sonucunda oluşan zarar, komplikasyondan kaynaklanmış ise yani önlenemez olmayan bir zarar niteliği taşıyorsa, hekim bu zarardan sorumlu tutulamaz. Ancak, olası komplikasyonlara yönelik tedbir almamış olmak da (gerekli araç gereci bulundurmamak, hastayı bir uzmana sevk etmemek gibi) hekimin sorumluluğuna sebep olur<sup>174</sup>.

Eğer hekim müdahaleyi tıbbi standartlara uygun şekilde yerine getirmişse, tedavi arzulan sonuca ulaşmamış olsa dahi, hekimin olumsuz neticeden mütevellit hukuki sorumluluğu oluşmaz. Komplikasyonlar ise tıbbi uygulama hatalarından farklı olarak, hastanın yahut hekimin elinde olmadan gelişen durumlardır. Mesela; ameliyat sırasında sterilizasyon, tıbbi standartlar gereği dikkat edilmesi gereken bir husustur. Ancak ne kadar dikkat edilirse edilsin, her ameliyatta enfeksiyon (yangı, iltihap) riski vardır. İşte alınan tüm standart önlemlere rağmen hastada enfeksiyon oluşmuşsa, bu durumun bir komplikasyon olduğu kabul edilir. Ancak çok önemlidir ki, her komplikasyon izin verilen risk olarak kabul edilemez. Komplikasyon terimi daha önce de belirttiğimiz gibi; tıp ilminde istenmeyen, olumsuz gelişmeleri ifade etmek maksadıyla kullanılmaktadır. Fakat bu istenmeyen neticelerin önceden öngörülmesi mümkün iken, öngörülmemiş ise veya tababet ilmi ortalama bir hekimden tıbbi standartların gerektirdiği bir takım riskleri

<sup>173</sup> Harun Tuğcu, Çoşkun Yorulmaz, Sermet Koç, *Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis*, Erişim: 12.05.2010, [http://www.istabip.org.tr/media/upload/klinik\\_2009\\_22/02.pdf](http://www.istabip.org.tr/media/upload/klinik_2009_22/02.pdf), Kurtuluş/Acar/Boz, Age., s.10, Aysun Balseven Odabaşı, Ali Rıza Tümer, Çekinik (Defansif) Hekimlik; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Uygulanma Aşamasında Toplum Bekleyen Tehlike, *STED*, 15(4), 2006, ss.55-59.

<sup>174</sup> Arın Namal, *Diş Hekimi ve Malpraktis*, Erişim: 12.05.2010, <http://www.ido.org.tr/dergiarsiv103.asp?ID=1018>.

öngörme, önleme veya gerçekleşmesi halinde zararını ve tehlikesini azaltma adına bir takım önlemlerin alınmasını beklemekte ise, hekimin bu beklentiye aykırı davranışı neticesinde gelişen zararı, komplikasyon olarak nitelendirmesi ve bu şekilde hukuki sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır. Dahası, istenmeyen ve fakat somut olayda gerçekleşen zarar ve tehlike risklerini ifade etmek maksadıyla komplikasyon ifadesi kullanılacaksa bu ifade, ancak öngörülemeyen ve önlemeyen ve her türlü önleme rağmen gerçekleşmesine mani olunamayan durumlar için kullanılabilir. Eğer istenmeyen sonuç, risklerin öngörülebileceği ve önlenebileceği halde öngörülemeyip, önlenememesinden kaynaklanıyor ise o zaman komplikasyondan değil, yanlış tıbbi müdahalenin (malpraktis) varlığından söz etmek yerinde olacaktır<sup>175</sup>.

Yargıtay da bir kararında hekimin sorumsuzluğunun tüm komplikasyonları içermediğini, öngörülebilen ve önlenebilen komplikasyonlarda hekimin özen yükümlülüğüne dayanan sorumluluk anlayışı doğrultusunda sorumlu olacağı yönünde hüküm ihdas etmiştir<sup>176</sup>.

### **4.3.2. Hekimlik Sözleşmesinin Zorunlu Olmayan Unsuru**

#### **4.3.2.1. Ücret**

Hekimlik sözleşmesinde hekimin üstlendiği edimin karşılığı olarak ücret alması kanunla öngörülmemiş bir husustur. Ancak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 33. maddesi, hekimlerin verdikleri tıbbi hizmet karşılığında ücret alabileceklerini hükme bağlamıştır<sup>177</sup>. Hekimlik sözleşmesinde ücret hususuna ilişkin açık bir düzenleme getirilen bu maddeye göre;

*“Her çeşit cerrahi müdahale, doğum, fizikoterapi, radyoterapi, diş tababeti tedavileri ve tabibin sıkı nezaretini gerektiren sürekli kürler için hastalardan maktu bir ücret istenebilir.”*

Ayrıca TDN.'nin 34. maddesine göre;

*“Götürü ücret alınması caiz olan hallerde, tedavi tamamlanmadan herhangi bir sebeple bırakılırsa, müdavi tabip o zamana kadar sarf ettiği mesai ile masraflarına tekabül eden ücreti alır ve peşin ücret almış ise bakiyesini iade eder.”*

Aynı Nizamname'nin 35. maddesinde ise;

<sup>175</sup> Ünver, Age., ss.154–155.

<sup>176</sup> Y13.HD., T.07.12.2000, E.2000/10347, K.2000/11083.

<sup>177</sup> Uygur, Age., s.93.

*“Acil vakalarda müdahale eden tabip veya dış tabibi, bu müdahaleden dolayı, ücretini sonradan isteyebilir.”*

denilmektedir. Ancak hekimlik sözleşmesi kanun ile düzenlenmemiş atipik bir sözleşmedir. Vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen bu sözleşmeye de uygulanması gerektiğini kabul ettiğimizde, ücretin vekâlet sözleşmesinin yasal ve zorunlu bir unsuru olmadığını ve fakat sözleşmeyle öngörülmüş olması veya ödenmesinin teamülden olduğu hallerde vekilin ücrete hak kazanacağını göz önünde bulundurmak gerekir<sup>178</sup>. Hekimler de, sözleşmeyle öngörülmesi veya verdikleri hizmet karşılığında ücret almalarının teamülden olması halinde ücrete hak kazanacaklardır. Vekâlet sözleşmesindeki bu hükmün uygulamada yer etmesi, oldukça uzun bir tarihsel gelişimin sonucudur<sup>179</sup>. Günümüzde, genellikle vekilin hizmetleri belli bir ücretin ödenmesini gerektiren hizmetlerdir. Vekâletin ücret karşılığı olacağı daha çok sözleşme yapılırken kararlaştırılmaktadır. Eğer sözleşme yapılırken kararlaştırılmamış ise, işin görülmesinden sonra dahi kararlaştırılması mümkündür. İsviçre/Türk hukukunda ücret hususunda zımni bir anlaşma yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Oser-Schönenberger’e göre; vekil yaptığı iş karşılığı ücret bekleyebilir, müvekkil tarafından durumun gereklerinden çıkarılabilecek ise, ücret konusunda zımni bir anlaşmanın varlığı kabul edilmelidir. Gautschi ise; ücret verilmesinin teamülden olmaması durumunda tarafların bu konuda susmasının, vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olduğu şeklinde yorumlanmasına ilişkin bir ipucu olduğu düşüncesindedir. Bununla beraber, ücret karşılığı iş görmenin teamülden olduğu durumlara; hekimlerin, mimarların, özel öğretmenlerin ve bankaların hizmetleri örnek olarak gösterilebilir.<sup>180</sup>

Hekimle hasta arasında muayene veya tedaviden önce ücretin miktarı hususunda görüşme yapılmamış ise gönderilen fatura bir icap sayılır ve hasta bu faturaya itiraz etmedikçe hekimin icabını zımnen kabul etmiş sayılır. İtiraz edecek olursa, hâkim teâmülü veya asgari ücret tarifelerini göz önünde bulundurarak hüküm vermelidir<sup>181</sup>.

Hekimlik sözleşmesinde ücret, varlığı zorunlu bir unsur değildir. Uygulamada ücret almaksızın hastalarını tedavi eden hekimler de vardır. Bu hekimlerin hastaları ile

<sup>178</sup> Aydın Zevkliler, Ayşe Havutçu, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2007, s.336.

<sup>179</sup> Tandoğan, Age., s.361.

<sup>180</sup> Yavuz, Age., s.571, Oğuz, Age., ss.268-269 naklen.

<sup>181</sup> Yavuz, Age., ss.571-572.

aralarındaki hukuki ilişkiyi, eser sözleşmesi veya hizmet sözleşmesi olarak yorumlamak, bu durumun izahını güçleştirecektir. Zira zorunlu unsurlarından biri, görülen iş mukabili ücret olan her iki sözleşme tipinde ücret alınmaması gibi bir durum söz konusu değildir. Az sonra açıklayacağımız gerekçelere ek olarak hekimlik sözleşmesinin atipik bir özel hukuk sözleşme türü olması ve kanunla düzenlenmemiş bulunması nedeniyle vekâlet akdine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulandığı düşünülürse, Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinin üçüncü fıkrası gereği, ücretin zorunlu unsur olmadığı, ancak sözleşmeyle kararlaştırılması halinde yahut bu yönde bir gelenek var ise ücretin verileceği veya talep edilebileceğini söylemek gerekir. Taraflar sözleşme ile ücret öngörebilirler ve bu ücretin miktarını da yine sözleşme ile belirleyebilirler<sup>182</sup>.

Bazı vekâlet sözleşmelerinin ücret hususunu içermemesi halinde, bu işlerin görülmesi karşılığında iş hayatının bir geleneği olarak ücrete hükmedilmesi gerektiği ve bu şekilde hekimin de yaptığı tıbbi müdahale nedeniyle ücrete hak kazanacağı aşikârdır. Aynı durumun davayı yürüten avukatlar için de geçerli olduğunu iddia eden görüşe göre avukatlık hizmetinin verilmesinden önce tarafların ücret öngörmemiş olması halinde iş hayatının bir geleneği olarak avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği ileri sürülse de, Avukatlık Kanunu'nda bu konuya ilişkin özel bir düzenlemenin mevcut olması, olaya teamülün uygulanmasını engeller. Zira hakkında kanun hükmü bulunan hallere öncelikle bu hüküm uygulanacaktır. Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesiyle taraflar ücret kararlaştırmamış olsalar dahi avukatın, avukatlık asgari ücret tarifesine göre ücrete hak kazanacağı açıkça belirtilmiştir. Hal böyle olunca avukatlık hizmetinde ücrete hükmedilmesinin teamülden olup, olmadığı pek ehemmiyet arz etmez<sup>183</sup>.

Hekim ve hastaneler (ister devlet hastanesi, ister özel hastane olsun) mevzuat ile gösterilmiş istisnalar hariç, hastanın bakımı ve tedavisine mukabil olarak -sözleşmeyle öngörülme bile- ücret isteme hakkına sahiptir. Fakat hastanın, doğruluk ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan miktardaki giderler konusunda çekince koyma hakkı saklıdır<sup>184</sup>. Hastanın müzayaka halinden yararlanmak suretiyle ondan tedavi karşılığı istenecek fahiş ücretler, gabin olarak nitelendirilmelidir.

<sup>182</sup> Zevkliler, Age., s.249.

<sup>183</sup> Yavuz, Age., s.572, Zevkliler, Age., s.249, Zevkliler/ Havutçu, Age., s.336,

<sup>184</sup> Hakeri, Age., s.265.

Hekim, sunacağı muayene, tedavi ve ameliyat hizmetleri dışında diğer hizmetler için de (örneğin, röntgen, manyetik rezonans-MR, ultrason çekimleri, grafik, film ve testlerle birlikte ayrıntılı tetkikata dayalı raporların yazımı ve reçetelerin düzenlemesi gibi) ayrı bir ücret talep etme hakkına sahiptir<sup>185</sup>.

Ücret ödenmesi gerekliliği karşısında hasta, Türk Tabipler Birliği tarafından hazırlanıp, her ilin tabip odalarınca belirlenmiş olan asgari ücret tarifelerindeki ücreti ödemek suretiyle bu borcundan kurtulur. Üstelik hasta tarafından ödenecek ücretin mutlak surette nakdi ödeme biçiminde olması zaruri değildir. Hasta, para yerine aynı edim konusu bir malı hekime teslim etmek suretiyle de ücret ödeme borcunu ifa etmiş sayılabilir<sup>186</sup>.

Ücret hususunun hekimlik sözleşmesindeki önemini tespit açısından, acil müdahale gerektiren durumlarda hekimin müdahalesinin hangi kapsamda değerlendirilmesi gerektiği, incelenmesi gereken önemli bir diğer konudur. Bir görüşe göre bu durumda vekâletsiz iş görme hükümleri olaya kıyasen uygulanacaktır. Yani bir kaza veya ani bir kriz sonucu kendisini kaybetmiş olan hastaya, hekimin tıbbi müdahalede bulunması halinde aralarında bir akit söz konusu olmayacak ve fakat burada vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır<sup>187</sup>. Vekâletsiz iş görme, iş sahibinin işi kabul etmesi ile kendiliğinden vekâlet akdine dönüşecek, böylece hekim ile hasta arasında sonradan bir vekâlet akdi ilişkisi ortaya çıkmış olacaktır. Ancak hasta sonradan icazet vermese bile hekimin ücretini ve bununla beraber diğer masraflarını karşılamaya mecbur kalacaktır<sup>188</sup>.

Bir diğer görüşe göre, tıbbi müdahale öncesinde hastanın rızasını almanın mümkün olmadığı durumlarda gerçekleştirilen müdahalelerde, hastanın farazi rızasının var olduğu kabul edildiğinden mütevellit olaya vekâletsiz iş görme hükümlerinin değil, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmuş, böylece taraflar arasında ücret hususu kararlaştırılmamış dahi olsa hekimin ücrete hak kazanacağını teamülden olduğu kabul edilmiştir<sup>189</sup>.

<sup>185</sup> Demir, Age., s.235, İpekyüz, Age., ss.46-47, Şenocak, Age., ss.69-70.

<sup>186</sup> Demir, Age., s.236, İpekyüz., Age., s.152; Hekimler için hazırlanmış olan asgari ücret tarifesi taban sınırı belirlemektedir. Böylece bu ücret tarifesini altında bir bedelle hasta muayenesi yasaklanmıştır.

<sup>187</sup> Özdilek, Age., ss.17-20, Reisoğlu, Age., s.2.

<sup>188</sup> Özdilek, Age., ss.17-20.

<sup>189</sup> Aşçıoğlu, Age., s.20.



Ayrıca Tıp Meslekleri Uygulamalarına Dair Kanun'un 71. maddesine göre;

*“Hekimler, diş hekimleri, dişçiler ve ebeler ile hastalar arasında tedavi ücretinden dolayı doğacak anlaşmazlıklarda -anlaşma konusu olan ücret ne olursa olsun- Sulh Mahkemelerine başvurulur. Yalnız iki yıl geçerse bu hak kaybolur.”*

Hekimlerle hastaları arasında çıkabilecek tedavi ücretine ilişkin uyuşmazlıklarda, miktar ne olursa olsun Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir. Ancak davanın açılabilmesi, 2 yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Bir görüşe göre bu hüküm, aslında hekimlerle hastalar arasındaki sözleşme ilişkisinde ücret unsurunun zaten var olduğunu ve ayrıca belirtilmesine ihtiyaç olmadığını ileri sürülmüştür<sup>190</sup>.

Serbest hekimlerle hasta arasındaki ilişkiyi ücret açısından değerlendirdikten sonra, kamu hastanelerinde çalışan hekimlerle hastalar arasındaki hukuki ilişkiyi ücret bağlamında ele almak gerekmektedir. Zira pek çok insan sağlık hizmetini sosyal bir hak olması açısından kamu hastanelerinde görev yapan hekimlerden almaktadır. Kamu hastanelerinde ve fakat özel ücret karşılığında tıbbi muayene ve müdahale veya tedavi görme imkânı vardır. Bir görüşe göre böyle bir hukuki ilişki, sözleşme ilişkisi olarak kabul edilemez. Sözleşme ilişkisi olarak kabul edilemediğinden dolayı da bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hekimin kişisel sorumluluğu nedeniyle kendisine rücu imkânı saklı kalmak üzere, sorumluluğun yöneltileceği hukuk süjesi; hekimin çalıştığı kurum, yani idare olacaktır. Ancak kamu hastanelerinde çalışsa bile bir hekimin özel muayene, müdahale ve tedavi sunma imkânı vardır. Hekimin hastayla arasındaki bu ilişki, hekimlik sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecek ise ne olarak nitelendirilecektir? Eğer bu ilişkiye sözleşme ilişkisidir diyemiyorsak, gelen hastalardan hangi isim altında ücret istenecektir? Zira bu görüşe göre ücret karşılığında olsa bile burada, hasta açısından bir kamu hizmetinden yararlanma durumu söz konusudur. Savunmanın gerekçesi olarak, sosyal güvenlik haklarından yoksun olan kişilerin kamu hastanelerinde sunulan sağlık kamu hizmetinden yararlanmak için, yararlanma karşılığı para ödemek zorunda kaldıkları ve bu şekilde kurulan bir hukuksal ilişkinin de sözleşme ilişkisi olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmüş, aynı şekilde, sosyal güvenlik imkânından yararlanma hakkına sahip olan ve fakat ek bir ücret ödemek suretiyle kamu

---

<sup>190</sup> Kıray, Agm.

hastanesinde özel muayene yahut tedavi olan hastaların da, hekimle arasında kurulan ilişkinin sözleşmesel bir ilişki olmadığı iddia edilmiştir<sup>191</sup>.

Ancak tıbbi müdahalede bulunulan yer kamu hastanesi ve hizmeti veren hekim de kamu görevlisi olsa bile, burada hekim kamu görevini yerine getirmemektedir. Kamu hastanesinde hizmet veren bir hekim, ancak sosyal güvenlik hakkına sahip bir vatandaşın ayrıca ücret ödemeksizin, salt hastanenin sunduğu sağlık hizmetinden yararlanmak maksadı ile hastaneye başvurması ve tedavi alması halinde sözleşme niteliğinde bir ilişkinin tarafı olmayacaktır. Çünkü bu halde hekimin verdiği hizmet kamu hizmetidir. Ancak, aynı hekimin hastanede ayrı bir ücret karşılığı -sosyal güvencesi olsun, olmasın- hastaya sunduğu hizmet, kamu hizmeti olarak nitelendirilemez. Zira bu durumda hastayla hekim arasındaki ilişki sözleşme ilişkisidir. Zaten hekim de bu sebeple ekstra bir ücret karşılığı tıbbi müdahalede bulunur. Bunun için kamu hastanesinin imkânlarının kullanılması, aradaki ilişkinin sözleşme ilişkisi olduğunun kabul edilmesine engel değildir.

Kamu hastanelerinde hekimler tarafından sağlanan tıbbi hizmetin genel olarak bir kamu hizmeti olduğu ve hizmetten yararlanacak olan hastaların bu hizmetin karşılığı olarak belirli bir ücret ödeyecekleri ortadadır. Ayrıca bu ücret, serbest hekimlerin hekimlik sözleşmesi kapsamında hak kazanacakları ücretten farklıdır. Kamu hizmetinin yürütülüş biçimine göre, yani kamu hizmetinin kamusal ya da özel yönetim usullerine tâbi tutulması açısından bazı farklılıklar oluşur. Şöyle ki, kamu hizmetlerinin yürütülmesinin tâbi olduğu hukuki rejim, söz konusu hizmetin niteliğine göre değişebilmektedir. Örneğin, endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin yürütülüş biçimi özel hukuk kurallarına (veya karma hukuk) tâbi olduğu halde, idari kamu hizmetlerinin yürütülmesi tamamen kamu hukuku kurallarına tâbidir. İdari kamu hizmetleri, devlet tarafından evvelden beri yürütülen geleneksel kamu hizmetleri olup, bunlar; endüstriyel ve ticari nitelikte olmayan bayındırlık, sağlık, eğitim, nüfus işleri, tapu ve kadastro gibi hizmetlerdir. Bu bağlamda endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinden yararlanan bireyler bu hizmetler karşısında –özel hukuk sükûletleri gibi- sözleşme bağı çerçevesinde karşı taraf

<sup>191</sup> Gürsel Kaplan, *İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler*, Erişim: 12.05.2010, [http://www.akader.info/KHUKA/2003\\_eylul/idareninsaglik.htm](http://www.akader.info/KHUKA/2003_eylul/idareninsaglik.htm).

ile ilişki kuran kişiler gibidir. Diğer bir ifadeyle bu ilişki, ticari işletmelerin müşterileriyle olan hukuki münasebetlerine benzetilebilir<sup>192</sup>.

Türk Tabipler Birliği tarafından tıbbi müdahaleler için belirlenmiş olan ücret tarifeleri, hekimlik hizmetinin veriliş şekli göz önünde bulundurulduğunda her hekime uygulanamaz. Bu ücretler özel muayenehanede çalışan hekimler için geçerlidir. Sağlık hizmetini özel hastanede veren hekimler için sözleşmeyle öngörülen ücret söz konusu iken, kamu hastanesinde hizmet veren hekimin alacağı ücret, devletin vereceği aylık ile sınırlıdır. Hatta kimi zaman hiçbir tıbbi müdahalede bulunmayan kamu hastanesi hekimleri, aylıklarını almaya devam ederler.

#### 4.4. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Hekimlik sözleşmesi farklı sebeplerle sona erebilir. Bunlardan ilki sözleşme ile öngörülen edimlerin karşılıklı ve birbirine uygun surette ifasıdır. Yalnızca hekim değil, hasta da hekimlik sözleşmesiyle yükümlendiği edimleri ifa etmek mecburiyetindedir. Hekim de sözleşmeden kaynaklanan tıbbi teşhis ve tedaviyi gerekli dikkat ve özeni göstermek suretiyle gerçekleştirmiş ve hâlihazırda hekimlik sözleşmesiyle öngörülen diğer bazı edimleri de gereği gibi ifa etmiş ise en olağan sona erme sebebi olan ifayla sona erme, bu sözleşme için gerçekleşmiş olur. BK.'nın 133. maddesi ile öngörülen ifa, tüm sözleşmeler için genel bir sona erme sebebidir<sup>193</sup>.

Hekimlik sözleşmesi bazen de vekilin (hekimin) azli veya istifasıyla son bulur. Böyle hallerde sözleşme taraflar arasında karşılıklı güven ilişkisine dayandığından, hasta her zaman hekimin tıbbi yardımını almaktan imtina etme (azil) ve hekim de istisnai şartlar dışında hastayı tedavi etmekten vazgeçme hakkına (istifa) sahiptir. Azilde hastanın tek taraflı bir irade açıklamasıyla hekimlik sözleşmesi sona erer. Hastanın bu hakkından yararlanması, önemli bir sebebin varlığını gerektirmediği gibi, öncesinde belli bir bildirim süresine bağlanmamıştır. Ancak hasta azil hakkını, dürüstlük kuralına aykırı surette kullanamaz. Bu sebeple, münasip olmayan bir zamanda gerçekleşen azil yahut istifa, eğer diğer tarafı bir zarara uğratmış ise zamansız azleden veya istifa eden

<sup>192</sup> Kaplan, Agm.

<sup>193</sup> Yılmaz, Age., s.60.

tarafın, ortaya çıkan bu zararı tazmin etmesi mecburidir (BK. 390/1, 390/3). Hekimin istifası halinde ise, yine tek taraflı bir irade beyanı yeterlidir<sup>194</sup>.

Nihayet, hekimlik sözleşmesi hekimin ölümü veya fiil ehliyetinin zevali halinde son bulacaktır. Ancak taraflar sözleşmeyle aksini kararlaştırmışlar ise veya işin mahiyeti hekimlik sözleşmesinin sona ermemesini gerektiriyor ise, sözleşme ilişkisi her şeye rağmen devam edecektir. Ancak hastanın mirasçıları, daha sonradan hekimi azledebilir. Bununla birlikte hekimlik sözleşmesinin sona ermesi, hastanın menfaatlerini tehlikeye sokuyor ise hasta yahut mirasçıları veya kanuni temsilcisi, bizzat tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilecek hale gelene kadar bu hekimden veya onun görevlendireceği başka bir hekimden tıbbi müdahalede bulunma edimini gereği gibi ifa etmesini talep edebilir<sup>195</sup>.

#### **4.5. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK OLAN HÜKÜMLERE İLİŞKİN GÖRÜŞLER**

Öğretide hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğini ve bu sözleşmeye uygulanması gereken hükümleri izah eden belli başlı beş görüş vardır. Bunlar: hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüş, hekimlik sözleşmesine eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüş, hekimlik sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak nitelendiren ve bu sebeple vekâlet sözleşmesi hükümlerinin hekimlik sözleşmesine de uygulanması savunan görüştür. Bu ilk üç görüşün ortak yönü, temsilcilerinin hekimlik sözleşmesinin iş görme sözleşmelerinden olduğu yönündeki kanaatleridir. Fikir ayrılığı, hekimlik sözleşmesinin iş görme sözleşmelerinden hangisi olduğu yahut hangisine ilişkin hükümlerin bu sözleşmeye uygulanması gerektiği yönündedir. Bir diğer görüşe göre hekimlik sözleşmesi tüm bu sözleşmelerden ayrı, şahsına münhasır özelliklere sahip olması

<sup>194</sup> Akıntürk, Age., s.284, Yılmaz, Age., s.64.

<sup>195</sup> Akıntürk, Age., ss.284-285.

nedeniyle kendine özgü (sui generis) bir sözleşme türüdür<sup>196</sup>. Hekimlik sözleşmesinin, bir tür tüketici sözleşmesi olduğu yönündeki görüş<sup>197</sup> ise konuya ilişkin son görüştür.

Hekimlik sözleşmesi, kanunla düzenlenmemiş (atipik) iş görme sözleşmelerindendir<sup>198</sup>. İş görme sözleşmeleri, insan emeği harcanarak belirli bir işin görülmesini amaçlar. Hizmet, eser, vekâlet, yayın (neşir), tellallık ve komisyonculuk sözleşmeleri bu tür sözleşmelerdendir<sup>199</sup>.

Atipik bir sözleşme olması nedeniyle hekimlik sözleşmesine hiçbir sözleşme hükmü doğrudan doğruya uygulanamaz. Elbette ideal olan, hekimlik sözleşmesinin bizzat kanunla düzenlenmiş olmasıdır. Böylece her hangi bir tartışmaya yer vermeksizin, yaşanan hukuki problemlerde doğrudan hekimlik sözleşmesine ilişkin düzenlemeler uygulanacaktır. Ancak hâlihazırda böyle bir kanunun mevcut olmaması nedeniyle, mevcut sözleşme tiplerine ilişkin hükümler hekimlik sözleşmesine de kıyasen uygulanacaktır.

#### **4.5.1. Hizmet Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş**

Hekimlik sözleşmesi, öğretide bazı yazarlar<sup>200</sup> tarafından tipik bir hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Bu görüşe göre, BK.'nın 313. maddesinde düzenlenen hizmet akdinin tüm şartları hekimlik sözleşmesinin de şartlarını oluşturur. Zira 313. maddede hizmet sözleşmesi şöyle tanımlanmıştır;

*“Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder.”*

Hizmet sözleşmesi Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da şöyle tanımlanmıştır;

<sup>196</sup> Alparslan Akartepe, “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, (15–16 Mayıs 2006 Erzincan), Ankara 2007, ss.13–14.

<sup>197</sup> Nesrin Özkaya Özyurt, *2002–2006 Yılları Arasında Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunca Görüş Bildirilen Pediatrik Malpraktis İddiası İçeren Kararların İncelenmesi ve Tıbbi Hataların Tespiti*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2008, ss.21–22.

<sup>198</sup> Demir, Age., s.226.

<sup>199</sup> Zevkliler/Havutçu, Age., s.45.

<sup>200</sup> Süheyl DONAY, “Doktorların Hukuki Sorumluluğu”, *İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, S.10, 1968, ss.44–45, Zevkliler, Age., s.249, Seza Reisoğlu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu*, İstanbul 1983, s.12.

*“Hizmet akdi bir kimsenin ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir süre için hizmet görmeyi, hizmetini iş sahibinin emrinde bulundurmaya, iş sahibinin de ona bir ücret vermeyi üstüne almasıdır.”*

Hizmet sözleşmesi iş görme amacı güden, yani konusu insan emeği olan bir sözleşmedir. Bu sözleşmeyle bir kimse belirli olsun veya olmasın, nihayetinde bir süre zarfında öngörülen hizmeti görmeyi, karşı taraf ise bu hizmetin görülmesine müteakip bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. Hizmet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Hizmet sözleşmesinde iki esaslı unsur vardır. Bu unsurları, aslında sözleşmenin taraflarının karşılıklı borçları oluşturur. Kanunda yer alan tanımdan da anlaşılacağı üzere hizmet sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri; işçinin hizmet yüklenimi, diğeri ise işverenin ücret yüklenimidir. Bir de bu unsurlara ek olarak kanunla öngörülmüş olmamakla birlikte, kazai ve ilmi içtihatlarla öngörülen ve hizmet sözleşmesini birçok özel hukuk sözleşme tipinden ayıran, bağımlılık hususu vardır<sup>201</sup>. Hatta Anayasa Mahkemesi bir kararında hizmet akdinin iki unsurdan değil, üç unsurdan oluştuğunu belirtmiş, bu unsurlardan üçüncüsünün de “bağımlılık unsuru”, yani işçinin işverene bağımlı olarak, taahhüt edilen hizmeti görmeyi üstlenmesi olduğunu hükme bağlamıştır<sup>202</sup>.

Ancak hizmet sözleşmesi için öngörülen bu hususun hekimlik sözleşmesi için geçerli olmadığını ve hekimlik sözleşmesinde hekim ile hasta arasında kurulan hukuki ilişkinin bağımlılık unsurundan yoksun olduğunu söyleyebiliriz. Zira hasta müptela olduğu hastalığın teşhis ve tedavisi için başvurduğu hekimin tavsiye ve telkinlerinden hoşnut olmadığı takdirde tedaviye başlamadan dahi, başka bir hekime gözükmeye hakkına her daim sahipken, asıl bağımlılık unsuru açısından incelenmesi gereken hekim ise tedaviyi hastanın talimat ve emirleri doğrultusunda değil, kendi tıbbi bilgi ve deneyimi doğrultusunda gerçekleştirmek ile mükelleftir. Zaten hasta bu durumda hekimi yönlendirebilecek bilgi ve deneyime sahip olsa idi, hekime hiç başvurmazdı. Çünkü hekime başvurmada maksat; kendi bilgi ve deneyimini aşan ve ayrıca uzmanlık gerektiren tıbbi müdahaleyi, ehil kişiden almaktır.

<sup>201</sup> Turgut Akıntürk, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri)*, İstanbul 2004, s. 271.

<sup>202</sup> AYM, T.27.09.1967, K.336/29, RG. 19.10.1968, S.13031, Zevkliler/Havutçu, Age., ss.291-293, Ayrıca bkz., Turhan Esener, *İş Hukuku*, Ankara 1978, s. 126, Reisoğlu, Age., s.12; Reisoğlu; hizmet sözleşmesi hükümlerinin daha çok hekimlerle sağlık kuruluşları arasındaki ilişkilerde uygulanabileceğini ifade eder.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararından bir süre sonra Yargıtay "hizmet akdi ile kurulan işçi ve işveren ilişkisinde bağımlılık unsuru" ile kastedilenin ne olduğunu bir kararında şu şekilde açıklamıştır;

*"... Burada söz konusu olan bağımlılık, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene sağlayan, çalışanın edimiyle ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı bir bağımlılıktır."*

Hekimlik sözleşmesinde hekimle hasta arasındaki hukuki ilişki hiçbir suretle bu nitelikte olamayacağından, bu sözleşmeyi hizmet akdi olarak nitelendirmek de mümkün olmayacaktır<sup>203</sup>.

Ayrıca hizmet sözleşmesinde belirleyici olan süre unsuru açısından da hekimlik sözleşmesi, hizmet sözleşmesi olma vasfını taşıyamaz. Bir kere belirli olsun, olmasın bir süre zarfında taahhüt edilen işin görülmesi hizmet sözleşmesinde zorunlu unsurdur. Ancak rahatsızlanan hastanın başlangıçta hekime giderken ne kadar süre için hekimle arasında tedavi amaçlı bir hukuki ilişkinin kurulacağı belirsizdir. Hatta bu süre bazı hastalıklar için öngörülemez nitelik taşıyabilir. Gerçekten öyle bazı hastalıklar vardır ki, hastanın tedaviyi ne kadar süre alacağı tahmin edilmeye çalışılsa bile bu tahminler doğru çıkmayabilir. Süresi belirlenemez bu tarz durumlarda hekimlik sözleşmesinde süre unsurunu varlığı zorunlu bir unsur olarak görmek yanlış olur. Bu sözleşmede mühim olan, hekim tarafından tıbbi müdahalenin ilmi kurallara uygun olarak yapılmasıdır. Yoksa belirli yahut belirsiz bir süre için, hekimin iş gücünün hastanın emrine tahsis edilmesi gibi bir şey söz konusu değildir<sup>204</sup>. Ayrıca hekim, hasta ile ilişkisinde tedavinin ne kadar süreceği ile değil, en iyi şekilde sağlık hizmetini nasıl sunabileceği ile ilgilenir. Yani hekimin hastaya yaklaşımı tedavi odaklıdır, sonuç odaklıdır<sup>205</sup>.

Alman öğretisinde hekimlik sözleşmesi, hizmet akdi hükümlerine tabi tutulmuştur. Böyle bir anlayışın benimsenmesinde sebep; Alman hukuku'na göre vekâlet akdinin "ivazsız" yapılmasıdır. Vekâlet akdinde hal böyle iken, hekimin tıbbi müdahale karşılığında ücrete hak kazanması gerektiği kabul edilir. Bu durumda vekâlet

<sup>203</sup> Y10.HD., T.27.02.1984, E.1984/1132, K.1984/1166.

<sup>204</sup> İpekyüz, Age., s.57, Ayan, Age., s.54, Aşçıoğlu, Age., s.19, Uygur, Age., s.98.

<sup>205</sup> Mehmet Demir, "Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s.154, Aydın, *Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları*, Age., s. 6, Uygur, Age., ss.97-98, Özdemir, Age., ss.75-78.

akdi olarak nitelendirilemeyecek bir sözleşme olsa olsa hizmet akdi olarak nitelendirilebilir. Ülkemizde ise vekâlet hizmetinin ivazlı olarak görülmesi kural olduğundan, hekimlik sözleşmesine vekâlet akdi hükümlerinin uygulanmasında bir mani yoktur<sup>206</sup>.

Hizmet sözleşmesindeki denetim ve gözetim ilişkisinin oldukça sıkı bir mahiyet arz etmesi<sup>207</sup> ve Yargıtay'ın bir kararında belirttiği gibi buradaki bağımlılığın, "... her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene sağlayan, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılık" olması nedeniyle hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir<sup>208</sup>.

#### **4.5.2. İstisna (Eser) Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş**

İstisna (eser) sözleşmesi, B.K' nun 355 ve devamı maddelerinde hükme bağlanmıştır. Buna göre;

*"İstisna bir akittir ki onunla bir taraf, diğer tarafın vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder."*

İstisna sözleşmesi de hizmet akdi gibi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Bu borçlardan birini bir eserin meydana getirilmesi, diğerini ise bunun karşılığında ödenecek olan ücret oluşturur. İstisna sözleşmesinin kanundaki tanımında yer alan "bir şey imaline iltizam eder" ifadesi, sözleşmenin konusunu oluşturan eser kavramının da çıkış noktasıdır. Zira öğretilerde eser;

*"İnsan emeğinin mahsulü olup, hukuki bir bütün olan ve iktisadi değer taşıyan maddi, manevi her şey"* olarak tanımlanmıştır<sup>209</sup>.

<sup>206</sup> İpekyüz, Age., ss.58-59, Tandoğan, Age., s.36, Yavuz, Age., s.241, Donay, Age., s.44 vd., Reisoğlu, Age., s.12, bkz. karşı görüş için; Uygur, Age., ss.96-97; Öğretilerde hekimlik sözleşmesinin hizmet akdi sayılmamasının tek istisnasının aile hekimliği olduğu yönünde görüş vardır. Ancak tüm unsurlar göz önünde bulundurulduğunda, aile hekimliğinin de hizmet akdi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmayacağı kanaatine varılabilir. Çünkü aile hekimi sağlık problemleri ile ilgilendiği aile fertlerinin emir ve talimatlarına göre değil, mesleki bilgisinin kendisine kazandırdığı üstünlük ile bizzat aileyi tıbbi yardım konusunda yönlendirerek, tavsiyelerde bulunur. Bu da gösterir ki, hekim ile aile arasında hiçbir bağımlılık ilişkisi yoktur.

<sup>207</sup> Yavuz, Age., s.406, Zevkliler/Havutçu, Age., ss.293-294.

<sup>208</sup> Uygur, Age., s.96, Y10.HD., T.01.07.1974, E.1974/3612, K.1974/4738.

<sup>209</sup> Necip Bilge, *Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri)*, Ankara 1971, künyeli eserden aktaran Akıntürk, Age., s.273.



Eser kavramının kapsamına nelerin gireceği hususu, öğreti ve uygulamada oldukça tartışmalıdır. BK.'nın 355. maddesi anlamında “eser” kavramının BK. 58. maddede ifade edilen “imal olunan şey” kavramı ile ilgisi yoktur. Zira BK. 58. maddede belirtilen bu ifade ile “sabit, arzla doğrudan doğruya yahut dolaylı surette bağlı olan ve insan eli ile imar, inşa ve tanzim edilmiş bulunan her şey” kastedilmektedir. Fakat BK.'nın 360. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “yapılan şey iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olup da mahiyeti itibariyle ref'i ve kal'i fazla bir zararı mucip ise...” ifadesinin mefhum-u muhalifine (karşıt) dayanarak, eser kavramının aslında arza bağlı olmayan diğer ifade ile taşınır şeyleri de kapsadığı söylenebilir. Zaten eser kavramı, taşınmazlardan çok taşınır mallar için kullanılan bir kavramdır. Diğer yandan BK. 58. maddede kullanılan “imal olunan şey” kavramının kapsamına emek ürünü olan ve maddi bir varlığı bulunmasa dahi, insan emeğiyle maddi olmayan bir sonucun meydana getirilmesi halinde ortaya konan şeyler de girmektedir<sup>210</sup>.

Federal Mahkeme kararlarında nelerin eser kapsamında değerlendirilebileceğini, örnekleme yöntemi ile tespit etmiştir. Buna göre; gazeteye ilan verilmesi, radyo veya televizyon reklâmlarının hazırlanması, mağaza vitrininin düzenlenmesi, bir sanatçının radyoda tek bir konser vermesi, ücret karşılığı havai fişek gösterisi, sinemada film gösterimi, yarış atının eğitilmesi hep eser kavramı içinde değerlendirilebilecek olgulardır. Ancak bu surette bir eserin meydana getirilmesini, mutlak olarak yeni bir şey ortaya koymak şeklinde algılamamak gerekmektedir. Eğer mevcut bir şeyin üzerinde sarf edilen emek ürünü olarak ortaya çıkan şey, eskisine oranla farklı bir mahiyet arz etmekte ve değer taşımakta ise, ortaya çıkan yeni şeyin “eser” olarak adlandırılmasında bir mani yoktur. Bu nedenle marangozun imal ettiği bir masa yahut terzinin diktiği elbise nasıl istisna akdi kapsamında “eser” olarak nitelendirilebiliyor ise eskiyen bir ayakkabıyı ayakkabı tamircisinin tamir etmesi sonucunda ayakkabıda meydana gelen değişiklik de “eser” olarak değerlendirilecektir. Ancak bağımsız bir bütün olarak hukuken mal sayılamayacak şeylerin emek sarf ederek dahi olsa ortaya çıkarılması, “bir şeyin imali” olarak nitelendirilemeyeceğinden, öğretmen tarafından verilen eğitim-öğretim yahut avukatın bir davayı takip etmesi gibi hekimle hasta arasında kurulan

<sup>210</sup> Yavuz, Age., ss.448-451, Tandoğan, Age., s.22, Türker Yalçınduran, *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri*, Ankara 2000, s.44.

hukuki ilişkinin gereği olarak tıbbi müdahalede bulunmakta, istisna sözleşmesine konu teşkil edemez<sup>211</sup>.

Eser sözleşmesinde taraflardan biri yüklenici, diğer taraf ise ısmarlayandır. İş sahibi, ödemeyi üstlendiği ücret mukabili, bir yapıtın imali için yükleniciyi borçlandırır. Ancak işin mahiyeti gereği şahsi maharetin ehemmiyeti yok ise, yani yüklenici bizzat işi kendisi yapmak zorunda değil ise veya işin gerektirdiği özel yetenek ve teknik bilgi yüklenicide yok ise, sözleşmeyle yüklenilen eser başkasına dahi imal ettirilebilir<sup>212</sup>.

Elbette hekimlik sözleşmesinde böyle bir hükmün her zaman uygulanması mümkün değildir. Zaten çoğu zaman mesleki bilgi ve becerisinden mütevellit başvurulmuş hekimin, bu durumda hastasını başka bir hekime yönlendirdiği görülmez. En azından ortada bir yönlendirme varsa, bu durum işin gerektirdiği özel yetenek ve teknik bilgiden yoksunluk nedeniyle olmayıp, rahatsızlığın farklı bir ihtisas alanına ilişkin olmasından kaynaklanır. Bizzat tıbbi müdahalede bulunma anında değil ve fakat diğer bazı hallerde hekim tıbbi müdahalenin belli bir aşamasında işin mahiyeti gereği özel yetenek ve tıbbi bilgi gerektiren durumlarda başka bir kişinin devreye girmesine rıza gösterebilir. Müdahalenin niteliği gereği bu rıza kimi zaman zorunludur. Mesela herhangi bir ameliyat esnasında sadece hekimin varlığı, operasyonun başarılı olarak sonuçlanması için yeterli değildir. Hekim dışında anestezi uzmanının olmadığı bir ameliyat düşünülemez. Ameliyatın başlangıç aşaması olan anestezinin uygulanmasında gerekli olan teknik bilgi, ancak bir anestezi uzmanının sahip olabileceği nitelikte bilgisidir. Yahut ortopedi ameliyatlarında kullanılan ve vücuda adapte edilen pek çok aygıtın imali, teknik bilgi gerektirir. Bu tür aygıtların imal edilmesi de yine hekimlerin sorumluluğu içinde yer alamaz. Zira hekim bu tür aygıtların imal edilmesi için gerekli olan teknik bilgi ve donanıma sahip değildir. Hekimin bu tarz aygıtların imali için başvurduğu kişiler de, tıpkı anestezi uzmanları gibi eser sözleşmesiyle hükme bağlanan ve Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin ikinci fıkrasında adı geçen "başkasına" kavramı kapsamında değerlendirilmelidir.

Ücret hususuna gelince, taraflardan birinin yükümlendiği bir eserin meydana getirilmesi edimi karşılığında ödenecek olan ücret unsuru, istisna sözleşmesinin zorunlu

<sup>211</sup> Zevkliler/Havutçu, Age., ss.304-306, Akıntürk, Age., s.274.

<sup>212</sup> Durdu, Age., s.78.

unsurudur. Kaldı ki, taraflar aralarında kararlaştırmamış olsalar dahi, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan eseri meydana getiren taraf, bu fiili ile ücrete kendiliğinden hak kazanır. Üstelik hilafına adet ve mukavele bulunmadıkça, müteahhit (yüklenici) imal olunacak şeyin icrası için lazım olan vasıtaları ve alet ve edevatı kendi masrafı ile tedarik etmeye mecburdur<sup>213</sup>. Ancak hekimlik sözleşmesinde hekimin yerine getirdiği edim karşılığında bir ücret alması, kural olarak zaruri değildir. Kanunla düzenlenmeyen bu durum, sözleşmeyle dahi hükme bağlanmamış ise hekimin vereceği tıbbi hizmetin karşılığı olarak ücrete hak kazanacağı, ancak öğretilerde kabul edilen görüştür<sup>214</sup>. Zaten yukarıda bahsi geçen Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin üçüncü fıkrasının hekimlik sözleşmesine ilişkin ücret hususunda kıyasen dahi olsa uygulanması mümkün değildir.

Ücret hakkında teorideki yaklaşım bu olmakla birlikte, günlük hayatta verdiği sağlık hizmeti karşılığında ücrete hak kazanmayan hekim yok gibidir. Normalde bu tarz hizmetlerde “önce hizmet, daha sonra ücret” prensibi geçerli olsa da, bilhassa ülkemizde acil vakalarda dahi öncelikle ücretin sorulduğu sıkça görülmektedir. Ancak elbette bu durum hastane idarelerinin olaya yaklaşımı ile ilgilidir. Yoksa hiçbir hekim kutsal olan sağlık hizmeti görevini ifa etmekten öte, önceliği ücret mevzuuna tanımaz. Daha doğru bir ifade ile tanımaması gerekir.

Hekimlerin tıbbi müdahalede bulunmak borcu altına girdikleri hekimlik sözleşmesinde bir “eser” meydana getirmek, genellikle taahhüt edilen bir şey değildir. Ancak bir diş hekiminin takma diş (protez), köprü veya dolgu yapması<sup>215</sup> yahut salt estetik kaygıyla niyetlenen operasyonların hekim tarafından icra edilmesi halinde ortaya B.K'nun 355. maddesi kapsamında bir “eser” meydana geleceği, bu ihtimalde hekimlik sözleşmesine istisna sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde hem kazai içtihatlarda<sup>216</sup> hem de öğretilerde<sup>217</sup> görüşler mevcuttur. Tedavi amacı dışında diş hekimleri tarafından köprü, dolgu gibi protez yapımının borçlanıldığı hekimlik sözleşmeleri ve ortopedistlerin takma kol ve bacak yapımını üstlendiği hekimlik

<sup>213</sup> Yavuz, Age., ss.489-490.

<sup>214</sup> Zevkliler/Havutçu, Age., s.306, Yavuz, Age., ss.453-454, Battal Yılmaz, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 2007, s.16.

<sup>215</sup> Zevkliler, Age., s.249.

<sup>216</sup> Y13.HD., T.05.04.1993, E.1993/131, K.1993/2741, Y15.HD., T.03.11.1999, E.1999/4007, K.1999/3868.

<sup>217</sup> Ayan, Age., s.55, Reisoğlu, Age., s.12, Donay, Age., s.45, İpekyüz, Age., s.64.

sözleşmeleri de öğretilerde eser sözleşmesi kapsamında nitelendirilir<sup>218</sup>. Bir görüşe göre ilaç imali dahi bu kategoride sayılır<sup>219</sup>. Bir başka görüşe göre ise, plastik cerrahi alanındaki pek çok tıbbi müdahale de bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>220</sup>.

Yargıtay'ın verdiği bir kararda, "...davacı, hekime estetik kaygı nedeniyle burun ameliyatı olmak maksatlı başvurmuş ve davacının istemi üzerine belli bir biçime uygun olarak burnun tıbbi bir müdahale ile şekillendirilmesi söz konusu olmuştur. Ancak davalı hekim hastanın burnunu talep ettiği biçimde şekillendirmek şöyle dursun, birde meslek hatası ve kusur ile hastanın burnunun çökmesine, bu surette yüzünün tamamen değişip, çirkinleşmesine yol açmıştır." Yargıtay'a göre hekimin ifa edeceği edim; burun estetiği ameliyatının kararlaştırılan şekil ve biçime uygun olarak, hastaya güzel bir görünüm kazandırmak maksadıyla gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle hasta ile hekim arasında kurulan hukuki ilişkinin istisna sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Çünkü burada bir iş görme yükümlülüğünden değil, çalışma nihayetlendiğinde istenilen sonucun mutlaka elde edilmesi gibi bir yükümlülüğünden söz edilebilir. Zaten eser sözleşmesinde de, edim yükümlüsü, eseri meydana getirmek ve onu eksiksiz teslim etmekle mükelleftir<sup>221</sup>.

Buna karşılık Yargıtay, tedavi maksadı taşıyan bir tıbbi müdahale olması nedeniyle hastanın vücudundaki tümörün alınması için girişilen bir operasyon söz konusu olduğunda, hasta ve hekim arasında kurulan hukuki ilişkiyi vekâlet akdi olarak vasıflandırmıştır<sup>222</sup>.

Estetik operasyonlar söz konusu olduğunda Yargıtay'ın genel bir ayırım yapma yolunu seçtiği söylenebilir. Eğer hekim, estetik operasyonun sonucunu garanti etmiş ise, Yargıtay bu sözleşmeyi doğrudan eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Estetik operasyonlarda müdahalede bulunan hekim, hastaya operasyondan sonrası için görünüm hususunda belirli bir teminat vermiş ise, taraflar arasında kurulan sözleşme, eser sözleşmesidir. Vekâlet akdinde olduğu gibi, eser sözleşmesinde de yüklenici, işi sadakat ve özenle ifa etmek borcu altında olup, somut olayda davalı hekim sorumluluktan kurtulmak için mesleki bilgisinin bütün icaplarını yerine getirdiğini ispat etmeye

<sup>218</sup> İpekyüz, Age., s.64, Reisoğlu, Age., s.12, Ayan, Age., s.55, Uygur, Age., s.100, Günday, Age., s.13,

<sup>219</sup> Durdu, Age., s.79, Y4.HD., T.08.06.1954, E.1954/5047, K.1954/3650.

<sup>220</sup> Mustafa Sütlaş, *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, İstanbul 2000, s.54.

<sup>221</sup> Y13.HD., T.05.04.1993, E.1993/131, K.1993/2741.

<sup>222</sup> YHGK., T.06.07.1964, E.1964/37, K.1964/40.

mecburdur. Operasyon öncesi ve sonrası fotoğraflar karşılaştırıldığında, görünüm açısından aleyhe oluşmuş açık farklılığın mevcudiyeti halinde mahkeme, Yüksek Sağlık Kurulunca verilmiş raporla yetinmeyip dosyayı Adli Tıp Kuruluna göndermeli, eğer gerekli ise davacı da muayene ettirilip, zararın meydana gelmesinde tarafların ne derece kusurlu olduğu hususunda rapor alınmalıdır<sup>223</sup>

Ayrıca Yargıtay'a göre, hastayla hekim arasındaki sözleşmesel ilişkinin eser sözleşmesi sayıldığı hallerde, hekim, gerçekleştirdiği müdahale esnasında kullandığı yöntemle ulaşmayı hedeflediği sonucu, ayıpsız olarak ortaya çıkarmalıdır. Bu sebeple başka bir kararında<sup>224</sup>, "...davacının kolundaki dövmeyle estetik kaygılar ile sildirmek isteyen hastanın, bu talebi üzerine müdahalede bulunan hekim, dövme izini tamamen yok etmeyi -eser sözleşmesinin niteliği itibariyle- taahhüt etmiş sayılır. Oysa dosya kapsamındaki belge ve fotoğraflar incelendiğinde, davacının kolunda dövme izini aratır nitelikte ve fakat bu kez sağlıksız ve çirkin görünümlü yeni bir iz bizzat hekimin yanlış tıbbi müdahalesi ile husule gelmiş olduğu açıktır. Görülen işte yapılan hata B.K'nun 360. maddesi gereğince, kabul edilemeyecek derecede ayıplıdır. Bu durumda, davacının hayatı boyunca taşıyacağı bu çirkin iz nedeniyle üzüntü duymuş olması, izahtan varestedir" demek suretiyle, hekimin üstlendiği edim sonucunu ayıpsız şekilde tesis etmesi gerektiği hususunda, tedavi garantisini sorumluluğunun varlığına işaret eder<sup>225</sup>.

Hekim ve hasta arasındaki ilişkiyi, her halükarda istisna sözleşmesi olarak değerlendirmek, sonucun mutlaka elde edilmesi kriteri göz önünde bulundurulduğunda mümkün görünmemektedir. Çünkü hekim, hiçbir şekilde yapacağı tıbbi müdahalenin başarıyla sonuçlanacağını garanti edemez. Sonucun istenilen şekilde gerçekleşmemesi rizikosunu üstlenemez. Bazen hekimin istenilen sonuca ulaşması, bütün yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirirse dahi mümkün olmayabilir. Zaten hekimin asli görevi tababet kurallarına uygun şekilde teşhis ve tedavide bulunmaktır. Tıbbi

<sup>223</sup> Y13.HD., T.05.04.1993, E.1993/131, K.1993/2741.

<sup>224</sup> Y15.HD., T.03.11.1999, E.1999/4007, K.1999/3868.

<sup>225</sup> Rezzan Günday, *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009, s.13.

müdahalede bulunurken gerekli dikkat ve özeni gösterdiği sürece, tedavinin hasta tarafından arzulan şekilde sonuçlanmaması nedeniyle sorumlu tutulamaz<sup>226</sup>.

Bununla beraber hekimlik sözleşmesiyle hekimin üstlendiği edimin, objektif olarak taahhüt edilmeye elverişli olmadığı ve ayrıca hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerde istisna sözleşmesinin teslim ve muayenede ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasının mümkün olamayacağı yönünde eleştirilerde vardır<sup>227</sup>.

Bu eleştirilere paralel olarak, tedavi maksatlı hiç bir tıbbi müdahale, “eser” kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, üstelik istisna sözleşmesinde ana unsurun ücret olması, buna karşın her hekimlik sözleşmesinde hekimin ücret alma zorunluluğunun bulunmaması gibi nedenlerle, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin istisna sözleşmesi sayılması ve bu sözleşmeye ilişkin hükümlerinin doğrudan doğruya hekimlik sözleşmesine de uygulanması mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple gerek estetik müdahalelerle ilaç imali, plastik cerrahideki diğer pek çok müdahale ve dolgu, köprü, protez gibi hususları içeren ve hekimin tıbbi müdahalesinin bu tür edimlerin gerektiği gibi yerine getirilmesi olduğu hekimlik sözleşmeleri de kendine özgü sözleşme tiplerinden, atipik (kırma) sözleşme ilişkisi olarak değerlendirilmeli ve eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin bu sözleşmelere ancak kıyasen uygulanabileceği kabul edilmelidir.

#### **4.5.3. Vekâlet Sözleşmesi Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş**

Vekâlet, rızâî sözleşmeler grubuna girer. Rızâî sözleşmelerin meydana gelmesi için, tarafların birbirine uygun iradelerinin herhangi bir biçimde beyan edilmesi yeterlidir. Vekâlet sözleşmesiyle vekil (mandatarius), vekâlet verenin kendisine bıraktığı işi/işleri yerine getirmeyi borçlanmaktadır. Vekâlet sözleşmesinde iki taraf vardır. Bunlardan biri, işinin görülmesini diğer tarafa yükleyen kişi, yani mandaturdur. Diğer taraf ise, işi ücretsiz olarak yerine getirmeyi üstlenen taraf, mandatariusdur. Mandare terimi, “*marnim dare - in mantum dare*” terimlerinde kaynak bulur. Bu

<sup>226</sup> Ayan, Age., s.64, Uygur, Age., s.99, Akartepe, Age., s.17 vd.

<sup>227</sup> Tandoğan, Age., C.2, s.21, “Zarife Şenocak, Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları, Tıbbi Standartlar ve İspat”, *Sağlık Hukuku Kurultayı 2007*, Ankara 2008, ss.241-254, Özdemir, Age., s.80.

terimler, Lâtincede "bir şey emanet etmek", "bir iş vermek", "yetkilendirmek" ve "emir vermek" gibi anlamlarda kullanılan terimlerdir<sup>228</sup>.

Roma Hukukunda mandatunun en önemli özelliği, ilk başlarda görülen işin bir ücret karşılığı yapılmamasıdır. Zaten mandatunu, locatio conductio operarumdan (hizmet sözleşmesi) ayıran en önemli özellik budur. Başlangıçta mandatunun ücretsiz olmasının temel nedeni, bu sözleşmenin güçlü toplumsal borçlardan doğan yardım karakteridir. Ancak zamanla bu yardım, "honorarium" adı verilen bir şeref ücretiyle ödüllendirilmeye dönüşmüştür<sup>229</sup>.

Borçlar Kanunu'nun 386. maddesi vekâlet akdini düzenlemektedir.

*"Vekâlet, bir akittir ki, onunla vekil mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eder."*

Kanunda yapılan bu tanıma karşın vekâlet akdi, bir görüşe göre şu şekilde tanımlanmıştır;

*"Vekâlet akdi öyle bir akittir ki vekile, müvekkilinin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi, bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmeme rizikosu ona ait olmamak üzere yükler."*<sup>230</sup>

Bu baptan olmak üzere, her iki tanımı da göz önünde bulundurduğumuzda iş görme akitlerinden farklı olarak vekâlet akdinde vekilin bağımsız olduğu söylenebilir. Bundan başka yine diğer iş görme sözleşmelerinden, bilhassa hizmet sözleşmesinden farklı olarak hekim, hekimlik sözleşmesinde belirli bir süreye bağlı olarak çalışmaz. Ayrıca eser sözleşmesinden de farklı olmak üzere hekimin mutlaka "bir eser meydana getirme" zarureti yoktur. Mühim olan, sözleşmeyle yükümlenilen işin görülmesidir<sup>231</sup>.

Vekâlet sözleşmesinin unsurlarını; vekilin müvekkiline karşı iş görme borcu altına girmesi, iş görmenin başkasının yararına ve iradesine uygun surette yapılması, vekilin iş görmeden mütevellit başarılı bir sonuç elde edilememesinin tehlikesini taşınamaması ve vekilin zaman hususuyla bağlı olmaksızın bağımsız surette iş görmesi şeklinde dört

<sup>228</sup> Arzu Oğuz, "Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması", *AÜHFD*, 41(1-4), 1989-1990, ss.260-261.

<sup>229</sup> Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku)*, İstanbul 2001, s.150 vd, Oğuz, Age., s.262.

<sup>230</sup> Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, C.2, Ankara 1985, s.356, Akartepe, Age., s.18.

<sup>231</sup> Yavuz, Age., s.573, Akartepe, Age., s.18.

başlık altında açıklayabiliriz. Ücret ise vekâlet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için mevcudiyeti zorunlu bir unsur değildir. Kanun dahi vekâlet sözleşmesi hususunda böyle bir zorunluluk getirmemiştir. Zira BK.'nun 386. maddesinin ikinci fıkrasına göre; ya sözleşmede öngörülmüşse yahut ücret ödemenin teamülden sayıldığı hallerde vekil, gördüğü işe binaen ücrete hak kazanır. Vekâlet sözleşmesinde vekil, elbette belirli bir amaca ulaşmak durumundadır. Ancak bu sonuç, elde edilmesi mutlak bir sonuç değildir. Diğer bir ifadeyle, vekilin işin sonucunun olumlu olacağını taahhüt etmesi dahi sonucu değiştirmez<sup>232</sup>. Burada ana kural vekilin üstlendiği işi özen ve sadakatle yerine getirme borcu altına girmiş olmasıdır. Vekâlet akdinde ne surette olursa olsun borcun ifası değil, özen ve sadakatle borcun ifası esastır.

Öğretide hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğu yönünde pek çok görüş vardır<sup>233</sup>.

Hekimin göstermesi gereken özenin ne olduğu hususunda Yargıtay, “mesleki şartları yerine getirmek, tıp ilminin kurallarını gözetip uygulamak”, “fen kuralları”, “tıp biliminin teknik kuralları”, “mesleki özen ve ihtimam”, “mutat dikkat ve özen” ve “titiz bir ihtimam ve dikkat” gibi bir takım kavramları ortaya koymaktadır. Şöyle ki, Yargıtay bir kararında;

*“...Hekim, tıp biliminin verilerini yanlış veya eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel şartlara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, mesleki kusurunun varlığı kabul edilmelidir..... Dosyaya konulmuş davacıya ait fotoğraflara bakıldığında, davacının ameliyat öncesi burnuyla ameliyat sonrası şekillenen burnu arasında kıyaslanamayacak oranda fahiş ve çok açık farklılık ve çöküntünün hasıl olduğu, adeta burnun yüz düzeyine dağılmış bir hale geldiği görülmektedir.....Hakimin yargılamada kesinlikle tespit edilen maddi olgular karşısında inandırıcı olmaktan uzak Yüksek Sağlık Şurası raporuyla bağlı olmayacağına duraksamaya yer olmamalıdır.”<sup>234</sup>*

Genel itibariyle vekâlet sözleşmesini andıran ve fakat bazı hususlar açısından farklılık gösteren hekimlik sözleşmesinde hekim, hastasının emir ve talimatlarına göre değil, genel tıp kuralları doğrultusunda hareket eder. Ancak vekâlet akdinde vekil,

<sup>232</sup> Durdu, Age., s.78, YHGK., T.16.02.1972, E.1971/3–137, K.1972/105.

<sup>233</sup> Yavuz, Age., s.363, Ayan, Age., s.53, Tandoğan, Age., C.2, s.360, Reisoğlu, Age., s.12, Aşçıoğlu, Age., s.20, Demir, Age., s.154, İpekyüz, Age., s.68, Ozanoğlu, Age., s.55, Yılmaz, Age., s.600, Akartepe, Age., s.20, Özdemir, Age., s.81.

<sup>234</sup> Özyurt, Age., s.21.



müvekkili adına hareket etmek mecburiyetindedir. Borçlar Kanunu'nun "talimat dairesinde vekâleti ifa" alt başlıklı 389. maddesinin birinci fıkrasına göre;

*"Vekil müvekkilinin sarîh olan talimatına muhalefet edemez."*

Hastanın hekimi seçme hakkından aşağıdaki bölümlerde bahsedeceğiz. Ancak aslında böyle bir hakkın, hastanelerin fiziki koşulları nedeniyle hastalar tarafından aktif olarak kullanılmadığı ortadadır. Pek çok zaman için ehlinden sağlık hizmeti almak isteyen hastalar, henüz tıp eğitimini yeni tamamlamış pratisyen hekimlerin teşhis ve tedavilerine rıza göstermek durumunda kalmaktadır. Oysa vekâlet akdinde müvekkil vekili serbestçe tayin etme salahiyetine haizdir. Böylesi bir zaruret vekâlet akdi için düşünülemez.

Bununla birlikte öğretide bir görüşe göre<sup>235</sup> hekimlik sözleşmesinde sadece hekimle değil, tıp mesleği mensubu hasta arasında varsayımsal bir sözleşme kurulmaktadır. Bu sözleşme vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, hekim bu sözleşmenin sonucunda hastanın mutlaka iyi olacağını taahhüt etmez. Bu sözleşmeyle hekim, hastanın sağlığını korumak veya düzeltmek için elinden gelen ihtimamı göstereceğini garanti eder.

Hekim, maddi bir fiil olması itibariyle hekimlik sözleşmesinde iş görme edimini yerine getirmeyi yükümlenir. Çünkü hekimlik sözleşmesinde hekimin görevi hastayı sağlığına kavuşturmak amacıyla tıbbi müdahalede bulunmaktır. Hekim hastayı muayene edip, teşhis koyup, tedaviye başlamak suretiyle bu edimini ifa eder. Ayrıca hekimler, tıbbi müdahaleyi hastasının yararına ve hesabına gerçekleştirir. Hekimlik sözleşmesinde amaç tedavidir. Yoksa önemli olan tedavinin ne kadar sürdüğü değildir. Üstelik daha önce de belirttiğimiz üzere konusu tedavi olan bir sözleşmenin vekâlet akdi şartlarına uygun olarak, sonucunun garanti edilmesi de mümkün değildir. Hekimler bilimsel kurallara uygun olarak teşhis koyup, tedavi yapmakla mükellef iken, kusur olmaksızın tıbbi müdahalenin sırf başarısızlıkla sonuçlanmasından ötürü sorumlu tutulamazlar<sup>236</sup>.

<sup>235</sup> Hacer Yaşar Teke, Hanife Alkurt Alkan, Ahmet Ziver Başbulut, Gürol Cantürk, "Tıbbi Uygulama Hataları ile İlgili Kanuni Düzenlemelere Hekimlerin Bakışı ve Bilgilenme Düzeyi: Anket Çalışması", *Türkiye Klinikleri J Foren Med*, S.4, 2007, ss.61-67.

<sup>236</sup> Aşçıoğlu, Age., s.16, Uygur, Age., s.107.

Sözleşmeyle daha önce kararlaştırılmamış olsa dahi ücret almaları teamülden olduğu için hekimler, hekimlik sözleşmesi kapsamında ücrete hak kazanırlar. Bilhassa serbest meslek mensuplarının gördükleri işe mukabil ücret almaları teamüldendir. Hekimler, avukatlar, mimarlar, mühendisler ve benzeri meslek mensupları, gördükleri hizmeti ücret karşılığında yerine getirirler<sup>237</sup>. Fakat her hekim yaptığı tüm tıbbi müdahaleler için ücret almak zorunda değildir. En azından kanun böyle bir zorunluluk öngörmemiştir. Hekimlerin iş yerlerine astıkları muayene ve tedavi ücret tarifeleri ise borçlar hukuku açısından icap sayılmalıdır.

Hekimlik sözleşmesi, tıpkı vekâlet akdinde olduğu gibi her iki tarafın da arzu ettiği zaman hukuki ilişkiyi tek taraflı bir irade beyanıyla sona erdirme hakkına sahip olduğu bir sözleşme türüdür. Bu durumun, hekimlik sözleşmesi için hekim tarafa ilişkin tek istisnası Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 19. maddesinde düzenlenmiş olup, hekimin mesleki veya kişisel nedenlerle tedaviyi tamamlamadan hastayı bırakması halinde ancak diğer bir meslektaşının tedavi veya müdahalesine imkân verecek süreyi önceden hesaplayıp, hastayı vaktinde haberdar etmesidir. Hastanın tedavisinin bu şekilde yarım bırakılması hayati tehlikeye veya sıhhatinin zarara uğramasına yol açacaksa, diğer meslektaş hazır bulundurulmadıkça hekim hastasının tedavisini yarıda bırakamaz. Tüm bunlara ek olarak hekimlik sözleşmesi vekâlet sözleşmesinin nispi bağımsızlık unsurunu<sup>238</sup> fazlasıyla karşılamaktadır. Hatta tipik bir vekâlet sözleşmesinde vekilin bağımsızlığından çok daha yoğun bir bağımsızlığın, hekimlik sözleşmesinde hekim için söz konusu olduğunu görürüz. Ancak elbette bu mutlak bir bağımsızlık değildir. Hekim, hastayla olan ilişkisinde nispi bağımsızlık çerçevesinde hareket edecektir. Özel uzmanlık gerektiren tıbbi bazı müdahalelerde hekimin bağımsızlığının daha geniş olduğunu söylemek de yanlış olmaz<sup>239</sup>.

<sup>237</sup> Yalçınduran, Age., s.11 vd.

<sup>238</sup> Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, C.3, Ankara 1989, ss.374–375; Peyer' e göre; bu bağımsızlık mutlak değildir. Bu nedenle vekâlet sözleşmesine özgü ayırt edici bir unsur da değildir. Sözleşmede işin görülmesi biçimine ilişkin olarak konulacak hükümlerle veya müvekkilin sonradan vereceği talimat ile vekilin yetkileri sınırlanabileceği için, vekilin bağımsızlığının nispi olduğu söylenebilir. Ancak bu sınırlama, vekilin iş gücünü belli ya da belli olmayan bir süre için iş sahibinin emrine tahsis etme ölçüsünü bulduğunda, iş görme bir hizmet sözleşmesine konu olur. Vekil, müvekkilin menfaatine belli bir sonuca varmak için iş görürken, amacına ulaşmak için belli bir ölçüde karar vermek zorundadır. Özel bir uzmanlığı gerektiren işlerde bu bağımsızlık daha geniş düşünülmelidir. Nispi bağımsızlık, bu gerekliliğin bir sonucudur.

<sup>239</sup> Akartepe, Age., s.19 vd.

Hukukumuzda hekim ve hasta arasında tıbbi müdahale amaçlı kurulan hekimlik sözleşmesi ilişkisine, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanması gerektiğini savunan görüş, baskın görüştür<sup>240</sup>.

Yargıtay'ın konuya ilişkin pek çok kararında da hekimlik sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesi olduğu ve bu sebeple kanunla düzenlenmiş bulunan vekâlet sözleşmesi hükümlerinin doğrudan hekimlik sözleşmesine de uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. 13. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir karar<sup>241</sup> gereği, "...hastanenin ve çalıştırdığı hekimin tedavi sırasında kusuruyla sebebiyet verdiği zararın giderilmesinde vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır". Çünkü vekil, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir özen göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, vekâlet görevini gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Hal böyle olunca, en hafif kusurundan bile sorumlu olan vekilin zararın tamamından sorumlu tutulması gerekir. Maddi zarar hesabında ilk derece mahkemesinin yaptığı indirim, Yargıtay tarafından hem usule hem de kanuna aykırı bulunmuştur. Çünkü davacı üst solunum yolları rahatsızlığı sebebiyle davalı hastaneye başvurmuş, hastayı muayene eden doktorun yazdığı iğnenin diğer davalı sağlık memuru tarafından kalçadan yapılmasının hemen ardından hastanın bacağında dizden itibaren bir uyuşma başlamış, yapılan kontrol ve tedaviye rağmen iğne sırasında siyatik sinirinin delinmesi nedeniyle felç geçiren hasta, bu sebeple iğneyi yapan davalı sağlık görevlisiyle hastanenin sorumlu olduğunu, çalışma gücünü kaybettiğini ileri sürerek bir miktar tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi ise, davacının % 28,2 oranında çalışma gücünü kaybettiği, davalı sağlık memuru ve hastanenin, haksız fiil ve adam

<sup>240</sup> Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.2, Ankara 1987, ss.359-360, Zevkliler/Havutçu, Age., s.306, Ozanoğlu, Age., s.63, Demir, Age., s.235, Çelik, Agm., Mustafa Alper Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, İstanbul 2001, s.161.

<sup>241</sup> Y13.HD., T.06.07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185, Benzer kararlar için bkz, Y13.HD., 19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842, Y13.HD., T.12.06.2006, E.2006/6704, K.2006/9459, YHGK., T.31.10.2007, E.2007/4-800, K.2007/797, YHGK., T.15.11.2000, E.2000/4-1650, K.2000/1690.

çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu oldukları, Adli Tıp raporuna göre davalı sağlık memurunun 4/8 kusurlu olduğu kabul edilerek belirlenen maddi zarardan, çalışma kaybı, davacıya ödenen miktar ve kusur oranında indirim yapılmasına hükmetmiştir.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın verdiği karara göre vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara tabidir. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurdan dahi sorumludur. O nedenle sağlık memuru ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Somut olayda, hükme esas alınan Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunun raporunda davalı sağlık memurunun, davacıya yaptığı iğne sırasında özensiz ve dikkatsiz davrandığı, bu nedenle olayda 4/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Davalı hastanenin ise çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermemesinden dolayı, personelle aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Dosya içindeki raporlarda davacının bir kusurundan bahsedilmemektedir. Nihayetinde Yargıtay, taraflar arasındaki uyuşmazlığın vekâlet akdinden kaynaklandığına ve bu nedenle her türlü özen gösterme borcunun mevcut olmasının, hekimin hafif kusurundan dahi sorumlu tutulması sonucunu doğuracağına, kusurlu hareket ederek zarara sebebiyet veren sağlık memurunun ve hastanenin zararın tamamından sorumlu tutulmaları gerektiğine ve maddi zarar hesabında kusur oranına göre ilk derece mahkemesi tarafından indirim yapılmış olmasının, usul ve kanuna aykırı olması nedeniyle bozulmasına hükmetmiştir.

#### **4.5.4. Kendine Özgü (Sui Generis) Bir Sözleşme Türü Olduğunu Savunan Görüş**

Borçlar Kanunu'nun "akdin mevzuu" üst başlıklı 19. maddesine göre;

*"Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir. Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir"*

demek suretiyle, sözleşme serbestisine dikkat çekmiştir. Ancak sözleşme serbestisi kavramı, madde metninde kullanılan anlamdan çok daha geniş anlama sahip bir kavramdır. Borçlar Kanunu ve diğer kanunlarla getirilen sınırlar içinde kalmak suretiyle sözleşme serbestisi; sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünü, sözleşmenin biçimini belirleme özgürlüğünü, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve içeriğini değiştirme özgürlüğünü ve sözleşmenin tipini (çeşidini) seçme özgürlüğünü kapsar. Sözleşmenin tipini seçme özgürlüğü ise kanunla düzenlenmemiş bir sözleşme tipini seçme özgürlüğünü de içerir<sup>242</sup>.

Kanun tarafından düzenlenen akitlerin varlığı kadar, kanun tarafından düzenlenmeyen akitlerin de var olduğunun kabul edilmesi, borçlar hukukunu eşya hukukundan ve Roma borçlar hukukundan ayırır. Zira günümüz borçlar hukukunda, eşya hukuku ve Roma borçlar hukukunda geçerli olan “numerus clausus” ilkesi geçerli değildir.

Kanunla düzenlenmemiş olan sözleşmelere öğretilerde isimsiz (adsız-atipik) sözleşmeler denir<sup>243</sup>. Öğretilerde atipik sözleşmeler farklı yazarlar tarafından farklı şekillerde tasnif edilmiştir. Bir görüşe göre atipik sözleşmeler, kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler ve karma sözleşmeler (contrats mixtes) olarak ikili bir ayırımla ele alınmıştır<sup>244</sup>. Diğer bir görüşe göreyse atipik sözleşmeler; atipik bileşimler, atipik karmalar ve atipik icatlar şeklinde tasnif edilmiştir<sup>245</sup>. Son bir görüşe göre atipik sözleşmeler bileşik sözleşmeler, karma sözleşmeler ve kendine özgü yapısı olan sözleşmeler şeklinde üçe ayrılmıştır<sup>246</sup>. Ancak en nihayetinde atipik sözleşmeleri ikili bir ayırımla ele alan görüş dahi bu sözleşmeleri; karma ve bileşik sözleşmeler şeklinde iki alt başlık olarak incelemiştir.

Sonuç itibarıyla üç türden müteşekkil olduğunu söyleyebileceğimiz atipik sözleşmelerin ilk türü olan karma sözleşmeler, kanunun çeşitli sözleşme tipleri için öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya getirilmesiyle oluşur<sup>247</sup>. Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı hususu ise öğretilerde

<sup>242</sup> Haluk Tandoğan, Age., ss.9–12.

<sup>243</sup> Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1996, s.19.

<sup>244</sup> Tandoğan, Age., s.12, Zevkliler, Age., ss.11-19.

<sup>245</sup> Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 2006, ss.62–73.

<sup>246</sup> Yavuz, Age., ss.19-25.

<sup>247</sup> Tandoğan, Age., s.69, Yavuz, Age., s.23.

tartışmalıdır. “Çeşitli tiplerin birbirini götürmesi görüşü”, karma sözleşmelere ancak Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinin uygulanabileceğini savunur. “Soğurma (imtisas) görüşü” ise, hangi tipe ilişkin olan unsur daha önemliyse, o tipe ilişkin hükümlerin sözleşmeye uygulanması gerektiğini ileri sürer. “Birleştirme görüşü” savunucuları, karma sözleşmede her edime, ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini iddia eder. Son görüş olan “kıyas (yaratma) görüşü” ise, karma sözleşmelerin kanunen düzenlenmemiş olmasından mütevellit bunlara kanun hükümlerinin ancak kıyasen uygulanabileceğini savunur<sup>248</sup>.

18. ve 19. yüzyılın başlarında egemen olan çeşitli tiplerin birbirini götürmesi kuramı artık günümüzde fazla rağbet görmeyen bir kuramdır. Zira bu kuram, hâkimin karar verme özgürlüğünü sınırlandırmakta ve adaletli bir sonuca varacağını bilse dahi özel hükümleri dikkate almasını engellemektedir. Roma hukukundan esinlenen soğurma kuramı, tarafların sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle İsviçreli yazarlar ve Federal Mahkeme tarafından kabul görmemiştir. Zira taraflarca eşit önemde oldukları kabul edilen iki edimden birinin daha üstün olabileceğinin düşünülmesi, taraf iradelerine tanınan düzenleme yetkisini yok saymak anlamına gelecektir. Birleşme kuramıysa karma sözleşmeyi oluşturan unsurların ayrı ayrı bağımsız birer kimliğe sahip olmadıkları ve karma sözleşmenin bu unsurların sentezinden oluştuğu göz önünde bulundurulduğunda, eleştirilen bir görüş olmuştur. Karma sözleşmeyi oluşturan çeşitli unsurların ait olduğu tipe ilişkin hükümlerin çelişmesi de muhtemeldir. Zaten böyle hallerde birleşme kuramının uygulanmasına imkân kalmaz<sup>249</sup>. Tüm bu sebeplerle Türk öğretisinde benimsenen kıyas (örnekseme-yaratma) kuramının, karma sözleşmelere uygulanacak olan hükümlerin tespitinde kullanılması yerinde olacaktır. Bu kuram, MK.’un 1. maddesinde yer alan genel ilkelere de uygun düşmektedir<sup>250</sup>.

Atipik sözleşmelerin ikinci türünü oluşturan birleşik sözleşmelerde, değişik sözleşme tiplerinin unsurları değil bilakis sözleşmelerin tamamı bir araya gelerek yeni

<sup>248</sup> Yavuz, Age., ss.23-24.

<sup>249</sup> Tandoğan, Age., ss.73-74.

<sup>250</sup> Zevkliler, Age., s.19, Yavuz, Age., s. 24, Tandoğan, Age., s.75.

bir sözleşme tipi oluşturur. Bu tür sözleşmelere, sözleşmeyi oluşturan diğer tüm sözleşmelerin kanun ile düzenlenen hükümleri uygulanır<sup>251</sup>.

Nihayet atipik sözleşmelerin son türü kendine özgü yapısı olan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeleri oluşturan unsurlar, kısmen yahut tamamen kanun tarafından öngörülen sözleşme tiplerinin hiçbirinde mevcut değildir. Kendine özgü sözleşmelere uygulanacak olan hükümler farklı aşamalarla tespit olunur. Öyle ki, öncelikle bu tür sözleşmelere uygulanacak olan kurallar iyiniyet kurallarına ve işlerde yaygın teamüle göre yorumlanır ve uygulanır. Ayrıca bu sözleşmelere nitelikleri izin verdiği ölçüde, benzer sözleşme tiplerine ilişkin kanun hükümleri de uygulanabilir. Bu durumda gerekli görülürse Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine de bir takım sorunların çözümü için müracaat edilebilir. Üstelik bu sözleşmelere ilişkin hukuki sorunların çözüm yolları, bilhassa kazai içtihatlarla tespit edilmiş örfi hukukta bulunur. Bazı durumlar da ise hâkim MK.'un 1. maddesinin kendisine verdiği yetkiye dayanarak, hukuk kuralı ihdas eder ve sorunu çözer<sup>252</sup>.

Hekimlik sözleşmesi madem kanunla düzenlenmemiştir, o halde atipik bir sözleşme olduğu ortadadır. Kanunla düzenlenene kadar bu sözleşmeye kanunla düzenlenmiş herhangi bir sözleşme tipine ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanması da mümkün değildir. Hekimlik sözleşmesi atipik sözleşme tiplerinden kendine özgü sözleşmeler grubuna girmektedir.

Zira kendine özgü sözleşmelerde taraflardan birinin veya her ikisinin edimleri, karma ve bileşik sözleşmelerden farklı olarak hiçbir yasal tipin edimlerine, öğelerine uymayan “icat edilmiş” yeni bir tiptir. Bu nedenle kendine özgü sözleşmelerle öngörülen bazı edimler, mevcut kanuni edimlerin kompozisyonu değil ve fakat doğrudan doğruya öz itibarıyla atipiktir. Ortaya çıkan sözleşme türü sıfırdan yaratılmış bir icattır. Hekimlik sözleşmesinde kanunla düzenlenmiş sözleşme tiplerinin öğelerine rastlanması, bu sözleşmeyi kanun tarafından düzenlenmiş sözleşme tipleriyle özdeşleştirmeyi ve karma sözleşme tipi olarak adlandırıp, doğrudan doğruya mevcut sözleşme hükümlerini uygulamayı gerektirmez. Kısaca hekimlik sözleşmesinde farklı sözleşmelerden gelen ve icat olan öğeler öyle birbirinden ayrılmaz ve ayrı düşünülemez

<sup>251</sup> Tandoğan, Age., s.76, Zevkliler, Age., s.19.

<sup>252</sup> Yavuz, Age., ss.24-25.

hale gelmiştir ki, bu ögelere iç içe geçmiş ögeler demek yanlış olmaz (karmadan kırmaya geçiş). Bu bakımdan karma sözleşmeyle kırma sözleşme arasındaki farklılığın tespitinde takdir farkına dayanan sınır kaypaklığı, terminolojiye de yansımaktadır<sup>253</sup>.

Hekimlik sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme türü olduğu yönündeki görüş öğretide en az itibar edilen görüştür.<sup>254</sup> Hal böyleyken biz dahi hekimlik sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olduğu görüşüdeyiz. Ancak öğretide hekimlik sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olduğu fikrini ileri süren diğer görüşten ayrıldığımız nokta, hekimlik sözleşmesine borçlar hukuku genel hükümlerinin değil, kıyasen vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği hususundadır. Hekimlik sözleşmesi atipik sözleşme türlerinden, kendine özgü (sui generis-kırma-yaratma-en yüksek dozda karma) sözleşmeler sınıfına dâhildir. Hal böyle olunca, hekimlik sözleşmesine uygulanacak olan hükümler açısından da diğer kırma sözleşme türlerinde olduğu gibi “kural çokluğu” değil, “kural yokluğu” söz konusu olur. Yani aslında sözleşme tipi, kanunla düzenlenen sözleşme tiplerinden o kadar ayırdır ki bu sözleşmeye doğrudan kanunda düzenlenen herhangi bir sözleşme hükmünü uygulamak mümkün olmaz. Bu durumda benzer kanuni tiplere özgü kuralların örnekseme (kıyas) yoluyla uygulanması, ortaya çıkan hukuki boşluğun doldurulmasında akla gelen ve makul ilk yoldur. Ancak ne özel, ne de genel hükümlerde örnek alınacak amaca uygun bir kıyas dayanağı bulunamazsa hâkim, somut olaya uygun kuralı kendisi ihdas etmek durumunda kalacaktır<sup>255</sup>.

Hekimlik sözleşmesinde hekim, tıbbi müdahaleyi hastanın adına ve hesabına gerçekleştirir<sup>256</sup>. Bu sebeple hasta-hekim ilişkisinde maddi fiile dayanan bir iş görme söz konusudur. Hekim öncelikle teşhisi koyar ve daha sonra uygun tedaviyi seçerek uygular.

Vekâlet sözleşmesi, öngörülen işin belirli bir zamanda yapılmasını öngören bir taahhüt içeremez. Eğer sözleşme böyle bir taahhüt içeriyorsa, o sözleşme vekâlet sözleşmesi

<sup>253</sup> Serozan, Age., s.73; Zira bazı yazarların kendine özgü (icat-kırma) sözleşme dediği sözleşmelere, kimi başka yazarlar salt karma sözleşme gözüyle bakarlar.

<sup>254</sup> Reşat Atabek, “Merih Sezen, Hekimin Mesuliyeti”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 28, İstanbul 1954, s.144 vd., künyeli eserden aktaran Uygur, Age., s.103; “Hekim ile hasta arasındaki ilişki diğer hiçbir sözleşmede olmayan özellikler taşımaktadır ki, taraflar arasında sadece bireysel çıkara dayalı edim mübadelesi yerine, yardım, güven, anlayış, özen ve şefkat unsurlarının ağır bastığı bir ilişki söz konusudur. Taraflardan biri güç ve otorite sahibi bir uzman iken, diğer taraf yani hasta zayıf ve bilgisiz bir konumdadır.”

<sup>255</sup> Serozan, Age., ss.72-73.

<sup>256</sup> İpekyüz, Age., s.65.



değildir. Hekimlik sözleşmesinde de genel olarak hastalığın tedavisinin ne kadar süreceği konusunda bir anlaşma yapılmaz. Daha doğrusu bazı hastalıkların yahut tedavilerin genel özelliği gereği taraflar böyle bir süre öngöremezler. Ancak istisna sayılmayacak pek çok durumda hekimin, tedavi süresiyle ilgili sınırlama koyması mümkündür. Örneğin hekimin hastaya tedavi maksatlı verdiği ilacın süresi çoğu zaman bellidir. Hekim de ayrıca bu konuda hastayı bilgilendirir. Hekimin hastaya verdiği ilacı 10 gün ya da 5 gün süreyle kullanmasının yeterli olacağını söylemesi gibi. Yahut bazı kanser türlerinin tedavisinde, hekimin hastaya 6 aylık kür uygulanmasını önermesi gibi<sup>257</sup>.

Hekimlik sözleşmesinin kanunda düzenlenen herhangi bir sözleşme tipine birebir uymadığı, kendine özgü bir sözleşme türü olduğunu savunan Atabek ve Sezen, bilhassa vekâlet sözleşmesinin özelliklerini tam olarak taşımadığı yönünde bir takım eleştirilerde bulunmuş ve bir takım gerekçeleri sürmüştür<sup>258</sup>.

Bunlardan hekimin, hastanın nam ve hesabına hiçbir tasarrufta bulunmadığı ve hekimin hastaya uyguladığı tıbbi müdahalenin hizmet sayılmayacağı şeklinde ifade edilen gerekçelere katılmak mümkün olmamakla birlikte<sup>259</sup>, hastayla hekim arasındaki ilişkide hastanın hekime emir ve talimat verememesi yönünden bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olamayacağı şeklindeki eleştirilere biz de katılıyoruz. Zira hekimlik sözleşmesinde başka hiçbir sözleşmede görülmeyecek şekilde hekim açısından bir bağımsızlık söz konusudur. Bu durumda sözleşme ilişkisi gereği ücret ödeyecek olan taraf (hasta), başka hiçbir ilişkide - tıbbi müdahale şeklinde zuhur eden edimin yerine getirilmesi ve sonuçlanması konusunda bu derece müdahalesiz kalmamaktadır. Çünkü başka hiçbir ilişkide hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahale gibi, özel uzmanlık gerektiren, özen ve ihtimam borcu itibarıyla son derece uç noktalarda olan, nihayetinde edimin gerektiği gibi ifa edilmemesinin hastanın yaşamını kaybetmesine yol açabilecek nitelikte bir edim söz konusu değildir.

Hasta, hekimi emir ve talimatlarıyla yönlendirmez. Müvekkilin talimat veremediği bir hukuki ilişki ise vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Zira vekâlet sözleşmesinde, müvekkilin talimat verme hakkından önceden feragat etmesi mümkün değildir. Vekâlet

<sup>257</sup> Rezzan Günday, *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009, s.6-7.

<sup>258</sup> İpekyüz, Age., s.65.

<sup>259</sup> Uygur, Age., ss.109-110, İpekyüz, Age., s.65.

sözleşmesi açısından talimat vermektan vazgeçmek ise MK.'un 23. maddesine aykırılık teşkil eder<sup>260</sup>.

Müvekkilin vekile yönelteceği talimatlar; emredici, seçimlik (ihtiyari) ve yol gösterici talimatlar şeklinde üç başlık altında incelenebilir. Emredici talimatlar, vekilin katı surette uyması ve uygulaması gereken, üstelik hiçbir şekilde ayrılamadığı talimatlardır. Vekil istifa hakkını kullanmadıkça emredici nitelikteki talimatları yerine getirmekle yükümlüdür<sup>261</sup>. Emredici talimatlar açısından hekimlik sözleşmesinde hasta ve hekim ilişkisini değerlendirdiğimizde, hastanın müvekkil sıfatıyla hiçbir zaman bu tarz bir talimat verme yetkisinin olmadığını hemen fark ederiz. Hastanın hekime teşhis, tedavi, cerrahi müdahale, tedavi sonrası bakım gibi konularda emir veya talimat vermesi düşünülemez.

Seçimlik talimatlara gelince, bunlar vekilin müvekkil yararına hareket etmesini sağlayan ve belli ölçülerde vekil tarafından savsanmasına izin verilen talimatlardır. Bu talimatlar için öğretilde yedek yahut tamamlayıcı talimat ifadesi de kullanılır<sup>262</sup>. Hasta-hekim ilişkisinde seçimlik talimatların mevcudiyetinin kabul edilmesi dahi, bu ilişkinin tabiatına ters düşer. Hasta kendi menfaatini hekimi veya gideceği sağlık kuruluşunu seçerken ön planda tutabilir. Güvendiği ve tıbbi bilgisine inandığı hekimin tavsiye ve talimatlarını yerine getirirken, ön planda olan şey de sağlığıdır, dolayısıyla menfaattir. Ancak hekimle hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra bu ilişkinin doğası gereği hasta, menfaatine yönelik dahi olsa hekime bir takım talimatlar veremez. Zaten hasta bu tarz talimatlar verebilecek yeterlilikte olsa belki de hekime başvurmayacaktır. Hiçbir hasta düşünülemez ki, hekime kullanacağı ilacın dozu hakkında talimat verebilsin yahut ameliyat esnasında bir takım direktifler yöneltebilsin.

Ayrıca vekilin hesap verme borcu; işin nasıl yürütüldüğünü, işe ilişkin değişiklikleri ve işin sonuçlanıp, sonuçlanmadığı gibi hususlar hakkında müvekkilin bilgilendirmesini de kapsar<sup>263</sup>. Bu sebeple Atabek ve Sezen'e göre; vekil, müvekkile; işe ilişkin gerekli izahatı yapmakla yükümlüdür. Hekim-hasta ilişkisinde ise hekimden her zaman hastayı tedavi ve aşamaları konusunda bilgilendirmesi beklenemez. Bu durum aydınlatma yükümlülüğünden ayrılmalıdır. Zira burada hekimin hastayı bilgilendirmemesinin ona zarar vermesi değil bilakis bilgilendirmeyle oluşacak muhtemel zararı bertaraf etmesi söz konusudur. Gerçekten de kanser gibi, hastanın iyileşmesinin yüksek morale bağlı olduğu bazı hastalıklarda,

<sup>260</sup> Yavuz, Age., s.600.

<sup>261</sup> Tandoğan, Age., C.2, ss.444-445, Yavuz, Age., s.601.

<sup>262</sup> Yavuz, Age., s.601, Tandoğan, Age., C.2, s.445.

<sup>263</sup> Zevkliler/Havutçu, Age., s.345.

hekimin hastaya tedavinin gidişatı hakkında bilgi vermekten kaçınması, uygulamada sık rastlanan bir durumdur<sup>264</sup>.

Bir olayda "...kalp krizi geçiren hasta hastaneye müracaat etmiş, kendisini tedavi eden hekimin kusuru nedeniyle uğradığı zararın giderilmesi için maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur." Yargıtay, hastanın bu talebini vekilin özen borcuna dayandırmıştır. (BK. 386–390.m) Bu sebeple davada hekimin kusurunun hafif olması halinde dahi sorumlu olacağına hükmedilmiştir<sup>265</sup>.

Bu davada tesis edilen hüküm itibariyle Borçlar Kanunu'nun vekâlet akdine ilişkin hükümleri gereği, riskin müvekkile ait olması söz konusu ise de yanlış tıbbi müdahalesinin konu olduğu davalarda gerekli ihtimam ve özeni göstermesi gereken taraf hekimdir. Eğer hekimlik sözleşmesini bir vekâlet sözleşmesi olarak kabul edersek, hastanın teşhis ve tedavi süresince yüklendiği bir takım sorumlulukları yerine getirip, getirmediği hususunda ispat yükü hastada olacaktır. Ancak bu ve benzeri Yargıtay kararlarında olduğu gibi hekim gerekli dikkat ve özeni göstermemesinden dolayı sorumlu tutulmuştur. Hekimin sorumlu tutulduğu hallerde, kusursuz olduğunu ispatlama yükü hekimdedir. Kendi kusuruyla zararın meydana gelmediğini ispatlamak durumunda olan hekim bir de zararın oluşmasında hastanın ihmalinin bulunduğunu ispatlamak zorunda bırakılırsa bu durum vekâlet sözleşmesinin kanunla düzenlenen hükümlerine aykırılık teşkil edecektir<sup>266</sup>.

Hekimlik sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olduğunu savunan görüş ise, hekimin hastanın hizmetinde olduğunu, ancak bu hizmetin bedeni olmayıp, ilmi ve fikri surette tezahür ettiğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre hekim, tıp ilminin standart kuralları çerçevesinde hastasını ihtimamla tedavi etmeye çalışacaktır. Hasta ise bu hizmet mukabili olarak bir ücret ödeyecektir. Ücret karşılığı olarak hastasına hizmet veren hekim, eğer bu hizmeti muayyen veya gayri muayyen bir zamanda görüyor ise hekimlik sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olduğunu kabul etmek zaruridir<sup>267</sup>.

Tüm bu tespitlerden de anlaşılacağı üzere hekimlik sözleşmesi kanun tarafından düzenlenen hiçbir sözleşme tipine tam anlamıyla benzemez. Bu durum, hekimlik sözleşmesinin kendine özgü atipik (kıрма) sözleşmelerden olmasının bir sonucudur.

<sup>264</sup> İpekyüz, Age., s.66.

<sup>265</sup> Yılmaz, Age., s.21, Y13.HD., T.23.02.2006, E.2005/15820, K.2006/2367.

<sup>266</sup> Günday, Age., s.8.

<sup>267</sup> Donay, Age., ss.44-45.

Hekimlik sözleşmesindeki bu kırmalık, aslında tam olarak kanunla düzenlenen hiçbir sözleşmeye benzememe ve fakat bazı sözleşme tiplerinin öğelerinin artık tamamen başkalaşmış şekle dönüşmesinde olduğu gibi, kendine münhasır bir sözleşme türü olma şeklinde tezahür etmektedir. Ancak bu sözleşme kanunla ayrıca düzenlenene kadar vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen hekimlik sözleşmesine de uygulanması yerinde olacaktır. Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesini tarif eden 386. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan;

*“Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tâbi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur.”*

hükmüne binaen, vekâlet akdine ilişkin hükümlerin kıyasen hekimlik sözleşmesine uygulanmasına bir mani olmadığını, hatta bizzat kanunla buna izin verildiğini rahatlıkla söyleyebiliriz.

#### **4.5.5. TKHK Hükümlerinin Hekimlik Sözleşmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu**

Hekimlik sözleşmesini, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un uygulama alanı içinde bulunan bir tüketim ilişkisi olarak kabul eden görüş, TKHK.'un 1. 2. ve 3. maddelerini göz önünde bulundurarak, sözleşmede hasta tarafı tüketici, hekim tarafı satıcı/sağlayıcı ve aradaki hukuki ilişkiyi de konusunu tüketim işleminin oluşturduğu tüketici sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. TKHK.'un 3. maddesinde düzenlenen tüketici işlemi;

*“Mal ve hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi”* ifade etmektedir. Bu görüş kanundaki tanımdan hareketle hekimle hasta arasındaki ilişkide hekimin hastaya verdiği teşhis, tanı ve/veya tedavi hizmetini TKHK kapsamında hizmet olarak değerlendirmiş, hastayı da tıbbi hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen yahut yararlanan gerçek kişi tüketici olarak nitelendirmiştir. Böylece tüketici işleminin niteliği gereği tıbbi hizmeti sağlayan gerçek kişi, hekim ya da tüzel kişi olabilecektir. Hal böyle olunca bir adım ileri gidilerek ifa yardımcısı sıfatıyla bir kamu hukuku ilişkisi içinde çalışan hekimlerin, fiillerinden doğan uyuşmazlıkların da tüketici uyuşmazlığı olduğu iddiasından hareketle Tüketici Mahkemelerinde görülmesi gerektiği savunulmuştur<sup>268</sup>.

<sup>268</sup> Özyurt, Age., ss.21–22.

Ancak hekimlik sözleşmesinin tüketici ilişkisine konu olabilecek sözleşme tiplerinden olup olmadığı konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Zira bir görüşe göre 4077 sayılı TKHK.'un 3. maddesinde yer alan “tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemi” kavramı dar olarak yorumlanmalı, 4077 sayılı yasanın kapsamı, yasada düzenlenmiş konularla sınırlandırılmalıdır. Eğer yorumlama geniş şekilde yapılacak olursa kanunun tüketici işlemi tanımına, taşınmaz kiralaları da girecektir. Fakat taşınmaz kiralaları, 4077 sayılı TKHK ile düzenlenmemiştir<sup>269</sup>. Bu görüşe göre hekimlik sözleşmesinde hastanın tedavi olması, belki genel niteliği itibariyle değerlendirildiğinde tüketici işlemi olarak nitelendirilebilir. Ancak tıpkı taşınmaz kiralalarında ve daha pek çok benzer hukuki ilişkide olduğu gibi 4077 sayılı kanunla düzenlenmediğinden, yorumu ve uygulama alanını genişletmek suretiyle bir tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırmak yanlış olur. TKHK.'un tanımları bu yasanın uygulanmasına özgüdür ve bununla sınırlıdır. Bu sebeple yasanın uygulama alanı genişletilemez. Aksi takdirde ticari işlemler dışta kalmak üzere sözleşmeler hukuku kapsamına giren işlemlerin, hemen hemen tamamına yakınının tüketici işlemi olarak ele alınması ve bu yasanın kapsamı içinde düşünülmesi gerekecektir.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise kanunla tüketici ilişkisine konu olabilecek sözleşme tipleri sınırlı olarak sayılmamıştır. Bu sebeple kanunla düzenlenmiş olsun olmasın tüm sözleşmeler tüketici ilişkisine konu olabilir. Tedavi sözleşmesi de tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilebilir<sup>270</sup>.

Bizce de hekimlik sözleşmesini tüketici işlemi kapsamında değerlendirmek ve tüketici sözleşmesi olarak nitelendirmekte bir mani yoktur. Zira gerek kanundaki tüketici tanımı gerekse tüketici işlemi ve hizmet kavramları oldukça geniş mahiyette olup, hastanın tüketici olarak değerlendirilmesi, sağlık hizmetlerinin de TKHK çerçevesinde “hizmet” kavramı kapsamında değerlendirilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Hal böyle olunca hekimlik sözleşmesi de tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilir ve TKHK hükümleri bu sözleşmeye doğrudan uygulanabilir.

<sup>269</sup> Cevdet İlhan, *Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Şerh (Kanun, Yönetmelikler, AB Direktifleri)*, Ankara 2006, ss.9–10.

<sup>270</sup> Yahya Deryal, *Tüketici Hukuku*, Ankara 2008, ss.74-75.

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Hekimler modern tıbbın gereklerini yerine getirirken hastaların menfaatini ön planda tutmalı ve meslek etiği kurallarına uymayı ilke edinmelidir. Hekimler tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler her zaman kanun koyucunun dikkatini çekmiştir. Kanun koyucu bu müdahalelere hukuki sonuç bağlar. Tıbbi müdahalelerin kanun koyucuyu ilgilendiren yönü, tababet ilminin genel ilkelerine uygun olup, olmadığı, uygulayıcısının gerekli ihtimam ve özeni gösterip, göstermediği ve hastanın rızasının olup, olmadığı gibi hususlar üzerinde yoğunlaşır.

Aslına bakılırsa hekimlerin yanlış tıbbi müdahale nedeniyle sorumluluğu öğretide; hukuki sorumluluk, idari sorumluluk ve cezai sorumluluk<sup>271</sup> ile birlikte tıp etiği açısından ön plana çıkan mesleki sorumluluk<sup>272</sup> şeklinde sınıflandırılmıştır.

#### 5.1. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE TÜRLERİ

Sorumluluk kavramı genellikle bir kimsenin belli bir olgudan ötürü zarar görmesi ve bu zarara sebep olan kişinin zararın giderilmesinden mesul olması anlamına gelir. Bu yüzden zarara sebep olan kişi hem “bir şeyden dolayı” sorumludur, hem de “bir şey ile” sorumludur. Zarar veren fiili ika eden tarafın sorumlu olduğu şey, malvarlığıdır. Bu da demek oluyor ki, alacaklı (zarar gören), zararına mukabil, zarar verenin mal varlığına el uzatabilir<sup>273</sup>. El uzatmak, zarar verenin zararı kendi hür iradesi ile giderme yönünde herhangi bir çaba sarf etmediği durumlarda, zarar gören tarafından cebri icra yoluyla zararın tazminine zorlanması anlamına gelir<sup>274</sup>.

Bu sorumluluk, -istisnalar hariç tutulduğunda- aynı zamanda sınırsız bir sorumluluktur (şahsi sorumluluk). Zira zarar veren kişi, bu zararın giderilmesinden bütün mal varlığıyla sorumlu olacaktır<sup>275</sup>.

Hukuki sorumluluk, öğretide sorumluluğun temelinde kusurun var olup, olmamasına göre kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki türden

<sup>271</sup> Hancı, Age., s.15 vd., Kılıçoğlu, Age., s.9 vd., Uygur, Age., s.19.

<sup>272</sup> Demir, Age., s.227 vd.

<sup>273</sup> Karahasan, Age., s.56, Reisoğlu, Age., s.33.

<sup>274</sup> Oğuzman/Öz, Age., ss.13, Akıntürk, Age., s.15, Uygur, Age., s.12.

<sup>275</sup> Reisoğlu, (*Borçlar*), ss.33-34, Eren, Age., ss.80-81.

oluşur<sup>276</sup>. Bununla beraber hukuki sorumluluk, hekim dışında diğer sağlık personeli de yüklenebilir. Zira hastanın yanlış tıbbi müdahaleyle zarara uğraması, sadece hekimin değil; eczacı, veteriner, ebe, hemşire ve diğer sağlık personelinin hukuka aykırı fiiliyle de gerçekleşebilir. Ancak elbette hastayla kurulan ilişkide, zarardan sorumluluk açısından ön planda olan kişi hekimdir<sup>277</sup>.

Hekimin hukuki sorumluluğu, hastayla ilişkisinin niteliğine göre farklı şekillerde tezahür eder. Zira bu ilişki bazen tarafların aralarında yaptıkları bir sözleşme üzerine kurulur<sup>278</sup>. Sözleşmeden doğan sorumluluk olarak adlandıracağımız bu halde, sözleşmenin ihlali sayılabilecek her durum sorumluluğu gerektirir.

Taraflar arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, özel ve yakın bir takım ilişkiler nedeniyle, birbirini zarara uğratan kişilerin bu zarardan haksız fiil hükümlerine göre değil de, sanki aralarında bir sözleşme ilişkisi varmış gibi sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre sorumlu olmaları esasına dayanan culpa in contrahendo sorumluluğu<sup>279</sup> da, hekimlerin hukuki sorumluluğu açısından değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Bu sorumluluğun dayanağı, dürüstlük kuralıdır<sup>280</sup>. O yüzden bu sorumluluğa, dürüstlük kuralından kaynaklanan sorumluluk veya sözleşme dışı objektif tıbbi sorumluluk denilebilir<sup>281</sup>.

Sözleşme ilişkisinin hasta ve hekim arasında mevcut olmadığı bazı hallerde dahi, hekimler hastanın yararına olmak üzere tıbbi müdahalede bulunmak zaruretiyle karşı karşıyadırlar. İşte bu gibi hallerde hekimin yaptığı müdahale vekâletsiz iş görme hükümlerine tabidir. Eğer müvekkil yapılan müdahaleye sonradan rıza gösterirse olaya vekâlet akdi hükümleri uygulanır.

Hekimin hukuki sorumluluğunun bir diğer türü; haksız fiil sorumluluğudur. Kusura dayanan sorumluluk yahut kusur sorumluluğu da denilen haksız fiil

<sup>276</sup> Eren, Age., ss.447-449, Reisoğlu, (*Borçlar*), s.44 vd., 152 vd., Oğuzman/Öz, Age., s.487 vd., İpekyüz, Age., s.121 vd., Demir, Age., ss.128-129.

<sup>277</sup> İpekyüz, Age., s.120; “Hekimin sorumluluğu basit bir sorumluluk değildir. Hekimlik bir özveri mesleğidir. Kazanç ikinci planda gelmelidir. Hekim uykusuz kalacaktır, kar kış kıyamete uçsuz bucaksız yerlere gidecektir. Mesleğin gereğidir bu durumlar. Kuşkusuz kazancı da daha fazla olmalıdır. Ama önce sorumluluk, sonra kazanç düşünülmelidir.”

<sup>278</sup> Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Age., s.70, Reisoğlu, (*Borçlar*), s. 43, Eren, Age., s.106, Oğuzman/Öz, Age., ss.31-32.

<sup>279</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.35, Uygur, Age., s.19.

<sup>280</sup> Demir, Age., s.228.

<sup>281</sup> Yıldız Abik, “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı”, *AÜHFD*, 54(3), 2005, s.241.

sorumluluğunda kural, fiilde kusurun varlığıdır. Taraflar arasında sözleşme ilişkisinin olmadığı bu sorumluluk türünde, hekim tarafından icra edilen tıbbi müdahalenin kusurlu olması ve bu şekilde hastanın zarara uğratılması, hekimin haksız fiilden ötürü sorumlu tutulması sonucunu doğuracaktır<sup>282</sup>.

Görüldüğü üzere hukuki sorumluluk, hekim-hasta ilişkisinin kurulma biçimine göre beş şekilde tezahür eder. Bunlar; sözleşme sorumluluğu, culpa in contrahendo sorumluluğu<sup>283</sup>, vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk, haksız fiil (kusur sorumluluğu) sorumluluğu ve kusursuz sorumluluktur.

### 5.1.1. Sözleşme Sorumluluğu

Sözleşme sorumluluğu<sup>284</sup>, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme hükümlerine aykırı davranmak suretiyle karşı tarafı zarara uğratması nedeniyle bu zararın giderilmesinden sorumlu olması anlamına gelmektedir. Burada taraflardan biri hukuka aykırı mahiyet arz eden bir fiiliyle sözleşmenin karşı tarafına zarar vermektedir. Bu zarar, hukuka aykırı fiil icra eden tarafın aynı zamanda sözleşmeyle üstlendiği yükümlülüklerle aykırı davranmasından kaynaklanır. Sözleşme sorumluluğu ya da diğer adıyla “borca aykırılık” Boçlar Kanunu’nun 96 ve devamı (BK. 101 vd., 106. m) maddesinde “borçların ödenmemesinin neticeleri” başlığı altında hükme bağlanmıştır. Borca aykırılık, sözleşmeyle üstlenilen borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş olması anlamına gelir<sup>285</sup>.

İfa, en genel anlamda borçlanılan edimin yerine getirilmesidir. İfanın tam ve gereği gibi yerine getirilmesiyle borçlu tatmin edilmiş olacaktır. Böylece borç, olağan seyrinde sona erer<sup>286</sup>. İfanın hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi ise sözleşme sorumluluğuna sebep olacaktır.

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu, sorumluluk yeteneği yönünden incelendiğinde, hekimin tedavi sözleşmesiyle üstlendiği yükümlülükleri gerektiği gibi ifa etmemesi durumunda sorumlu olabilmesi için ayırtım gücüne sahip olması (mümeyyiz olması) ve ergin olması (reşit olması) gerekmektedir. Sözleşme

<sup>282</sup> Cengiz Kaya, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Erişim: 12.05.2010, [http://www.yayin.adalet.gov.tr/32\\_sayi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/32_sayi.htm).

<sup>283</sup> Ayan, Age., s.49.

<sup>284</sup> Akıntürk, Age., s.78.

<sup>285</sup> Karahasan, Age., s.58.

<sup>286</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.198.



sorumluluğunun husule gelebilmesi için genellikle borçlunun temerrüde düşmüş olması şartı aranır. Bu sorumluluk türünde kanıt yükü ise borçludur. Yani hekim sorumluluktan kurtulmak için, sözleşme hükümlerine aykırı davranmadığını ve yükümlülüklerinin gereği gibi ifa ettiğini ispatlamak zorundadır. Ayrıca sözleşme sorumluluğunda BK.'nun 125. maddesine göre 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır<sup>287</sup>. Nihayetinde BK. madde 99 ve 100. maddeleri çerçevesinde, hekimlik sözleşmesini oluşturan tarafların daha henüz sözleşme kurulduğu sırada, sözleşmeden doğan sorumluluğun daraltılması yahut kaldırılmasına ilişkin anlaşma (sorumsuzluk anlaşması) yapabilecekleri kabul edilir<sup>288</sup>.

Sözleşme ilişkisinde borca aykırılık, sözleşme sorumluluğunu da kapsamaktadır. BK.'nun 96. maddesi, sözleşmeden doğan bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesini sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirerek, borçluyu sözleşmeye aykırılık neticesinde oluşan zararın giderilmesiyle yükümlü kılmaktadır<sup>289</sup>.

Hekim-hasta ilişkisinde sözleşme sorumluluğunun oluşabilmesi bir takım şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartların tespitinde BK.'nun 98. maddesinin ikinci fıkrası oldukça yol göstericidir. Zira bu maddeye göre;

*“Haksız eylemlerden sorumluluğa ilişkin hükümler, örneksenerek (kıyasen) borca aykırılık durumlarında da uygulanır.”*

Buna göre sözleşme sorumluluğunun şartları<sup>290</sup>; hekim ve hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcudiyeti, sözleşmenin ihlali (borca aykırılık), kusur, borca aykırılık neticesinde bir zararın vuku bulmuş olması ve nihayet sözleşmenin ihlal edilmesiyle zarar arasında uygun illiyet bağının (nedensellik bağı) varlığıdır<sup>291</sup>.

<sup>287</sup> Karahasan, Age., ss.59-60.

<sup>288</sup> Demir, Age., ss.251-252, Murat B. Alkanat, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, 11(5), 2002, s.180.; Öğretide, hekimin kendi hafif ihmalden sorumsuzluğunu öngören anlaşmanın geçerli sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre; borçlu hekimin, sadece yardımcı kişinin hafif ihmalden dolayı sorumlu tutulamayacağına dair sorumsuzluk anlaşması yapılabilir. Bu görüşe göre, hekimin hafif ihmalden kaynaklanan kusurlu davranışı sebebiyle sorumlu olmadığına ilişkin yapılacak bir anlaşma, hasta ile hekim arasındaki güven temelinde dayalı hekimlik sözleşmesinin niteliğine uygun düşmemekte ve ayrıca kamu düzenine ve genel ahlâka da aykırılık teşkil etmektedir.

<sup>289</sup> Kılıçoğlu, (*Borçlar*), ss.460-461, Demir, Age., s.155, Uygur, Age., ss.281-282.

<sup>290</sup> Karahasan, Age., s.1365 vd.

<sup>291</sup> Uygur, Age.,s.283.

### **5.1.1.1. Sözleşme Sorumluluğunun Şartları**

#### **5.1.1.1.1. Hekim ile Hasta Arasında Sözleşme İlişkisinin Mevcudiyeti**

Hekimle hasta arasında özel hukuk nitelikli bir sözleşme ilişkisinin (hekimlik sözleşmesi) varlığı sözleşme sorumluluğunun oluşması için ilk şarttır. Daha sonra bu sözleşmenin ihlal edilmesi gerekir. Sözleşmenin ihlali, tarafların sözleşmeyle üstlendikleri edimleri hiç yahut gereği gibi ifa etmemeleri anlamına gelir. Zaten sözleşme (borç ilişkisi) üç unsurdan ibarettir. Bunlar; borçlu, alacaklı ve edimdir. Edim (Leistung-prestation) aralarındaki borç münasebeti nedeniyle alacaklı tarafın borçludan talep edebileceği, borçlu tarafinsa yerine getirmek zorunda olduğu bir davranış modelidir. Edimin konusu, bir şeyi yapmak, vermek gibi müspet bir davranış olabileceği gibi, bir şeyi yapmamak, bir şeyden kaçınmak şeklinde de (menfi surette) tezahür edebilir<sup>292</sup>.

#### **5.1.1.1.2. Sözleşmenin İhlali (Borca Aykırılık)**

Genel olarak sözleşmeden doğan edimler “ilk yükümler” ve “tali yükümler” olmak üzere ikiye ayrılır. İlk yükümler sözleşme ilişkisinden kaynaklanan her türlü yükümü kapsar. “Asli yükümler (edimler)” ve “Tali (yan) yükümler (edimler)” ilk yükümlerin kapsamına dâhildir<sup>293</sup>.

##### **5.1.1.1.2.1. Asli Edim Yükümlerinin İhlali**

Hekim-hasta ilişkisinde asli edim yükümü olarak karşımıza çıkacak ilk husus, hekimin tıbbi müdahaleyi her türlü yanlışlıktan beri, tababet ilminin genel kaideleri çerçevesinde ve tıbbi etik kurallarına uygun surette gerçekleştirmesi ve bilhassa hastanın menfaatini ön planda tutmasıdır. Eğer hekim kendisinden beklenen mutad özeni göstermemiş, diğer bir ifadeyle hiç yahut gereği gibi özen yükümlülüğünü ifa etmemişse, sözleşmeye yani borca aykırı davranmış olacaktır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin temyiz istemi üzerine incelemiş olduğu bir davada, “...doktorun hastasına karşı sorumluluğunun, vekilin sorumluluğu gibi olduğu, bu sebeple vekilin (veya doktorun) iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil ve fakat bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden dolayı sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin

<sup>292</sup> Akıntürk, Age., s.9.

<sup>293</sup> Eren, Age., s.31.

sorumluluğuna ilişkin kurallara tabidir. Mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil (hasta) titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Hekimden beklenen özen; orta seviyede bir kimsenin, yani tedbirli bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimam ve özendir.<sup>294</sup>

Hekimin sözleşme ilişkisiyle üstlendiği asli edim yükümlerine örnek olarak; hastayı muayene etmesi, rahatsızlığı hakkında teşhis koyması veya konulan teşhise uygun bir tedaviye başlaması yahut gerekli ameliyatın yapılması gibi davranış biçimleri gösterilebilir. Böyle durumlarda, hekimin sözleşmeyle üstlenmiş olduğu teşhis ve tedavi edimini yerine getirmekten imtina etmesi, asli edim yükümünü ihlal etmesi anlamına gelir. Böylece hasta, BK.'nın 96 ve devamı maddelerine göre zararının tazminini isteyebilecektir. Üstelik hekimlik sözleşmesiyle hastanın da karşı edim niteliğinde olan ücret ödeme borcu mevcut olduğundan, BK.'nın 106. maddesi ve devamı hükümlerine göre fesih hakkını kullanabilecektir. Böylece alacaklı borcun yerine getirilmesinden vazgeçer ve onun yerine giderim isteme hakkını kullanabilir<sup>295</sup>.

#### **5.1.1.1.2.2. Tali Edim Yükümlerinin İhlali**

Yan edim yükümleri, borç ilişkisi içinde olan ve fakat asli edim yükümleri dışında kalan diğer yükümlerdir<sup>296</sup>. Yan yükümler edimin tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet ederler. Hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan yan yükümlere örnek olarak; hekimin sır saklama borcu, kayıt tutma borcu, aydınlatılmış onam alma borcu ve benzeri borçlar gösterilebilir<sup>297</sup>.

#### **5.1.1.1.3. Kusur**

Sözleşmeye aykırılık suretiyle hastanın zararından hekimin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması şarttır. Sözleşme sorumluluğu kural olarak borçlunun kusuruna dayanan bir sorumluluk türüdür. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi;

*“Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.”*

<sup>294</sup> Y4.HD., T.04.03.1994, E.1993/8557, K.1994/2138.

<sup>295</sup> Karahasan, Age., ss.1366-1367, Uygur, Age., s.286.

<sup>296</sup> Eren, Age., s.31.

<sup>297</sup> Uygur, Age., s.286 vd; Salt yan yükümlerin ihlal edilmiş olması, alacaklıya ifa davası açma hakkı vermez. Ancak yan yükümlerden birinin ihlali halinde alacaklı bir zarar uğramış ise bu zararın tazmin edilmesini borçludan isteyebilir.

Bu ifadeyle kanun koyucu, borçlunun edimini ifada kusurlu olması halinde, alacaklının uğradığı zararı karşılamakla mükellef olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Ancak borçlunun kusuruyla neyin kastedildiği bizzat kanun tarafından açıklanmamıştır. Kusurun ne olduğuna ilişkin öğreti tarafından yapılan bir takım tespitler mevcuttur. Öğretide bir görüşe<sup>298</sup> göre kusur;

*“Hukuka aykırı neticeyi istemek (kast)veya bu neticeyi istememekle beraber, hukuka aykırılıktan içtinap (kaçınmak) için iradeyi kâfi derecede yormamaktır (ihmal).”*

Kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeninin kınadığı bir irade veya irade noksanıdır. Hukuka aykırı sonucu isteyen veya hukuka aykırı sonucu önlemek için gerekli iradeyi göstermeyen kimse kusurludur. Kusur, kast (dolus) ve ihmal (culpa) olmak üzere ikiye ayrılır<sup>299</sup>. Hukuka aykırı sonucun öngörölmüş ve istenmiş olduğu hallerde, kastın varlığından söz edilebilir. Ancak ihmalde hukuka aykırı sonucun meydana gelmesi arzu edilmediği halde, meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği tedbirlerin alınmaması, böylece gerekli dikkat ve özeni göstermemek suretiyle haksız sonucun doğmasına sebebiyet verilmesi söz konusudur<sup>300</sup>. İhmal ise kendi içinde ağır ihmal (culpa lata) ve hafif ihmal (culpa lewis) olarak ikiye ayrılır. Ağır ihmal; herhangi bir kişinin normal şartlarda alması gereken tedbirler hususunda ihtimam göstermemesidir. Hafif ihmal; ancak dikkatli insanların göstermesi gereken özenin gösterilememiş olmasıdır<sup>301</sup>. Ancak her halde borçlu, isterse hafif ihmal derecesinde kalmış olsun, her türlü kusurundan ötürü alacaklıya karşı sorumlu olacaktır. (BK. 98/1. m)

MK.’un 6. maddesine göre herkes haklarını dayandırdığı olguları ispat etmeye mecburdur. Bu ana kuralı sözleşme ilişkisine uygularsak, normalde borçlunun ifada kusurlu olduğunun alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Oysa sözleşme sorumluluğunda alacaklı taraf borçlunun kusurunu ispatlamakla yükümlü değildir. Sözleşme sorumluluğunda, sözleşme dışı sorumluluktan farklı olarak ispat yükü ters çevrilmiş ve alacaklı, borçlunun ifada kusurlu olduğunu ispatlamaktan kurtulmuştur. Bu

<sup>298</sup> Akıntürk, Age., s.81, Reisoğlu, (*Borçlar*), s.144, Karahasan, Age., s.1368, Oğuzman/Öz, Age., s.526.

<sup>299</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.527.

<sup>300</sup> Akıntürk, Age., ss.81-82.

<sup>301</sup> Reisoğlu, (*Borçlar*), ss.144–145; Hâkim, kişinin kusurlu olup olmadığını tespit ederken ceza hukukunun konuya ilişkin hükümleriyle veya ceza mahkemesi tarafından verilen beraat kararıyla bağlı değildir. Ceza mahkemesince verilen beraat veya mahkûmiyet kararı, kusurun takdiri hususunda hâkimi bağlamaz. Y10.HD., T.11.11.1985, K.1985/6101.

sebeple BK. madde 96'ya göre kusursuz olduğunu ispatlama yükü borçludur. Böylece sözleşme sorumluluğuna ilişkin olarak kanun koyucu borçlu aleyhine bir kusur karinesi geliştirmiştir<sup>302</sup>.

Bu noktada, hekimin somut olayda hastayı zarara uğratmasının söz konusu olduğu durumlara ilişkin ve bilhassa hekimin kusur derecesini tayin etmesi bakımından önem arz eden birkaç Yargıtay kararını incelemek yerinde olacaktır. Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararına göre, "...KBB uzmanı olarak görev yapan hekimin, kendisine başvuran hastayı şikâyetinden ötürü ameliyata aldığı, ancak ameliyat esnasında hastanın burnunda kırılan iğneyi bulup çıkaramadığı, daha sonra hastanın başka bir hekime başvurması üzerine, bu hekim tarafından iğnenin bulunup çıkarıldığı somut olaydaki verilerle sabittir." İlk hekim tarafından çıkarılmayan iğnenin, daha sonra başka bir hekim tarafından çıkarılması, bu işlemin ortalama standartta bir tıbbi müdahale olduğunu gösterir. Böyle bir tıbbi müdahalenin, orta seviyede ve makul her hekim tarafından başarılı bir şekilde gerçekleştirilebileceği görülmüştür. Buna rağmen, somut olaydaki ilk hekimin bu müdahalede başarısız olması ve fakat aynı hal ve şartlar altındaki başka bir hekimin gösterdiği olağan ihtimam ve özenle davacı hastanın şikâyetini giderdiği ve tüm bu gerekçeler dâhilinde ilk hekimin hastaya verdiği zararda ağır şekilde kusurlu olduğu ortadadır<sup>303</sup>.

Elbette burada bahsi geçen kusur, hekimin meslek kusurudur. Meslek kusuru; tıp ilminin genel kabul gören kurallarının, kusurlu şekilde hekim tarafından ihlal edilmesidir. Yani, hekimin tıp ilmi ve uygulamasında bilinip kabul edilmiş kuralları, gerekli dikkat ve özenin eksikliği nedeniyle nazara almamasıdır<sup>304</sup>.

Hekimin kusurlu davranışları; hastaya yaklaşım tarzında, aydınlatılmış onam alma, sır saklama, tıbbi kayıt tutma gibi yükümlülüklerin yerine getirilmesinde özensizlik şeklinde ortaya çıkabilmektedir<sup>305</sup>.

<sup>302</sup> Eren, Age., s.1022, Uygur, Age., s.289.

<sup>303</sup> Y13.HD., T.06.11.2000, E.2000/8590, K.2000/9569, Benzer karar için bkz; Y13.HD., T.04.03.1994, E.1994/8557, K.1994/2138.

<sup>304</sup> Kaya, Agm.

<sup>305</sup> Haluk İnce, Nurhan İnce, Bedia Ayhan Özyıldırım, Nurhas Safran, "Hatalı Tıbbi Uygulama ve Korunma Yolları", *İstanbul Tıp Fakültesi Dergisi*, 68(4), 2005, ss.123–127.

#### 5.1.1.1.4. Zarar

Hekimin, hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan edim yükümlerinden birini ihlal etmek suretiyle hastaya verdiği zarar, sözleşme sorumluluğunun diğer şartıdır. Zararın varlığı, hekimin sözleşme sorumluluğu için belki de en önemli şarttır. Çünkü zarar yoksa tazmin edilecek şey de yoktur. Hekimin yanlış müdahalesi, hastanın bedensel bütünlüğü ve sağlık değerlerine yöneldiğinden hasta maddi ve/veya manevi zarara uğrayabilir. Hekimlik sözleşmesinin hekim tarafından ihlali ile zarara uğrayan hastanın maddi zararları; tedavi giderleri, işgücü (çalışma gücü) kaybı, ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan zararlar, destekten yoksun kalma ve ölüm nedeniyle oluşan diğer maddi zararları kapsamaktadır. Hastanın uğrayacağı manevi zararlar ise; hayat zevkinde ve sevincinde azalma olması sonucu uğradığı ruhi zararlardır<sup>306</sup>. Örneğin, bir ressamın ameliyat sırasında kolunun bir daha eski şekilde kullanılamayacak derecede zedelenmesi sonucu sanatını icra edememesi, bazı sinir hasarları, yeni doğan çocukların karıştırılması, indüksiyon sırasında hastanın bilinç dışı söylediği bazı sırları kamuoyuna aktarmak ve bunun gibi zararlar manevi zarar kapsamında değerlendirilir<sup>307</sup>.

Yargıtay'ın bir kararında belirtildiği üzere; "...uygulamada çalışma gücünden doğan zararlar ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zarar her zaman kolayca birbirinden ayrılamaz. Somut olaydaki zararın, bu iki zarar türünden hangisine dâhil olduğunun tespitinde her iki nedenden doğan zarar, tek bir kalem halinde tayin olunmalıdır. Ancak bazı durumlarda beden ve ruh tamlığının, yani cismani bütünlüğün ihlali, çalışma gücünü olumsuz yönde etkilememiş olabilir. Bununla beraber mağdurun ekonomik ve mesleki alandaki geleceğini, gelişme ve ilerlemesini menfi surette etkilemiştir. Örneğin; vücut tamlığının ihlalinden doğan çirkinleşme, kötürüm kalma, akıl hastalığı yahut zayıflığına müptela olma, görme veya işitme duyularında azalma böyle zararlardandır<sup>308</sup>."

Sözleşme ilişkisinde edim alacaklısının giderim talebinde bulunabilmesi için, borcun hiç yahut gereği gibi yerine getirilememesinden dolayı uğranmış olan bir zararın mevcudiyeti zorunludur. Giderimi gereken zarar, "olumlu zarar (müspet zarar)" ve "olumsuz zarar (menfi zarar)" olarak ikiye ayrılır. Olumlu zarar; borçlu borcunu ifa etse

<sup>306</sup> Kaya, Agm.

<sup>307</sup> Günerli, Age., s.338.

<sup>308</sup> Doğan, Age., s.56, Y4.HD., T.18.09.1979, E.1979/5480, K.1979/9818.

idi, alacaklının malvarlığının ulaşacağı durum ile borçlunun edim konusunu ifa etmemesi durumunda ortaya çıkacak olan hususiyet arasındaki farktır. Olumsuz zarar ise, gerçekleşmesi yönünde arzu ve inanç olan bir sözleşmenin kurulamaması nedeniyle uğranılan zarardır. Burada gerçekleşmesi umulan menfaatler değil, sözleşmenin gerçekleşeceğine duyulan güven, zararın kaynağını teşkil eder<sup>309</sup>.

Olumlu ve olumsuz zararın dışında bir de maddi zarar (bilfiil uğranılan zarar ile yoksun kalınan kar) ve manevi zararın var olduğundan daha önce bahsetmiştik<sup>310</sup>. Öğretide bir görüşe göre maddi zarara eylemli zarar da denir. Eylemli zarar (maddi zarar), malvarlığının aktifinde yaşanan eksilme yahut pasifinde gerçekleşen artıştır. Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken kardan yoksun kalma ise, alacaklının malvarlığının aktifinde çoğalma meydana gelmemesi veya pasifinde azalma olanağının yitirilmesi anlamına gelir<sup>311</sup>. Manevi zarar ise, sözleşme ilişkisinde edim alacaklısının kişilik haklarına yönelmiş ve bu alanda gerçekleşmiş bir saldırı neticesinde yaşadığı acı ve elemi dış dünyaya aksetmiş halidir<sup>312</sup>.

BK. madde 98/2'ye göre, akdi zarar ve tazminatın hesabında sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin olan BK.'nin 42 ve devamı maddeleri kıyasen uygulanır. Bu cihetle zararın varlığı ve miktarına ilişkin olarak ispat külfeti alacaklıdadır. Zararın miktarının kesin olarak ispatlanamadığı hallerde hâkim, olayın cereyanını ve alacaklının almış olduğu tedbirleri göz önünde bulundurarak zarar miktarını tayin eder<sup>313</sup>.

Hekimin yanlış tıbbi müdahalesi sonucunda zarar gören şahıs, maddi ve/veya manevi zararını tazmin etme yoluna gidecektir. Tazminat miktarının hesaplanmasında, ilk önce zararın tespit edilmesi ve ardından tazminatın belirlenmesi gerekir. Aynı zamanda maddi zararlarda, “zarardan daha fazla miktarda tazminata hükmedilemeyeceği ilkesi” de göz önünde bulundurulmalıdır. Zaten, zararın tamamının tazminine hükmedildiği pek görülmez. Zira somut olayda ortaya çıkan bir takım sebepler, tazminat miktarından indirim yapılmasını gerektirir. Zararın meydana gelmesinde zarar gören hastanın da kusuru varsa, bu durum bir indirim sebebi olarak dikkate alınmalıdır. Burada bahsi geçen kusur, zarar gören hastanın iradi olarak

<sup>309</sup> Karahasan, Age., s.1392 vd.

<sup>310</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.514 vd., Akıntürk, Age., s.82.

<sup>311</sup> Karahasan, Age., s.1398.

<sup>312</sup> Akıntürk, Age., s.83.

<sup>313</sup> Eren, Age., s.1024, Karahasan, Age., s.1406.

başkasına verdiği bir zarar değil ve fakat kendi menfaatini korumak için gerekli olan özen ve çabayı yeteri kadar yahut hiç göstermemesinden kaynaklanan zarardır<sup>314</sup>.

#### **5.1.1.1.5. Sözleşmenin İhlal Edilmesiyle Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağının (İlliyet Rabıtası-Nedensellik Bağı) Varlığı**

Sözleşme sorumluluğunun oluşabilmesi için zarara sebep olan fiille zarar arasında illiyet bağının mevcut olması, yani zararın bu fiil neticesinde meydana gelmiş olması gerekir. İlliyet bağı ilişkisine “sebep-sonuç ilişkisi” de denir. Kısaca fiilin sonucu zarar, zararın sebebi de fiil olmalıdır<sup>315</sup>.

Bu sebeple hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğunun varlığı için gerekli olan son şart, sözleşmenin ihlaliyle zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Bir diğer ifade ile zarar, hekimin sözleşmeye aykırı davranışı neticesinde meydana gelmiş olmalıdır. Ancak, sözleşmenin ihlali normal hayat tecrübesine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, yani hekimin fiiliyle zarar doğuran sonuç arasında illiyet bağı kesilmişse, hekim artık zararın giderilmesinden sorumlu tutulamaz. Böyle bir durumda uygun olmayan illiyet bağından söz edilir. Örneğin, hekimin telefonla yaptığı görüşmede muayene saati verdiği hastanın yolda otomobille gelirken geçirdiği bir trafik kazası neticesinde ölümüyle hekimin davranışı arasında uygun illiyet bağı yoktur<sup>316</sup>. Fakat göz uzmanı hekimin, bir gözündeki tümör nedeniyle gözü enükleasyona tabi tutulacak olan hastanın ameliyatına asistanını göndermesi ve asistanın da hasta dosyasını özensiz bir şekilde inceledikten sonra ameliyata girmesi, akabinde hastanın sağlam gözünü almasıyla sonuçlanan olayda hekimin kusurlu davranışıyla hastanın uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı vardır<sup>317</sup>.

Bununla beraber, ameliyat sırasından meydana gelen deprem nedeniyle göçük altında kalan hastanın ölmesinde olduğu gibi mücbir sebeplerin varlığı halinde veya hastanın ya da üçüncü şahısların ağır kusuru halinde hastanın zarara uğraması illiyet bağını keseceğinden, hekimin sorumluluğundan söz edilemez<sup>318</sup>.

İlliyet bağının varlığı, kimi zaman tespiti oldukça güç bir meseledir. Eğer bir kimse sözleşme ilişkisi kurduğu kişinin bu ilişkiden beklentisi olan edimi hiç yahut

<sup>314</sup> Doğan, Age., s.58.

<sup>315</sup> Akıntürk, Age., s.83, Reisoğlu, (*Borçlar*), s.148 vd., Oğuzman/Öz, Age., s.518 vd.

<sup>316</sup> Kaya, Agm.

<sup>317</sup> Hancı, Age., s.49.

<sup>318</sup> Doğan, Age., s.57.



gereği gibi ifa etmiyor da bu hareketiyle kişiyi zarara uğrattıyor ise, sözleşme sorumluluğu genel ilkeleri çerçevesinde bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Zira kural olarak hiç kimse davranışıyla sebep olmadığı bir zararı gidermekle yükümlü tutulamaz. Bununla beraber davranışla netice arasında fiilen mantıkî illiyet bağı bulunan her durumda kişiyi sorumlu tutmak, hak ve adalet duygusuna ters düşebilir<sup>319</sup>.

Şart teorisinin<sup>320</sup> gerekli kıldığı bu illiyet bağı bir olayı meydana getiren her şartın varlığını gerektirir. Bu şartlardan birinin mevcut olmaması durumunda olayın meydana gelmeyeceğini söyleyebiliyorsak, şart teorisine göre sebeplerle sonuç arasında illiyet bağı var demektir. Sonuca ulaşmada etkili olan şartlardan birini gerçekleştiren kişi, zararlı sonucun meydana gelmesinden dolayı sorumludur. Bu teoride, zararlı sonuca davranışıyla sebep olan ve sebepler silsilesinin başlangıcında yer alan kişinin davranışının üzerine başka kişilerce gerçekleştirilen ve fakat zararlı sonucun meydana gelmesinde etkili olan diğer sebepler, bu kişinin davranışı neticesinde sorumlu tutulması sonucunu doğurur.

Ancak mantiki illiyet bağının bizi götüreceği sonuç çoğu zaman adil olmayan bir sonuç olacaktır. Bu sebeple İsviçre-Türk hukuku öğretisinde ve uygulamada zararlı sebep olan davranış arasında uygun illiyet bağının aranması gerektiği kabul edilmiştir<sup>321</sup>. Uygun illiyet bağı teorisinde “*eğer bir olay, yaşamdaki genel görgülere ve olayların doğal akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli olur yahut diğer bir ifadeyle bir olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu öteki olayın meydana gelmiş olmasıyla kolaylaşmış bulunursa, ilk olay uygun neden ve sonuç ölçüsüne göre ikincisinin nedeni sayılır.*”<sup>322</sup>

Bununla birlikte birden çok sebebin ve dolayısıyla illiyet bağının mevcut olduğu durumlar da söz konusudur. Böyle hallerde gerçekleşen bir olayın, meydana gelen zararlı arasında uygun illiyet bağının bulunmaması halinde bu olayın sebepler arasında dikkate alınması mümkün olmaz. Bu nedenle birden çok olayın zararı birlikte meydana getirmeye elverişli olmasına rağmen, bu olaylardan etkili olanının diğeriyle zarar arasındaki illiyet bağı kestigi (ortadan kaldırdığı) kabul edilir. Örneğin; hasta (A) ya

<sup>319</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.518.

<sup>320</sup> Eren, Age., s.490, Karahasan, Age., s.442, Oğuzman/Öz, Age., s.518.

<sup>321</sup> Reisoğlu, Age., s.148 vd, Oğuzman/Öz, Age., s.518 vd.

<sup>322</sup> Karahasan, Age., s.443.

hekim (B) ve hekim (C) tarafından ayrı ayrı ve birer saat arayla öldürücü dozda iki farklı zehir enjekte edilmiştir. (A) öldükten sonra yapılan otopside, ölüme (B) nin enjekte ettiği zehirin sebep olduğu tespit edilmiştir. Bu halde (B) nin fiili, (C) nin fiiliyle (A) nin ölümü arasındaki mantıki illiyet bağının kurulmasını engellemiş, böylece (C) nin fiiliyle zarar arasındaki illiyet bağını kesmiştir<sup>323</sup>.

Zararın meydana gelmesinde birden çok sebebin varlığı halinde, sebeplerle sonuç (zarar) arasındaki illiyet bağının ortaya konulması açısından üç yaklaşım vardır<sup>324</sup>.

Bunlardan biri “ortak illiyet” olarak adlandırılır. Ortak illiyetin varlığı için mutlaka sebep sayılan davranışları gerçekleştiren kişilerin anlaşmaları şart değildir. Birbirlerinden habersiz surette sebep sayılan davranışların birleşmesiyle de sonuç olarak nitelendirdiğimiz zararın vuku bulması ortak illiyetin varlığı için yeterlidir<sup>325</sup>.

Bu yaklaşımlardan diğeri, “yarışan (birlikte) illiyet” tir. Bu yaklaşıma göre, aslında birbirinden bağımsız olan birden fazla sebebin tek bir sonucu doğurduğu düşünüldüğünde, her bir sebebin diğere ihtiyacı duymaksızın yalnız başına bu sonuca sebep olabileceğini söyleyebiliyorsak ortada yarışan (birlikte) illiyet ilişkisi vardır<sup>326</sup>.

Son olarak, zararın (sonuç) birden fazla sebebe dayanarak meydana gelmiş olmasına rağmen bu sebeplerden hangisinin zararın oluşmasına sebep olduğu tam olarak tespit edilemiyorsa alternatif illiyet bağından söz edilebilir<sup>327</sup>.

Hekimlerin yanlış tıbbi müdahale nedeniyle sorumlu tutuldukları davalarda, zararlar zarara sebep olan olay arasındaki illiyet bağını kanıtlamak güçtür. Bu alan, hastanın daha önceki sağlık durumuyla hastalığın daha sonraki ilerleme süreci göz önünde bulundurulduğunda, geniş ölçüde belirsizliklerin mevcut olduğu bir alandır. Zaten genel olarak tababet ilminde hekimlerin sorumluluğunu tespit açısından illiyet bağının var olup, olmadığı tespiti zor bir meseledir. Bu sebeple, faydası olabilecek tüm deliller göz önünde bulundurulmalı ve somut olayın eksik değerlendirilmesinden kaçınılmalı, sadece hastanın iyileşme olasılığı bakımından, hastalığın nasıl

<sup>323</sup> Oğuzman/Öz, Age., ss.521-522, Karahasan, Age., s.445 vd, Reisoğlu, Age., s.151.

<sup>324</sup> Reisoğlu, Age., s.151 vd.

<sup>325</sup> Karahasan, Age., s.449, Oğuzman/Öz, Age., s.524 vd.

<sup>326</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.525, Karahasan, Age., s.449 vd., Reisoğlu, Age., s.151 vd.

<sup>327</sup> Reisoğlu, Age. s.152.

ilerleyeceğine ilişkin bir tahmin yapılmalıdır. Böylece, bu alanda çoğu zaman illiyet bağının belirgin olmaması özelliğinin sakıncaları ortadan kaldırılabılır<sup>328</sup>.

İlliyet bağının varlığı konusundaki ispat zorlukları, ispat yükünün ters çevrilmesi veya illiyet bağının varlığının ispatlanmasına ilişkin taleplerin çürütülmesi suretiyle kolaylaştırılarak giderilebilir. Bunun sonucu olarak, belirsiz illiyete rağmen meydana gelen tüm zarar tazmin edilir. Hekimlerin sorumluluğu açısından, sorumluluk hukukunda geçerli olan “ya hep ya hiç prensibi” (*alles-oder- nichts- Grundsatz*) kullanılarak yapılan bu tespit, yani illiyet bağının belirsizliğine rağmen meydana gelen tüm zarardan hekimin sorumlu olması anlayışı, gün geçtikçe hukuk âleminde daha çok tartışılır hale gelmiştir<sup>329</sup>.

Fransa ve ABD.’deki bazı mahkemeler, iyileşme olasılığına göre ölçülen maddi tazminatın zarara sebep olanlar arasında paylaştırılmasına izin vermektedir. Benzeri uygulamalar Avustralya, İsviçre ve Avusturya hukukunda da görülmektedir. Ancak zamanla sorumluluk hukukunda ya hep ya hiç prensibinden uzaklaşmış ve hiç değilse bu prensip yumuşatılarak uygulanmaya çalışılmıştır. Son yıllarda hekimin sorumluluğunda, bilhassa “iyileşme şansının kaybı” (*loss of chance*) kavramı, hukuki önemi artan bir kavram haline gelmiştir<sup>330</sup>.

### **5.1.2. Hekimin Culpa in Contrahendo (Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Culpa-Haftung) Sorumluluğu**

Culpa in contahendo (sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk) sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur<sup>331</sup>. Zira bu sorumlulukta taraflardan biri sıradan bir sözleşme kurulurken üstlendiği; açıklanması gereken hususları açıklamak, yanlış bilgi vermemek, bunun için gereken dikkat ve özeni göstermek, sözleşme yapma niyeti

<sup>328</sup> Maria Kasche, *Verlust von Heilungschancen: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien : Lang 1999, s.1, künyeli eserden aktaran ABİK, Age., ss.241–287; Fransa: CassCiv, 1re, 20.7.1988 JCP 1988 IV 351 (Ateşin ölçülmesinin ihmal edilmesi yüzünden menenjitin teşhis edilememesi ); CassCiv, 1re, 11.10.1988 BullCiv I No 281 (S. 192) (menenjitin kızamıkçık zannedilmesi) ; ABD: Hamil v. Bashline, 392 A2d 1280 (Pennsylvania 1978) (kalp krizinin EKG aracı donanımının eksikliği nedeniyle teşhis edilememesi); Aasheim v. Humberger, 695 P2d 824 (tümörün teşhis edilememesi); McKellips v. Saint Francis Hospital, Inc, 741 P2d 467 (Oklahoma 1987) (kalp krizinin mide iltihabı zannedilmesi) ; Scafidi v. Seiler, 574 A2d 398 (NJ 1990) (vakitsiz doğum sancılarının teşhis edilememesi nedeniyle erken doğan bebeğin ölümü).

<sup>329</sup> Hans Stoll, *Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht*, Festschrift für E. Steffen (1995), ss.465-478, künyeli eserden aktaran Abik, Age., ss.241-242.

<sup>330</sup> Daha fazla bilgi için bkz., Abik, Age., s.242.

<sup>331</sup> Kılıçoğlu, Age., s.59.

olmadığı halde müzakereye girişmemek veya müzakereyi sürdürmemek gibi yükümleri hiç veya gereği gibi yerine getirmese, karşı tarafın bundan dolayı uğradığı zararı tazmine mecburdur<sup>332</sup>. Zarar gören kişi de, karşı tarafın kusurlu olduğu bu durumda zararının giderilmesini talep etme hakkına sahiptir<sup>333</sup>.

Culpa in contrahendo sorumluluğu ilk defa Jhering'in "Sözleşme görüşmeleri esnasında kusur veya batıl ya da kurulmamış sözleşmelerde tazminat" isimli eserinde ele alınmıştır.<sup>334</sup>

Önceleri İsviçre Federal Mahkemesi bu sorumluluğun borca aykırılık esasına dayandığını kabul etmiş, Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir. Ancak daha sonra culpa sorumluluğunun<sup>335</sup> uzun zamanaşımı süresine tabi olmasının hukuki güvenliğe aykırı düşeceği gerekçesi ile bu sorumluluk haline haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği yönündeki görüşü benimsemiştir<sup>336</sup>.

Öğretide, culpa sorumluluğunun temelini MK.'un 2/1. maddesinden aldığı ileri süren görüş vardır<sup>337</sup>.

Culpa sorumluluğuna borca aykırılık hükümlerinin uygulanması halinde, zarara sebep olan taraf; kusursuzluğunu ispat ile yükümlü olacak, yardımcı kişi kullanılmış ise, özen yükümünün ihlal edilmediği kanıtlanırsa bile zararın tazmininden kurtulamayacak, üstelik zamanaşımı süresi de zarar verici davranışın vuku bulduğu tarihten itibaren 10 yıl olacaktır<sup>338</sup>.

Hekim-hasta ilişkisinde, hekimin sorumluluğunun temel dayanağı sözleşme ilişkisi ve bu ilişkinin kanun ile düzenlenen hükümleridir. Ancak culpa in contrahendo

<sup>332</sup> Oğuzman/Öz, Age., ss.321-322.

<sup>333</sup> Kılıçoğlu, (*Borçlar*), s.59, Uygur, Age., s. 20.

<sup>334</sup> Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo bei wichtigen oder nicht zur Perfektion gelangen Verträgen*, Jhering Jahrbücher, 4, 1861, 1 vd., künyeli eserden aktaran Eren, Age., s.1084, Uygur, Age., s.20; Culpa in contrahendo kavramı, ilk defa Jhering tarafından ortaya atılmıştır. Jhering'e göre taraflar arasında sözleşme görüşmeleri başlamakla birlikte, onların birbirlerine karşı artan ölçüde özen gösterme yükümleri doğar. Özellikle, diğer tarafı sözleşmeyi kurmak veya belirli şartlarda kurmak konusundaki kararlarında etkileyebilecek noktalar hakkında doğru bilgi vermek, karşı tarafın sahsını ve malını zarardan korumak için tedbirleri almak bu yükümlere dâhil olanların başında gelir.

<sup>335</sup> Kavram için bkz., Eren, Age., s.1084; "*culpa sorumluluğu = Culpa-Haftung*"

<sup>336</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.323, Eren, Age., s.1085 vd, Kılıçoğlu, (*Borçlar*), s.59, Uygur, Age., s.20.

<sup>337</sup> Kılıçoğlu, (*Borçlar*), s.59; Kılıçoğlu, bu görüşlerden haksız fiil sorumluluğu görüşünün daha isabetli olacağını düşünür.

<sup>338</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.324, Kılıçoğlu, (*Borçlar*), s.60; Kılıçoğlu'na göre zamanaşımı hususunda ikili bir ayırım yapmak gerekir. Buna göre; BK. ile düzenlenen sözleşmeler için sözleşme öncesi kusur sorumluluğu halleri söz konusu olduğunda zamanaşımı süresi BK. 125. madde gereği, 10 yıl olmalıdır. Ancak diğer kanunlarla düzenlenmiş yahut kanunla düzenlenmemiş olan sözleşmelerde, sözleşme öncesi kusur sorumluluğu hallerinde BK.'nun 60. maddesinde öngörülen zamanaşımı uygulanmalıdır.

sorumluluğu da hekimin sorumluluğuna yol açacak önemli bir husustur. Eğer hekim sözleşme görüşmelerinden evvel ve fakat kusurlu olarak, hastasının zarar görmesine sebep olursa, bu zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Hekimin culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açacak hallere örnek olarak; uzmanlık alanına girmeyen hususlarda kendisine başvuran hastaya, gerekli teşhis ya da tedaviyi yapabileceği izlenimi vermek, hastayı gereksiz yere cerrahi bir müdahalede bulunmak için ikna etmeye çalışmak, hastanın sağlık durumuyla alakalı yanıltıcı bilgi vermek gibi durumlar gösterilebilir<sup>339</sup>.

### 5.1.3. Hekimin Vekâletsiz İş Görme Hükümlerinden Doğan Sorumluluğu

Hekimle hasta arasındaki ilişki her zaman sözleşme ilişkisi şeklinde kurulmaz. Bazen hastanın hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını engellemek amacıyla hekimler acil müdahalede bulunmak zorunda kalabilirler. Böyle hallerde genellikle hastanın rızasını alma imkânı da yoktur. İşte bu gibi durumlarda aradaki ilişkinin sözleşme temeline dayanmaması ve hastanın aydınlatılmış onamının (rızanın) bulunmaması nedeniyle, hasta-hekim ilişkisine vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır.

Vekâletsiz iş görme, Borçlar Kanunu'nun "vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf" başlığıyla düzenlenen 410 ila 415. maddeleri arasında hükme bağlanmıştır. BK.'nun 410. maddesine göre;

*"Vekâleti olmaksızın başkası hesabına tasarrufta bulunan kimse, o işi sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre yapmağa mecburdur."*

Hekim de, arada bir sözleşme ilişkisi olmadan yapılan müdahalelerde hastanın menfaatini ön planda tutmalı, standart tıp kurallarının uygulanmasıyla ulaşılması muhtemel ve makul sonuca ulaşmak için durumun gerektirdiği özen ve ihtimamı göstermelidir.

Devamında BK.'nun 411. maddesine göre;

*"Başkası namına tasarrufta bulunan kimse her türlü ihmal ve ihtiyatsızlıktan sorumludur."*

*"Şu kadar ki, o kimse işi görülenin uğrayacağı bir zararı önlemek için bu işi görmüşse, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir."*

---

<sup>339</sup> Uygur, Age., ss.21-22.

*“İş sahibinin açıkça ya da üstü kapalıca men'i varken, o kimse bu işi yapmış ve iş sahibinin men'i de kanuna ve adaba aykırı bulunmamış ise kazadan bile sorumlu olur. Meğerki o kimse müdahalesi olmasa bile kazanın meydana geleceğini ispat etsin.”*

Hekim, hastayla arada bir sözleşme ilişkisi olmaksızın hareket ederken, sözleşme ilişkisiyle yüklendiği özen borcundan daha az olmayan bir özen borcunu yerine getirmekle mükelleftir<sup>340</sup>. Hekim, hastayı daha ağır bir zarardan korumak amacıyla dahi olsa tıbbi müdahalede bulunurken, durumun gerektirdiği ve ortalama bir hekimin aynı durum ve koşullar altında göstereceği özeni göstermekle yükümlüdür. Tedavinin hasta tarafından reddedildiği durumlarda, müdahalenin hastanın objektif olarak yararlına olacağı gerekçesiyle hekim tarafından yapılacak müdahale, vekâletsiz iş görme olarak değerlendirilecektir<sup>341</sup>.

Kaldı ki, BK.'nın 415. maddesine göre;

*“İş sahibi yapılan işe icazet verirse, vekâlet hükümleri cari olur.”*

Yani hekim, hastanın rızası olmaksızın, onun menfaatine uygun olarak herhangi bir tıbbi müdahalede bulunur da, sonradan hasta bu müdahaleye onay verirse, bu durumda olaya vekâlet akdi hükümleri kıyasen uygulanacaktır<sup>342</sup>. Ancak hastanın sonradan dahi olsa onay vermediği uygulanmış tıbbi müdahalelerde de akdi sorumluluk hususuna ilişkin BK. madde 96 ve devamı maddeleri uygulama alanı bulacaktır<sup>343</sup>.

Hekimin vekâletsiz iş görmeden mütevellit sorumlu tutulabilmesi iki durumda söz konusu olur. Bunlardan biri hekimin acil durumlardan kaynaklanan sorumluluğudur. Diğeriyse tıbbi müdahalenin genişletilmesi halimde hekimin sorumluluğu hususudur.

### **5.1.3.1. Hekimin Acil Durumlarda Vekâletsiz İş Görmesi**

Hekimin vekâletsiz iş görmeden mütevellit sorumluluğuna sebep olan durumlar farklılık gösterir. Bunlardan biri, acil durumlardır<sup>344</sup>. Acil durumlarda hekimlerin hastalara gerekli tıbbi yardımı sağlamaları kanunla öngörülmüş bir zorunluluktur<sup>345</sup>. Hastanın yaşam tehlikesi içinde bulunduğu haller, acil durum olarak kabul edilmelidir. Yani bu gibi hallerde, hekimin tıbbi müdahalesi gerçekleşmezse hastanın ölüm veya

<sup>340</sup> Fahrettin Aral, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2007a, s.403, Cevdet Yavuz, Burak Özen, Faruk Acar, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul 2007, s.428.

<sup>341</sup> Alkanat, Age., s.180.

<sup>342</sup> Kaya, Agm.

<sup>343</sup> İpekyüz, Age., s.128.

<sup>344</sup> İpekyüz, Age., s.127.

<sup>345</sup> Yılmaz, Age., s.112.

benzeri bir ağır zarara uğrama ihtimali vardır. Bununla birlikte, her somut olaya göre hastanın acil müdahaleye ihtiyacı olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Pek çok trafik kazasında olduğu gibi, ağır surette yaralanmış ve şuurunu yitirmiş olan hastayı kurtarmak ve böylece ağır zarara uğramasını engellemek maksadıyla hastanın rızası olmadan dahi müdahalede bulunan hekim, vekâletsiz iş görmüş olacaktır. Zaten hekimler engel bir mücbir sebep olmadıkça, gerekli tıbbi müdahaleyi yapmakla yükümlüdür (TDN. 3.m)<sup>346</sup>.

Bilinci kapalı bir hastaya, hekimin tıp bilimi kuralları çerçevesinde müdahalede bulunması vekâletsiz iş görmeye bir örnektir<sup>347</sup>. Ayrıca parkta, lokantada, toplu taşıma araçlarında ve benzeri yerlerde birden fenalaşan bir kişiye, o sırada orda bulunan hekim tarafından müdahalede bulunulması da vekâletsiz iş görme hükümlerine göre değerlendirilecektir. Böyle durumlarda, gerçekleştirilen tıbbi müdahale, MK.'un 24/2. maddesi göz önünde bulundurulduğunda hastanın varsayılan rızasına ve üstün özel yararına dayanmaktadır. Müdahalenin haksız fiil olarak değerlendirilememesi de buradan gelir<sup>348</sup>.

### **5.1.3.2. Tıbbi Müdahalenin Genişletilmesi Halinde Hekimin Vekâletsiz İş Görmesi**

Hekimle hasta arasındaki ilişkiye vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek bir diğer durum ise, tıbbi müdahalenin genişletilmesidir. Gerçekten de, yapılan bir ameliyat sırasında hekim, farklı müdahale gerektiren başka bir bulguyla karşılaşmış olabilir. Böyle durumlarda ameliyatın genişletilmesi hekim tarafından hastanın menfaatine uygun olarak zorunlu görülebilir. Ancak hasta ameliyata alınmış ve yeniden, bu kez başka bir müdahale için rıza verebilecek durumda olmayabilir. İşte, hastanın yapılan ameliyat için rıza gösterdiği ve fakat devam operasyonu için rızasının alınmadığı durumlarda (veya varsayılan rızaya dayanarak), hekimin yapacağı yeni tıbbi müdahale vekâletsiz iş görme hükümlerine tabidir<sup>349</sup>.

Burada önem arz eden husus, müdahalenin genişletilmesi kapsamına girecek olan durumların tespitidir. Bir müdahalenin genişletme kapsamında yer alabilmesi için

<sup>346</sup> Kaya, Agm.

<sup>347</sup> Eren, Age., s.566.

<sup>348</sup> Kudret Güven, *Kişilik Hakları ve Ötenazi*, Ankara 2000, s.123, künyeli eserden aktaran Uygur, Age., s.22.

<sup>349</sup> Kaya, Agm., Uygur, Age., s.23.

öncelikle hastanın rıza göstermiş olduğu önceki müdahalenin risklerinden daha büyük riskler taşımaması gerekir. Yani böyle bir müdahalenin yapılmaması, hastanın sağlığını ağır bir zarara uğratacak nitelikte olmalıdır. Ayrıca, hasta yeni yapılan ve eski müdahalenin genişletilmesi sayılan müdahale için rıza verecek durumda olmamalıdır. Bununla birlikte ölüm tehlikesi nedeniyle yapılması zorunlu olmadıkça, önemli organların alınması, genişletilmiş tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmemelidir<sup>350</sup>. Ancak önemli bir organın alınmaması kişinin ölüm tehlikesiyle karşılaşması sonucunu doğuracaksa, bu işlem de tıbbi müdahalenin genişletilmesi kapsamında değerlendirilebilir<sup>351</sup>.

Ayan'a göre hastanın ağır bir zarara uğramasını engellemek maksadıyla tıbbi müdahalede bulunan hekim, BK.'nun 413. maddesine göre yalnız zorunlu ve faydalı masrafları değil, mutad bir tedavi ücretinin de kendisine ödenmesini talep edebilir<sup>352</sup>.

#### 5.1.4. Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu

Hukuk düzeninin önemli addederek hukuki sonuç bağladığı fiillere “hukuki fiil” adı verilir. Bu hukuki fiillerin bir kısmı, hukuk düzeninin makul karşıladığı ve yapılmasına izin verdiği fiillerdir. Biz bu fiillere “hukuka uygun fiiller” deriz. Bir de hukuk düzeninin olumlu karşılamadığı, yani yapılmasını istemediği fiiller vardır ki; bunlara da “hukuka aykırı fiiller” adı verilir<sup>353</sup>. Hukuka uygun fiiller, borç doğurmazlar. Yani bir hukuki fiilin o fiili gerçekleştiren kişi adına borç doğurabilmesi ve bu baptan olmak üzere kişiyi borç altına sokabilmesi için, o fiilin haksız fiil olması şarttır. Fiildeki haksızlık, hukuka aykırılığı ifade eder<sup>354</sup>.

Haksız fiiller, hukuk düzeninin izin vermediği ve hoş karşılamadığı zarar verici eylem ve davranışlardır. Bir kimse haksız bir fiille başkasını zarara uğratırsa, zarar gören kişiye karşı ifa etmekle yükümlü olduğu bir borca aykırı davranmış olmaz. Zira haksız fiili icra eden kişiyle zarara uğrayan kişi arasında herhangi bir borç ilişkisi yoktur. Zaten arada bir borç ilişkisi olsa ve taraflardan biri bu borç ilişkisine aykırı

<sup>350</sup> Kaya, Agm., Yılmaz, Age., s.112.

<sup>351</sup> Yılmaz, Age., s.112.

<sup>352</sup> Ayan, Age., s.114, Uygur, Age., s.23.

<sup>353</sup> Akıntürk, Age., s.77.

<sup>354</sup> Kılıçoğlu, (*Borçlar*), s.192, Akıntürk, Age., s.78.



davranmak suretiyle diğ er tarafı zarara uğ ratsa, bu zarar sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde tazmin edilecektir<sup>355</sup>.

Haksız bir fiille bir başka kimseyi zarara uğ ratan kişiye karşı farklı yasal yollara başvurulabilir. Bu yollar ve dava olanakları (haksız fiilin kişilik haklarını ihlal etmesi halinde) MK.'un 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu ise, haksız fiile ilişkin olarak zarar kavramını ve bu zararın tazminini ö ngö rmü ştür<sup>356</sup>.

MK.'un 24. maddesine göre, bir kimse, başka bir kimsenin kişilik hakkına hukuka aykırı surette saldırırsa zarara uğ rayan taraf hâkimden saldırıda bulunan kişiye karşı korunma altına alınmasını talep edebilir. 25. maddeye göre ise, kişilik hakları saldırıya uğ rayan kişi hâkimden saldırının önlenmesini, devam eden saldırının sona erdirilmesini ve eğer saldırı sona ermekle birlikte etkisi devam ediyorsa saldırının hukuka aykırı olduğ unun tespitini talep edebilir. Sağlık hakkı da kişilik hakkı kapsamında yer aldığı ndan, hekimin tıbbi müdahalesinin hastanın kişilik hakkına yönelmesi ve bu müdahalenin haksız fiil sayılması halinde, hasta hekimden maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilecektir. Ü stelik hekimin haksız fiil sayılan tıbbi müdahalesi neticesinde elde ettiğ i kazanımların, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine iade edilmesini isteme hakkı da vardır<sup>357</sup>.

Haksız fiil sorumluluğ unun bazı şartları vardır. Haksız fiil sorumluluğ unun oluşabilmesi için;

1. Hukuka aykırı bir fiilin varlığı,
2. Bu fiilin zarara sebep olması,
3. Zarara sebep olan fiilin icrasında kusur ve
4. Hukuka aykırı fiille zarar arasında illiyet bağının mevcudiyeti şarttır<sup>358</sup>.

Borçlar Kanunu'nun "haksız muameleden doğ an borçlar" başlığını taşıyan 41. maddesinde, haksız fiilden mütevellit mesuliyetin şartları anlatılmıştır. Buna göre;

*"Gerek kasten gerek ihmal ve tesyeyüp yahut tedbirsizlikle haksız bir surette diğ er kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.*

<sup>355</sup> Reisoğ lu, (*Borçlar*), s.136.

<sup>356</sup> Kılıçoğ lu, (*Borçlar*), s.193.

<sup>357</sup> Eren, Age., s.567.

<sup>358</sup> Reisoğ lu, (*Borçlar*), s.137, Akıntürk, Age, ss.77-79, Kılıçoğ lu, (*Borçlar*), s.194 vd, Karahasan, Age., s.367, Yılmaz, Age., s.105 vd.

*Ahlaka mugayir bir fiille başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.”*

Hekimler de tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken ister bilerek ve isteyerek (kasten), isterse tıp ilmi standartlarının gerektirdiği özen ve ihtimamı göstermede kusurlu olmak suretiyle (ihmal) hastayı zarara uğratmış olsun, hastanın uğradığı bu zararı tazmin etmekle mükelleftir.

#### **5.1.4.1. Hukuka Aykırı Fiilin Varlığı**

Tüm haksız fiil sorumluluklarında olduğu gibi, hasta-hekim arasındaki ilişkide oluşan haksız fiil sorumluluğunda varlığı zorunlu olan unsurlardan biri, hukuka aykırı bir fiilin varlığıdır. Bu sebeple, hekimin haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için tıbbi müdahale şeklinde ortaya çıkan bir fiilin bulunması zorunludur.

Bir fiilin hukuka aykırı sayılabilmesi için, fiili gerçekleştiren kişinin eylemin hukuka aykırı bir eylem olduğunu ve kanunla bir yaptırıma bağlandığını bilmesi gerekmez. Çünkü “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi haksız fiil sorumluluğu için de geçerlidir<sup>359</sup>.

Öğretide fiilin hukuka aykırılığının tespiti açısından başlıca iki nazariye ortaya atılmıştır. Bunlardan biri sübjektif nazariye, diğeri ise objektif nazariye (norm nazariye) dir. Sübjektif nazariyeye göre, bir başkasını zarara uğratan kişinin, zarar verici fiili icra etmeye ilişkin sübjektif bir hakkı, kanuni bir yetkisinin bulunmadığı tüm hallerde, kişinin fiili hukuka aykırıdır. Fransız hukukunda kabul gören bu nazariye, öğretimizde oldukça eleştirilmiştir. Alman, İsviçre ve Türk öğretisinde kabul gören görüş olması bakımından önem arz eden objektif nazariyede ise, hukuka aykırılık objektif hukuk kurallarının ihlalinden kaynaklanmaktadır. Bu nazariyeye göre, haksız fiil suretiyle hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan yahut dolaylı şekilde koruyan emredici hukuk normlarının ihlali olarak ifade bulur<sup>360</sup>.

Bir eylemin hukuka uygun surette gerçekleşmesi, hekimin hukuki sorumluluğuna neden olmaz. Hekimin haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için, yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olması, yani tababet ilmi açısından hatalı tıbbi müdahale sayılması gerekir. Tıbbi müdahalelerde hukuka aykırılık, kişinin haklarına

<sup>359</sup> Kılıçoğlu, (*Borçlar*), s.196.

<sup>360</sup> Mustafa Tiftik, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Ankara 1994, ss.48-49, Karahasan, Age., s.372 vd., Eren, Age., s.545 vd., Uygur, Age., ss.16-17.

saldırıdan kaynaklanır. MK.'un 24, BK.'nun 47. maddeleri kişilik haklarına yönelik haksız saldırıların, hukuki sorumluluğa yol açacağını öngörmektedir. Buradaki "haksızlık unsuru", işlemin hukuka aykırılığını ifade eder. Haksızlık unsuru, kişilik haklarına haklı müdahalelerin olabileceğini ve dolayısıyla haklı müdahalelerin herhangi bir sorumluluğa yol açmayacağını ifade eder. O halde kişilik hakkına bir müdahale olmasına rağmen, bu müdahale haklı bir sebebe dayanıyorsa sorumluluk oluşmayacaktır. Meşru müdafaa bu haklı sebeplerden biri olup, genel bir hukuka uygunluk sebebidir<sup>361</sup>. Bunun dışında kalan diğer hukuka uygunluk sebepleri, MK.'un 24. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmıştır. Bu maddeye göre;

*"Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."*

Hukuka aykırı fiilin ne şekilde meydana geldiği de önem arz eder. Hukuka aykırı fiil, ya müspet (olumlu) bir davranış şeklinde sergilenebilir ya da menfi (olumsuz) davranışlar olarak ortaya çıkar. Bir şey yapmak, bir şey vermek gibi eylemler hukuka aykırı surette cereyan ediyor ve bir kimseyi zarara uğratiyorsa, hukuka aykırı fiil olumlu bir davranış şeklinde gerçekleşmiş demektir. Burada aktif bir eylem vardır. Bir şey yapmama, bir şey yapmaktan kaçınma şeklinde gerçekleşen eylemin hukuka aykırı olarak kişileri zarara uğratması halinde, hukuka aykırı fiil olumsuz davranış şeklinde gerçekleşir. Burada ise pasif kalma şeklinde bir davranış modeli vardır<sup>362</sup>.

Yapmama şeklinde tezahür eden olumsuz davranışın haksız fiil sayılabilmesi için, bu eylemi yapma yükümlülüğünün bulunması gerekir. Zira bu tarz bir yükümlülüğün öngörüldüğü bir kural bulunmadıkça, bir kimse başkası yararına hareket etmekle yükümlü değildir<sup>363</sup>. Hekim-hasta ilişkisi dikkate alındığında hekimin tıbbi müdahaleyi hasta menfaatine gerçekleştirmesi, tıbbi müdahalenin standart tıp bilimi kurallarına uygun surette yapılması, özen yükümlülüğüne uygun tıbbi müdahalede bulunma ve benzeri yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde haksız fiil sorumluluğu hâsıl olacaktır. Burada hekimin yapması gereken şeyi yapmaması şeklinde tezahür eden

<sup>361</sup> Kılıçoğlu, Age., s.10, Akıntürk, Age., s.80, Reisoğlu, (*Borçlar*), ss.130-135.

<sup>362</sup> Eren, Age., s.469 vd., Kılıçoğlu, (*Borçlar*), ss.194-195, Reisoğlu, (*Borçlar*), ss.138-139, Karahasan, Age., ss.169-170.

<sup>363</sup> Kılıçoğlu, (*Borçlar*), s.195, Karahasan, Age., s.370.

bir menfi davranış biçimi vardır. Acil hallerde müdahalede bulunması gereken hekimin, hastaya müdahalede bulunmaması da bu kapsamda değerlendirilir. Hatta söylenebilir ki, diğer haksız fiiller için daha çok olumlu davranış şeklinde gerçekleşen fiil (kişiyi yaralama, eşyasını çalma, hakaret etme), hekim-hasta ilişkisinde hekimin hukuk kurallarından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyerek yapmaktan kaçınması, yapmaması şeklinde menfi bir hareketle gerçekleşir.

Örneğin, hekim kendinden beklenen dikkat ve özeni göstermemek suretiyle hasta organ yerine sağlıklı organı ameliyat ederse, hukuka aykırı davranış menfi şekilde gerçekleşmiş olur. Böyle hallerde hukuka aykırı fiilin hastada maddi ve manevi zarara sebep olması, hekimin sözleşmeyle üstlendiği yükümlerin ihlali sayılabilecek ve sözleşmeye dayanan sorumluluğuna sebep olacaktır. Ancak aynı zamanda hekimin haksız fiil sorumluluğu da oluşacaktır. Hasta uğradığı zararı ister BK. madde.41 ve devamı hükümlerine göre, isterse BK. madde 96 ve devamı hükümlerine göre talep eder<sup>364</sup>.

#### 5.1.4.2. Zarar

Hekimin tıbbi standartlara aykırı şekilde ve hukuk kurallarıyla doğrudan doğruya korunan hastanın kişilik haklarını ihlal ederek, yanlış tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle haksız fiilden ötürü sorumlu tutulabilmesi için, bu müdahalenin hastayı zarara uğratması şarttır. Zarar, kusur ve illiyet bağı kavramları sözleşmeye aykırılık kısmında ayrıntılı şekilde anlatıldığından, burada kısaca üzerinde durulacaktır<sup>365</sup>.

Zarar, kişinin malvarlığında meydana gelebileceği gibi şahıs varlığında da meydana gelebilir. Hekim yanlış müdahalede bulunmasına rağmen hastanın iyileşmesini sağlamış ve fakat hastanın hastaneden çıkışı bu sebeple uzamışsa, zarar hastanın malvarlığında meydana gelmiştir. Ancak hasta, hekimin yanlış müdahalesi ile uzuvlarından birini kaybetmiş olursa, zarar hastanın şahıs varlığında meydana gelmiştir. Bu durum, aynı zamanda malvarlığında da bir takım zararlara sebep olabilir. Haksız fiilin cismani zarara (yaralanma, sağlığın bozulması gibi) yol açtığı haller BK.'nun 46. maddesinde açıklanmıştır<sup>366</sup>.

<sup>364</sup> Uygur, Age., ss.24-25, Demir, Age., s.270.

<sup>365</sup> Bkz., s.112 vd.

<sup>366</sup> Kılıçoğlu, (*Borçlar*), s.209.

Hukuka aykırı fiil neticesinde bir zarar meydana gelmemişse, zaten tazminat istenemez. Haksız fiil sorumluluğunda genel anlamda zarar; mal varlığının hukuka aykırı fiil olmasaydı arz edeceği durumla mevcut durumu arasındaki farktır. Maddi zarar, fiili zarar ve kardan mahrumiyet şeklinde iki kısımda incelenir. Bir eşyanın çalınması halinde veya tedavi giderlerinin ödenmesi halinde kişinin malvarlığında meydana gelen azalma, fiili zarara örnek gösterilebilir. Kardan mahrumiyet ise; bir zaman zarfında, malvarlığında meydana gelebilecek çoğalmanın, hukuka aykırı fiil neticesinde engellenmesi olarak tarif edilebilir. Ticari bir taksinin çarpma sebebiyle uzun süre tamire alınması veya tedaviye alınan bir hastanın uzun süre çalışmamasında durum böyledir. Şahsiyet haklarına (vücut bütünlüğü gibi) yöneltilmiş hukuka aykırı fiiller ile oluşan zarar ise manevi zarar kapsamında değerlendirilecektir. Bu sebeple zarar, manevi tazminat yoluyla giderilecektir. BK.'nun haksız fiil halinde maddi tazminata ilişkin olan 41 ve sonraki maddeleri, manevi tazminat hususunda da kıyasen uygulanacaktır<sup>367</sup>.

#### 5.1.4.3. Kusur

Haksız fiil sorumluluğunda bir diğer unsur; hukuka aykırı fiille başkasını zarara uğratan kişinin kusurudur. Kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeninin kınadığı bir irade veya irade beyanıdır<sup>368</sup>. Hekimler de, yanlış tıbbi müdahaleyle kusurlu olarak hastaları zarara uğratabilirler. Bu halde hekim zarara ister kasti, ister ihmal sonucu sebebiyet versin, zararın giderilmesinden sorumlu olacaktır.

Haksız fiilde kusurun ispat külfeti davacıya aittir<sup>369</sup>. Böylece haksız fiil neticesinde zarara uğrayan hasta, hekimin kusurlu olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, eylemin mahiyetinden, kusurun karine olarak var olduğu şeklinde bir sonuç çıkabilir. Bu hallerde kusurun var olduğunun ayrıca ispat edilmesi gerekmez. Kusursuz olduğunu iddia eden davalı, bunu ispat etmek zorundadır. Mesela, hekim tıbbi müdahale hatasıyla bir kişinin ölümüne sebep olursa burada kusurun var olduğu kabul edilmelidir. Eğer hekim ölümün gerçekleşmesinde kusurlu olmadığını iddia ederse, bunu ispatlamalıdır<sup>370</sup>.

<sup>367</sup> Reisoğlu, (*Borçlar*), ss.135–136, Akıntürk, Age., ss.82–83, Tiftik, Age., ss.51–52.

<sup>368</sup> Reisoğlu, (*Borçlar*), s.136, Akıntürk, Age., ss.81–82.

<sup>369</sup> Karahasan, Age., ss.430, Reisoğlu, (*Borçlar*), s.148.

<sup>370</sup> Karahasan, Age., ss.430-431, Reisoğlu, (*Borçlar*), s.148.

#### 5.1.4.4. İlliyet Bağı

Hekimin yanlış tıbbi müdahaleyle hastayı zarara uğrattığı durumlarda haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için bir diğer şart; yanlış tıbbi müdahale neticesinde hastada husule gelen zarar ile fiil arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Fiil ve zarar arasında illiyet bağının bulunması, zararın bu fiil sonucunda meydana gelmiş olması demektir. Deneyimlere ve hayatın normal akışına göre, oluşan zarar; belli bir fiilin doğal sonucuysa ve bu fiili hekim kusuruyla gerçekleştirdiyse, hastanın zararıyla yanlış tıbbi müdahale arasında illiyet bağının varlığından söz edilebilir<sup>371</sup>.

Tıbbi müdahale açısından haksız fiil sorumluluğu değerlendirildiğinde, müdahalenin kim tarafından gerçekleştirildiği de önem arz eder. Tıbbi müdahale genellikle yetkili sağlık personeline icra edilir. Ancak bazen yetkisiz kişilerce hastaya müdahalede bulunulabilir. Tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin kimlere ait olduğunu ve bu yetkinin hangi şartlar altında kimler tarafından kullanılabileceğini, daha önce anlatmıştık. Eğer hekim olmayan yahut tıbbi müdahalede bulunmak üzere kanunlar tarafından yetkilendirilmiş diğer kişiler dışında bir kimse, tıbbi müdahalede bulunur da üçüncü kişileri bu şekilde zarara uğrattırsa, hukuka aykırı hareketiyle zarara sebebiyet veren yetkisiz kişinin bu zarardan sorumluluğu da, haksız fiil sorumluluğu genel hükümlerine tabidir<sup>372</sup>.

Haksız fiil nedeniyle uğranan zararın giderilmesi maksadıyla açılan tazminat davalarında BK.'nın 60. maddesinde öngörülen bir ve on yıllık zaman aşımı süreleri uygulanır<sup>373</sup>.

#### 5.1.4.5. Haksız Fiilin Aynı Anda Suç Teşkil Etmesi

Haksız fiil, borçlar hukukunun özel hukuk yönüyle ilgilendiği bir konudur. Ancak haksız fiil aynı zamanda ceza hukuku için suç teşkil eder. Bu nedenle haksız fiil neticesinde oluşan zararın giderilmesi borçlar hukukunu, haksız fiilin suça konu olmasındaysa ortaya çıkan failin cezai sorumluluğu hususu ceza hukukunu ilgilendirir. Hem borçlar hukukunun hem de ceza hukukunun kapsamına giren hukuka aykırı fiil üç özellik arz eder. Bunlardan biri, kişinin hukuka aykırı fiilinin sadece haksız fiil olduğu

<sup>371</sup> Eren, Age., s.487 vd., Kılıçoğlu, (*Borçlar*), s. 212 vd., Karahasan, Age., s.441, Akıntürk, Age., ss.83-84, Tiftik, Age., ss.53-55.

<sup>372</sup> Kılıçoğlu, Age., s.10.

<sup>373</sup> Doğan, Age., s.60.

durumlardır. Diğeri ise, hukuka aykırı fiilin sadece suç olduğu durumlardır. Son olarak hukuka aykırı fiil, hem haksız fiil hem de suç şeklinde tezahür edebilir<sup>374</sup>. Hekim-hasta ilişkisinde hukuka aykırı fiilin görünümü genellikle fiilin hem haksız fiil hem de suç sayılması şeklinde olur.

Gerçekten de hekimle hasta ilişkisinde hekimin hukuka aykırı bir fiili söz konusu olur ve bu durum yanlış tıbbi müdahale şeklinde tezahür ederse, genellikle hukuka aykırı davranış hem haksız fiil hem de suç kapsamında değerlendirilir.

Hukuka aykırı bir davranışın hem haksız fiil hem de suç sayılması, borçlar hukuku açısından önemli sonuçlar doğurur. Buna göre, (BK. 53.m) fiil aynı zamanda suç olduğu için kişi hakkında ceza mahkemesinde ceza davası açılmışsa, bu mahkemenin vermiş olduğu karar hukuk mahkemesini bağlamayabilir. Ayrıca suç teşkil eden hukuka aykırı fiil nedeniyle açılacak olan ceza davası için Ceza Kanunu'nun öngördüğü zamanaşımı süresi, haksız fiilde tazminat davası için Borçlar Kanunu'nun öngördüğünden daha uzun bir zamanaşımı süresiye, hukuk davasının zamanaşımı süresi yönünden ceza davasına tabi olup, olmayacağı da önemli bir husustur<sup>375</sup>.

#### 5.1.5. Kusursuz Sorumluluk

Hekimin sorumluluk türlerinden bir diğeri kusursuz sorumluluktur. Bu sorumluluk türünde kurucu unsur, gözetim ve objektif özen ödevinin ihlalidir<sup>376</sup>.

Kusur aranmayan sorumluluk halleri farklı kanuni hükümlerle düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun ile düzenlenen çeşitli kusursuz sorumluluk halleri vardır<sup>377</sup>. Her bir sorumluluk hali, kapsayan kuralın koruma amacıyla sınırlıdır. Bu sınırın dışında kalan zararların tazmini de hükmün uygulama alanı dışında kalacaktır. Zarar, sebep sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilecekse sorumluluğun şartlarının oluştuğunu ispatlanma külfeti<sup>378</sup> hastadadır. Zarar gören hasta, hekimin sebep sorumluluğu nedenlerinden biriyle zararın oluşmasına yol açtığını kanıtlar, buna karşın hekim de sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak herhangi bir sebebin varlığını iddia ederse, bu iddiasını ispatlamak zorundadır. Eğer zarar mücbir sebep veya hastanın yahut üçüncü bir kişinin ağır kusurundan kaynaklanmışsa, bu durumun ispatı da yine hekime

<sup>374</sup> Kılıçoğlu, (*Borçlar*), ss.193–194.

<sup>375</sup> Kılıçoğlu, (*Borçlar*), s.194.

<sup>376</sup> Eren, Age., s.449, Yılmaz, Age., ss.12-13.

<sup>377</sup> Uygur, Age., s.17, Eren, Age., s.452 vd.

<sup>378</sup> İpekyüz, Age., s.126.

düŖecektir. Kusursuz sorumluluk hallerinde zararın tespiti, tazminat miktarının ve Ŗeklinin tayini, yetkili mahkeme ve zamanaŖımı hususları sebep sorumluluğu hallerini dŖzenleyen kanun maddeleriyle aksi öngörŖlmelikçe, Borçlar Kanunu'nun kusura dayanan sorumluluk hükümlerine tabidir (BK. m. 42, 49, 60)<sup>379</sup>.

Ayrıca bu sorumluluk türünde maddi, manevi tazminat veya destekten yoksun kalma davaları, hekimin hatalı tıbbi müdahalesi nedeniyle zarara uğrayan hasta, hasta sahipleri veya onların yasal mirasçuları tarafından açılabilir. Bu davalar, birlikte açılabileceği gibi ayrı ayrı da açılabilir. Maddi tazminat davaları, kişilerin uğramıŖ oldukları maddi zararların giderilmesine yöneliktir. Bu tazminat türü, hekimlik uygulamalarından zarar gören kişilerin belirli ve kanıtlanmış zararlarının karşılığıdır. Muhtemel (gerçekleşme olasılığı olan) zararlar ise maddi tazminata dayanak oluşturmaz. Maddi tazminatların tutarı genellikle bilirkişilerce objektif ölçülere uygun olarak saptanır.<sup>380</sup>

#### **5.1.5.1. BK. Madde 100 Kapsamında Hekimin Sorumluluğu**

Kusursuz sorumluluk hallerinden hekimin sorumluluğuyla ilgili olanların kanundaki tezahürüne bakacak olursak, hekimin yardımcı kişinin fiilinden kaynaklanan sorumluluğu bu kapsamda değerlendirilebilir. Eğer hekim, hekimlik sözleşmesi çerçevesinde ve tedavinin herhangi bir aşamasında yardımcı şahıs kullanmış ve hasta bu şahısların yanlış tıbbi müdahalesi sonucunda zarara uğramışsa, hekim; B.K'nun 100. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulacaktır. B.K'nun "muavin şahısların mes'uliyeti" alt başlığını taşıyan 100. maddesine göre;

*"Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisiyle beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mes'uldür.*

*Bunların fiilinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukaveleyle tamamen veya kısmen bertaraf edebilir.*

<sup>379</sup> Oğuzman/Öz, Age., ss.588-589.

<sup>380</sup> Çolak, Age, ss.48-53, Oğuzman/Öz, Age., s.589.



*Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukaveleyle ancak hafif bir kusurdan mütevellit mes'uliyetten kendisini beri kılabilir.”*

Hekim tıbbi müdahale esnasında yardımcı kişi kullanılabilir. Bazen bu muayene, teşhis ve tedavi sürecinde asistan, hemşire, laborant, narkozitör gibi üçüncü kişilerin yardımını isteme şeklinde kendini gösterirken, bazı hallerde kendisi yerine bir başka hekimi ikame etmek şeklinde gerçekleşir. Birinci olasılıkta hekimin, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, hekim ve zarar veren yardımcı kişi arasında adam çalıştırma (istihdam) ilişkisinin varlığı ve zararın da hizmetin görülmesi esnasında ve hizmetle ilgili olarak gerçekleşmiş olması gerekir. İkinci halde ise, hekimin bir başka hekime görev vermesi söz konusudur ki bu halde, diğer hekimle ya alt hekimlik sözleşmesi (*Unterarztvertrag*) yapması ya da ikame hekimlik (*Ersatzärztlich*) sözleşme ilişkisi kurulması gerekmektedir<sup>381</sup>.

Alt hekimlik ve ikame hekimlik sözleşmeleri kaynağını vekâlet akdinden alır. Aslında vekil kendisine verilen işi bizzat kendisi yerine getirmelidir. Ancak BK.'nın 390/3. maddesi vekili üç durumda üstlendiği işi bizzat yapma külfetinden kurtarmıştır. Buna göre eğer vekil sözleşme ile bir başkasını vekil olarak atamaya yetkili kılınmışsa veya işi başka birine yaptırmak zorunda kalmışsa yahut başkasını vekil olarak atayabilmesine ilişkin bir gelenek varsa, artık vekil üstlendiği işi bizzat yapmak zorunda kalmaz. Vekilin üstlenilen işi görmesi için atadığı kişiye “alt vekil” adı verilir. Müvekkil ise ancak kendisinin vekile karşı ileri sürebileceği hakların alt vekil tarafından da yerini getirilmesini isteyebilir<sup>382</sup>.

Vekilin, vekâletin konusuna giren bazı işlerin ifasını başka bir kişiye bıraktığı durumlardan ikincisi ikame vekâlettir. İkame vekâlette, alt vekâletten farklı olarak asıl vekil ile onun yerine işi görmeyi üstlenen vekil arasında herhangi bir vekâlet ilişkisi doğmaz. Vekâlet ilişkisi müvekkil ile sonraki vekil arasında kurulur. Ancak ikame

<sup>381</sup> Eren, Age., s.1027 vd., Ayan, Age., s.66 vd., Demir, Age., s.239.

<sup>382</sup> Aydın Zevkliler, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Ankara 2004, s.369.

vekâlet için öne çıkan en mühim husus –aksi kararlaştırılmadıkça- ilk vekilin işin görülmesindeki ikameye rağmen müvekkile karşı sorumluluğunun devam etmesidir<sup>383</sup>.

Nitekim alt hekimlikte, asıl hekimle alt hekim arasında ayrı bir sözleşme ilişkisi kurulur ve hasta bu sözleşmeye taraf değildir. Bu sözleşme vekâlet sözleşmesidir<sup>384</sup>. Ancak, hastayla birinci hekim arasındaki hekimlik sözleşmesi her halükarda varlığını sürdürür. İkame hekimlikte ise, ikame edilen hekimle hasta arasında yeni bir hekimlik sözleşmesi kurulmuş olup; aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, hastaya karşı asıl hekimin de sözleşmesel sorumluluğu, -eğer aradaki ikame hekimlik ilişkisi hukuken caiz ise- devam eder. İkame hekimliğin caiz olduğu bazı durumlar vardır. Öncelikle hasta tıbbi müdahalenin ikame hekim tarafından yerine getirilmesine ilişkin rıza vermek zorundadır. Ancak hastanın rızasının alınamayacağı acil durumlarda ikame hekimin müdahalesi için hastanın rızası aranmaz. Bunun dışında hekimlik mesleğine özgü örf ve âdetin gereğinin yapılması ya da asıl hekimin aniden rahatsızlanması gibi kişisel zorunluluk yaratan haller ve koşulların gerçekleştiği durumlarda da ikame hekimlik ilişkisi uygulanabilir<sup>385</sup>. Bu gibi hallerde asıl hekimin sorumluluğu, yerine geçecek hekimi seçme ve ona talimat vermede özenli hareket etmeyle sınırlıdır (BK. 391/2.f). Bu üç halin dışında kalan, yani yetkisizce yapılmış olan ikame durumlarında hekim, ikame ettiği hekimin eyleminden sanki kendisi yapmış gibi, ağır bir sorumluluk altında bırakılmıştır. (BK. 391/1)<sup>386</sup>

Bazen hekimler tıbbi müdahalede yardımcı insan gücünden başka makinelerden de faydalanabilirler. Tıbbi müdahalede kullanılan makinelerden dolayı hekimin

<sup>383</sup> Yavuz/Özen/Acar, Age., s.431, Ayan, Age., s.155, alt vekalet ve ikame vekalet hususlarını bilhassa özel hastane işleticisi, hekim ve hasta arasındaki ilişkilere de uygulamak mümkündür. Ayrıca bkz., Erol, Age., s.129.

<sup>384</sup> Erol, Age., s.127, alt vekalet ilişkisinin mevcut olduğu bu durumda hekim kendi adına diğer bir hekimle bu sözleşmeyi akdeder. Böylece hasta ile arasındaki hekimlik sözleşmesi ile yüklendiği şahsen yerine getirmesi önem arz eden edimler için bunların tamamının yahut bir kısmının gerçekleştirilmesinin ikinci hekime bırakılması söz konusudur. Alt vekâlet ilişkisinde ilk hekim ve hasta arasındaki hekimlik sözleşmesi devam eder. Bunun dışında ilk hekim ile ikinci hekim (veya diğer sağlık personeli) arasında tıbbi müdahalenin yapılması konusunu kapsayan ikinci bir sözleşme ilişkisi kurulur. Ancak bu durumda hasta ile ikinci hekim arasında sözleşmeye dayalı herhangi bir ilişki kurulmaz. Hekimlerin tıbbi müdahalede bulunulmasını bir başkasına bıraktığı durumlardan bir diğeri de ikame vekâlet ilişkisidir. Bu ilişkide ise hekim hasta ile yapılan hekimlik sözleşmesinden aldığı tıbbi müdahalede bulunma yetkisini tamamen yahut bir kısmını kapsar şekilde bir başka hekime devreder. Bu sebeple ikame vekâlet ilişkisinde vekilin yerine bir başkasının geçmesi söz konusudur. Ancak alt vekâlet ilişkisinde vekilin vekili vardır. İkame vekâlet ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda ilk hekim ile ikinci hekim arasında vekâlet ilişkisi yoktur.

<sup>385</sup> Hastanın başvurduğu hekimin hastayı iç hastalıklar mütehassısına yönlendirmesinde durum böyledir.

<sup>386</sup> Ayan, Age., s.70, Demir, Age., s.240.

sorumluluğu, yakın zamanlarda ön plana çıkmış olup gittikçe ehemmiyet kazanmıştır. Bilhassa teknolojik gelişmelerin tıp ilminde de baş döndürücü şekilde uygulanması, bu sorumluluğun ortaya çıkışını bir yerde zorunlu kılmıştır. Bu alanda Fransız hukuku önderlik edici niteliktedir. Fransa'da hekimin ve hastanenin sorumluluğu alanında sözleşme sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğunun yerini alırken, makinelerin bozuk olması ve gerektiği gibi çalışmaması halinde, eşyanın fiilinden dolayı eşyanın gözeticisinin kusurlu olduğu yönünde Code Civil m. 1384 uygulanmaktadır<sup>387</sup>.

Alman hukukunda ise makinenin bozuk olması halinde sorumluluk, farklı esaslara tabidir. Federal Mahkeme makinenin gerektiği gibi çalışmaması nedeniyle hastanın zarara uğraması durumunda, BGB.'nin imkânsızlığa ilişkin 282. maddesini uygulamakta ve makinenin düzgün çalışmamış olması durumunda kusura ilişkin ispat yükünü tersine çevirmektedir. Münster'deki "Hüffer Stift" olayında böyle olmuştur. Daha yeni bakımdan geçmiş bir narkoz aygıtı, inşaat çalışmaları süresince koridora terk edilmiş, aygıt yeniden çalıştırılmaya başlandığında, oksijen sevk eden hortumda tıkanıklık ortaya çıkmış ve aygıtı kullanan asistan, aygıtı otomatik devreden elle kullanma devresine gereken sürede geçirememiş, bu süre içinde arızayı mekanik yolla düzeltmeye çalışırken hasta oksijen yetersizliği yüzünden ağır zarara uğramıştır. Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin aksine Federal Mahkeme, kusur açısından ispat yükünü tersine çevirmiştir<sup>388</sup>.

Ülkemizde ise tıbbi müdahale sırasında kullanılan makine ile sair aygıt ve bunların kullanımında, saklanması ve bakımında meydana gelen hatalarda sağlık personelinin sorumluluğuna ilişkin bir kanuni düzenleme henüz mevcut olmadığından, bu tarz aygıtların kullanımının da, hekimin yardımcı kişi kullanması kapsamında değerlendirilmesi ve şartlarının oluşması halinde BK.'nun 55 ve 100. maddelerinin olaya kıyasen uygulanması yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Ayrıca bu husus Alman hukukunda gittikçe taraftar toplayan bir görüş olması itibariyle, otomatik veya elektronik makine kullananların borcun ifası sırasında bu

<sup>387</sup> Erwin Deutsch, *Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu*, (Çev: İrfan Yazman), Erişim: 12.05.2010, www.ankara.edu.tr.

<sup>388</sup> Erwin Deutsch, Agm.

makinelelerin hatalı kullanımının sebep oldukları zararlardan dolayı yardımcı kişi gibi sorumlu tutulmaları kapsamında değerlendirilebilir<sup>389</sup>.

---

<sup>389</sup> Oğuzman/Öz, Age., s.386.

## ALTINCI BÖLÜM

### HASTA HAKLARI VE HEKİMLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hekim ve hasta arasında kurulan ilişki karşılıklı hak ve yükümlülükleri kapsayan hukuki bir ilişkidir. Bu ilişkiden kaynaklanan haklar ve yükümlülükler kimi zaman kanunlarla kimi zaman da diğer hukuk kurallarıyla düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır. Bu hak ve yükümlülükler hekim ve hasta arasında sadece sözleşme ilişkisinin olduğu durumlarda değil, sözleşme ilişkisi olmasa dahi mevcut olduğundan ve kaynağını bizzat hukuk kurallarından aldığından, konu hekimlik sözleşmesi bölümü dışında incelenmiştir.

#### 6.1. GENEL OLARAK HASTA HAKLARI

Her şeyden önce hasta hakkı, bir insan hakkıdır. Temel hak ve hürriyetler hususunda kullanılan en kapsamlı kavram, insan hakkı kavramıdır. Bu cihetle insan hakkı;

*“İnsan değerini koruyan ve insanın, hem maddi hem de manevi varlığının gelişimini amaçlayan, üstün nitelikli kurallar bütünüdür.”<sup>390</sup>*

Hasta hakları insanın insan olma vasfından kaynaklanan bu temel hak kapsamında; dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilemez olması açısından ilk sıralarda yer alır. Hasta hakkı kavramı da sağlık kavramı gibi tıbbi ve temel bir kavramdır. Sağlık, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun’un 2. maddesinde, Dünya Sağlık Örgütünün yaptığı tanıma paralel olarak;

*“Yalnız hastalık veya maluliyetin yokluğu olmayıp, beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali”*

olarak tanımlanmıştır. Sağlık hakkı ise öğretilerde; “kişinin hastalıklar karşısında korunmayı ve hastalık vukuunda tedavi edilmeyi, iyileştirilmeyi, tıbbi bakım görmeyi, devletten isteyebilme hakkı” olarak ifade edilmiştir. Sağlık hakkı günümüzde birçok evrensel metinde yerini almış ve güvenceye bağlanmıştır<sup>391</sup>.

<sup>390</sup> Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 17, Ankara 1995, s.19.

<sup>391</sup> Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi’ nin 25. maddesinde “herkesin kendisine ve ailesine sağlık sağlayacak bir yaşam standardına sahip olma hakkına sahip olduğu” belirtilmiş, Çocuk

Hasta haklarının tanımı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde yapılmıştır. Şöyle ki hasta hakları;

*“Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olma sebebiyle sahip buldukları ve T.C Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan hakları”*

ifade eder. Hasta Hakları Yönetmeliği aynı zamanda tüm hasta haklarını ayrıntısıyla düzenleyen tek mevzuattır<sup>392</sup>.

Ülkemizde hasta haklarına ilişkin ilk normatif düzenleme 1960 yılında çıkarılan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi olmuştur. Hasta ve hekim arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen ilk yazılı belge olması açısından ehemmiyet arz eden Nizamnamenin 2. maddesi, hekimlerin ve dış hekimlerinin başta gelen vazifesinin insan sağlığı, hayatı ve şahsiyetine ihtimam göstermek olduğunu belirtir. Hekimler; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne şekilde olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir. Nizamnamenin 4. maddesine göre hekimler, meslek veya sanatlarının icrası sebebiyle vakıf oldukları sınırları, kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olmadıkça ifşa edemezler. Tıbbi toplantılarda sunulan yahut yayınlarda konu edilen vakalarda ise hastaların kimlik bilgileri açıklanamaz. Devamında beşinci madde, hastanın hekimini serbestçe seçme hakkını düzenler. Altıncı maddede, hekimin sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket etmesi gerektiğinden ve hekimlerin uygulayacakları tedaviyi tayinde serbest olduklarından söz eder<sup>393</sup>.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 1960 yılında ilk haliyle yürürlüğe girmesinden sonra, 1998 yılının Ekim ayında Türk Hekimler Birliği 47. kongresinde “Hekimlik ve Meslek Etiği” ismiyle nizamnameyi gözden geçirerek tekrar düzenlemiştir<sup>394</sup>. Hasta haklarını dağınık halde farklı normatif metinlerde bulunmaktan kurtaran disiplinli ilk çalışma; Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 1998 yılının Ağustos

---

Hakları Sözleşmesinin 24. maddesinde “çocukların en yüksek derecede sağlık ve hastalıkların tedavisi için oluşturulan kurumlardan faydalanma hakkına sahip olduğu” hükme bağlanmıştır.

<sup>392</sup> Hakeri, Age., s.46, M. Savaş Bayındır, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1-2), 2007, ss.551-589.

<sup>393</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, (1.2.3.4.5.6. m), R.G., T.19.02.1960–10436.

<sup>394</sup> Aydın, Age., ss.297-326.

ayında Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkmıştır. Yönetmelik, dokuz bölüm ve elli bir maddeden müteşekkildir. Yönetmeliğin amaç üst başlıklı 1. maddesinde belirtildiği üzere bu yönetmelik, temel insan haklarının sağlık hizmetleri sahasındaki yansıması olan ve başta T.C Anayasasında, diğer mevzuatta ve milletlerarası hukuki metinlerde kabul edilen hasta haklarını somut olarak göstermek ve sağlık hizmeti verilen bütün kurum ve kuruluşlarla sağlık kurum ve kuruluşları dışında sağlık hizmeti verilen hallerde, insan haysiyetine yakışır şekilde herkesin hasta haklarından faydalanabilmesine, hak ihlallerinden korunabilmesine ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesine dair usul ve esasları düzenlemek amacıyla hazırlanmıştır. (HHY. 1.m) Bu sebeple hasta hakları incelenirken çalışmamızda daha çok Hasta Hakları Yönetmeliği esas alınmıştır.

#### **6.1.1. Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı (6.m)**

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı başlıklı ikinci bölümü, sağlık hizmetlerinden adalete ve hakkaniyete uygun olarak faydalanma hakkını içerir. Hastalar, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlıklı yaşamının teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dâhil olmak üzere, sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir.

#### **6.1.2. Bilgi İsteme Hakkı (7.m)**

Hasta, sağlık hizmetlerinden nasıl faydalanabileceği konusunda bilgi isteyebilir. Bu hak, hangi sağlık kuruluşundan hangi şartlara göre faydalanılabileceğini, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından verilen her türlü hizmet ve imkânın neler olduğunu ve müracaat edilen kuruluştaki verilen sağlık hizmetlerinden faydalanma usulünü öğrenme haklarını da kapsamaktadır. Bu sebeple hastaneler, hastaları bilgilendirmek maksadıyla birimler kurmak zorundadırlar. Ayrıca bu birimler hastaya kesin ve yeterli bilgi verebilecek nitelik ve ehliyete sahip personeli daimi olarak istihdam etmek ve hastanın ihtiyacı olan birimlere kolayca ulaşabilmesini temin etmek üzere, kuruluşun uygun yerlerinde bilgilendirici tabela, broşür ve işaretler bulundurmaları gibi tedbirleri almalıdır.

Sağlık kuruluşlarının, sunmakta oldukları sağlık hizmetleri ve bunlardan yararlanma şartları hususunda önceden hasta ve hasta yakınlarını bilgilendirmek üzere, kolay erişilebilir ve anlaşılabilir şekilde kapsamlı bir tanıtım yapmakla yükümlü olması, rızanın aydınlatılmış olmasına da hizmet edecek önemli bir uygulamadır. Bu tanıtım ve

bilgilendirmede yapılacak hata ve eksiklikler, bilhassa özel hastanelerde sağlık hizmeti veren hekimler ile hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisi bakımından tipik bir “sözleşme öncesi kusurlu davranış” (culpa in contrahendo) sayılabilir<sup>395</sup>.

Aslına bakılırsa sağlık hizmetleri alanında hizmetin alıcısı durumunda bulunan hastalar, hastalıklarının özellikleri, riskleri, uygulanacak tedavi yöntemlerinin yarar ve sakıncaları gibi konularda genellikle yeterli bilgiye sahip değildirler. Bu nedenle ehil kişi tarafından bilgilendirilmeleri önem arz eder. Kamu hastanelerindeki iş yoğunluğu ve memur yaklaşımı nedeniyle bu bilgilendirme hizmetinin özel hastanelere göre daha yetersiz olduğu söylenebilir. Fakat özel hastanelerde kamu hastanelerine göre daha fazla vakit ayrıldığını düşündüğümüz bilgilendirmenin, ne ölçüde gerçek bir bilgi aktarımına dayalı olduğunu, hasta ve yakınının memnuniyet algısının tatminine yönelik olup, olmadığını ölçmek gerçekten güçtür. İster kamu hastanelerinde, isterse özel hastanelerde olsun, uzman sağlık personeli hastanın yetersizlik ve donanımsızlığından yararlanmak suretiyle “görünüşte bir bilgilendirme” veya “bilgilendirmiş görünme” ile yetinebilmektedir<sup>396</sup>.

Hasta için hak olan bilgilendirilme, hekimlerin temel yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Hekimler, bilgilendirme işleminin zorlayıcı ve yönlendirici olmamasına özen göstermelidir. Bu sebeple bilgilendirmenin hastanın özerkliğine saygı gösteren, kendi yaşamını kendisinin belirlemesini sağlayacak şekilde tarafsız ve objektif davranabilen bir hekim tarafından yapılması gerekmektedir. Paternalist (babacıl) hekim<sup>397</sup> tipinin, günümüzde hastanın özerkliğini kısıtladığı varsayılmaktadır. Ancak hekimlerin yarıya yakınının, açıklanması gerektiği halde hastaların tedaviyi reddetmesine sebep olabilecek bilgilerin saklı kalması yönünde görüş sahibi olduğu ve neredeyse tamamı yakınının (% 90,6) hasta adına en iyi kararın kendisi tarafından değil

<sup>395</sup> Yahya Deryal, “Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 2006, ss.92–101.

<sup>396</sup> Deryal, Age., s.96.

<sup>397</sup> Elif Atıcı, “Hasta – Hekim İlişkisi Kavramı”, *Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, S.33(1), 2007, ss.45–50; Etkinlik-edilgenlik temeline dayanan bu ilişki, ebeveyn-çocuk arasındaki ilişkiye benzetilebilir. Bu ilişki ataerkil, babacıl, paternalistik ilişki olarak da adlandırılmaktadır. Böyle bir ilişkide hekim, “teknokrat” yaklaşım içerisindedir. Paternalist hekim hasta adına ve hastanın onamı olmaksızın tıbbi müdahalede bulunmakta, bunu yaparken müdahalenin hastanın iyiliği ve yararı için olduğu varsayılmaktadır. Mesela komada ya da genel anestezi etkisinde olunan hallerde olduğu gibi bilinci kapalı durumdaki (tam anlamıyla edilgin durumda) hastayla kurulan tıbbi müdahale amaçlı ilişki hekim açısından paternalist niteliktedir.



ve fakat hekim tarafından verilebileceğine inandığı yönündeki tespitler, bugün hâlâ hastaya yaklaşım konusunda hekimler arasında paternalist hekimlik anlayışının yaygın şekilde kabul edildiğini ortaya koymaktadır<sup>398</sup>.

Hasta, kendisine hizmet veren sağlık personelinin kimliği ve mesleki durumuyla sağlık hizmeti veren kurumda tedavi görmek amacıyla kalacağı sürede uyması gereken kurallar ve rutin işlemler konusunda bilgilendirilmelidir. Bilgilendirme, kliniklere ve hastane girişlerine asılacak panolarla yapılabildiği gibi, hazırlanmış broşürlerin dağıtılması şeklinde de olabilir. Bu konuda, yetiştirilmiş yeterli elemanı olan kurumlarda, hastayla karşılıklı görüşme ile bu bilgiler aktarılabilir. Ayrıca taburcu olurken hastalara, yapılan işlemleri içeren epikriz (çıkış özeti) verilmesi de bilgilendirme kapsamında değerlendirilmelidir<sup>399</sup>.

### **6.1.3. Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değiştirme Hakkı (8.m)**

Hastalar, tabi olduğu mevzuatın öngördüğü usul ve şartlara uyulması kaydıyla sağlık kurum ve kuruluşunu seçme ve seçtiği sağlık kuruluşunda verilen sağlık hizmetinden faydalanma hakkına sahiptir. Mevzuatla belirlenmiş sevk sistemine uygun olmak şartıyla hasta, sağlık kuruluşunu değiştirebilir. Ancak, kuruluşu değiştirmenin hayati tehlikeye yol açıp, açmayacağı ve hastalığının daha da ağırlaşp, ağırlaşmayacağı hususlarında hastanın hekim tarafından aydınlatılması ve hayati tehlike bakımından sağlık kuruluşunun değiştirilmesinde tıbben sakınca görülmemesi esastır.

### **6.1.4. Personeli Tanıma, Seçme ve Değiştirme Hakkı (9.m)**

Hastanın talebi üzerine, kendisine sağlık hizmeti verecek veya vermekte olan hekimlerin ve diğer personelin kimlikleri, görev ve unvanları hakkında bilgi verilebilir. Ayrıca mevzuatla belirlenmiş usullere uyulmak şartıyla hastaların, kendisine sağlık hizmeti verecek olan personeli serbestçe seçme, tedavisiyle ilgilenen hekimi değiştirme ve başka hekimlerin konsültasyonunu (görüşünü) isteme hakkı da vardır.

### **6.1.5. Öncelik Sırasının Belirlenmesini İsteme Hakkı (10.m)**

Sağlık kuruluşunun hizmet verme imkânlarının yetersiz veya sınırlı olması sebebiyle sağlık hizmeti talebi zamanında karşılanamayan hallerde, öncelik hakkının

<sup>398</sup> *Mustafa Uysal, Hasta Hakları ve Hasta Bilgilendirmenin Önemi*, Erişim: 12.05.2010, <http://www.konyadogumevi.gov.tr/-makaleler/m.uysal/hasta%20haklari.pdf>.

<sup>399</sup> Uysal, Agm.

tıbbi ölçütlere dayalı ve objektif olarak belirlenmesini istemek hakkı hastanın bir diğer hakkı olarak 23420 sayılı Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Ancak acil ve adli vakalar ile yaşlılar ve özürllüer hakkında öncelik sırasının belirlenmesinde ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.

#### **6.1.6. Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım Hakkı (11. m)**

Hastalar, hekimlerden modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhislerinin konulmasını, tedavilerinin yapılmasını ve nitelikli bakım istemek hakkına sahiptir. Tababet ilminin genel ilkelerine ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkındaki Kanun'nun 27. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metotlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde kâfi derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması halinde ve fakat ancak hastanın rızasının bulunması şartı ile bilinen klasik tedavi metotları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen klasik tedavi metodu dışında bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağı ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır. Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağı mutlak olarak öngörülmesi halinde uygulanabilir<sup>400</sup>.

#### **6.1.7. Sağlık Durumuyla İlgili Bilgi Alma Hakkı (15.m)**

Tüm hastalar, sağlık durumlarını, kendilerine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncalarını, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri hakkında sözlü veya yazılı olarak bilgi isteme hakkına sahiptir. Sağlık durumuyla ilgili gereken bilgiyi bizzat hasta isteyebileceği gibi, hastanın küçük veya temyiz kudretinden yoksun yahut kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi de isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Ancak gerek görülen hallerde, yetkinin belgelendirilmesi istenebilir.

---

<sup>400</sup> Özyurt, Age., s.7.

### **6.1.8. Kayıtları İnceleme Hakkı (16.m)**

Hasta, sağlık durumuyla ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtasıyla inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Ve fakat bu kayıtlar sadece, hastanın tedavisiyle doğrudan ilgili olan kişiler tarafından incelenebilir.

### **6.1.9. Kayıtların Düzeltilmesini İsteme Hakkı (17.m)**

Hasta, sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihayetinde sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini talep edebilecektir.

### **6.1.10. Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı (25.m)**

Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetme yahut durdurulmasını isteme hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veya yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekmektedir. Ancak bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.

### **6.1.11. Güvenliğin Sağlanması Hakkı (37.m)**

Diğer haklar başlıklı yedinci bölümde düzenlenen güvenliğin sağlanması hakkı; herkesin, sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik içinde olmayı bekleme ve bunu isteyebilme hakları olarak, bizzat kanun ile tanımlanmıştır. Tüm sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların, ziyaretçi ve refakatçi gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.

### **6.1.12. Dini Vecibeleri Yerine Getirebilme ve Dini Hizmetlerden Yararlanma Hakkı (38.m)**

Sağlık kurum ve kuruluşlarının imkânları ölçüsünde hastalara dini vecibelerini serbestçe yerine getirebilmeleri için gereken tedbirler alınmalıdır. Kurum hizmetlerinde aksamalara sebebiyet verilmemesi, başkalarını rahatsız etmemek ve personelce düzenlenip yürütülen tıbbi tedaviye hiç bir şekilde müdahalede bulunulmamak şartıyla hastalara dini telkinde bulunmak ve onları manevi yönden desteklemek üzere talepleri

olması halinde, dini inançlarına uygun olan din görevlisi davet edilir. Bunun için, sağlık kurum ve kuruluşlarında uygun zaman ve mekân belirlenmeli, ifadeye muktedir olmayıp da dini inancı bilinen ve kimsesiz olan agoni halindeki (ölmek üzere olan) hastalar için de, talep şartı aranmaksızın, dinî inançlarına uygun olan din görevlisi çağırılmalıdır.

#### **6.1.13. İnsani Değerlere Saygı Gösterilmesi ve Ziyaret Hakkı (39.m)**

Hastalar, kişilik değerlerine uygun bir şekilde ve ortamda sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkına sahiptir. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde görev alan tüm personel; hastalara, yakınlarına ve ziyaretçilere güler yüzlü, nazik, şefkatli ve sağlık hizmetleri ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde davranmak zorundadır. Sağlık kurum ve kuruluşlarında, insan haysiyetine yakışır şekilde, gereken her türlü sıhhi koşulun sağlanması, gürültünün ve rahatsız edici diğer bütün etkenlerin bertaraf edilmesi esastır. Gerektiğinde, bu hususların hasta tarafından talep konusu yapılmasında herhangi bir mani yoktur. Ayrıca hasta ziyaretçilerinin kabul edilmesi, kurum veya kuruluşça belirlenen usul ve esaslara uygun olarak ve hastaların huzur ve sükûnlarını bozacak fiil ve tutumlara sebebiyet vermeyecek şekilde gerçekleştirilir.

#### **6.1.14. Refakatçi Bulundurma Hakkı (40.m)**

Hastalar, muayene ve tedavi sırasında yardımcı olmak üzere; mevzuatın ve kurum imkânlarının elverdiği ve hastanın sağlık durumunun gerektirdiği ölçüde, tedaviden sorumlu olan hekimin uygun görmesine bağlı olarak, refakatçi bulundurulmasını isteyebilirler.

#### **6.1.15. Müracaat, Şikâyet ve Dava Hakkı (42.m)**

Hastanın ve hastayla ilgili bulunanların, hasta haklarının ihlali halinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikâyet ve dava hakları mevcuttur. Bugün ülkemizde hastaların şikâyetlerini hastanelerde kurulan “hasta hakları birimleri” çözüme kavuşturmakta, bu birim tarafından çözüm üretilmediği hallerde Hasta Hakları Kurullarında şikâyetler değerlendirilmektedir.

Ceza hukuku açısından şikâyete bağlı bir suç hekim tarafından icra edilmişse ve hasta şikâyet hakkını kullanmayıp, gerekli kovuşturmanın başlamasını sağlamamışsa hekim sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>401</sup>.

---

<sup>401</sup> Hakeri, Age., s.63.

## **6.2. HEKİMLERİN HEKİMLİK MESLEK ETİĞİ KURALLARINA GÖRE YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

Hekimlerin meslekleriyle ilgili sorumlulukları ve yükümlülükleri yerine getirmeleri gerekmektedir. Bir hekimin görev bilinciyle hareket etmesi de her şeyden önce vicdani temele dayanır. Bu sebeple hekimler yükümlülükleri hakkındaki düzenlemeler hususunda da gerekli bilgi ve donanımına sahip olmalıdır.

Bu amaçla ilk incelememiz, Türk Hekimler Birliği'nin 1998 yılının Eylül ayında kabul etmiş olduğu Hekimlik Meslek Etiği Kuralları içinde yer alan bir takım düzenlemeler olacaktır. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 5. maddesi, hekimlerin öncelikli görevlerini genel olarak izah etmiştir. İkinci bölümün hekimlerin görev ve sorumlulukları üst başlıklı 5. maddesinde, hekimlerin öncelikli görevlerinin hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirip, hastaları iyileştirmeye çalışarak, insanın yaşamını ve sağlığını korumak olduğu belirtilmiş, ayrıca hekimlerin meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi öncelikli ödevi kabul edilmiştir. Hekimler, bu yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirebilmek için tıbbi gelişmeleri yakından izlemelidir.

### **6.2.1. Evrensel Tıp Etiği İlkelerine Uyuma Yükümlülüğü (6.m)**

Hekimler görevlerini yerine getirirken, evrensel tıp etiği kurallarına uygun hareket etmek zorundadırlar. Bu kurallar yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik olmak üzere dört temel başlıktan oluşur.

Tıp etiği iki bin yıllık mazisi olan, tıbbi hizmetlerin verilmesinde ana noktayı oluşturan ve bugün dünyada evrensel olarak kabul edilmiş ilkeler bütünüdür. Modern sağlık hizmetlerinin karmaşık ve çok boyutlu etik ikilemlerin doğmasına yol açtığı günümüzde, hekimlerin etik anlayışlarını ve uygulamalarını güçlendirmek amacıyla bugün tüm tıp fakültelerinde bu isim altında okutulan bir ders olarak önem arz etmektedir. Zira hekimlerin etik sorumluluğu, hekim olma vasfının kazanılmasıyla kaybetmesi arasında geçen sürede tüm insanlığa karşı ahlaken ve vicdanen var olan, olması gereken yegâne sorumluluktur. Tıp etiği hekimin bir diyabet hastasını nasıl tedavi etmesi gerektiği veya bir by-pass ameliyatını ne şekilde yapması gerektiği konusunda bilimsel ve teknik çözümler üretmez. Tıp etiği hekimin hasta ve yakınlarıyla ilişkisinin başladığı andan itibaren hastaya karşı olan davranışları ve karar verme

süreciyle ilgili olarak mevcut olan ve olacak değerler, haklar ve sorumluluklar hakkında sorgulama yapar<sup>402</sup>.

### **6.2.2. Hekimlerin Yansız Olma Yükümlülüğü (7.m)**

Hekimler görevlerini yerine getirirken şartlar ne olursa olsun, hastalar arasındaki siyasal görüş, sosyal durum, dinî inanç, milliyet, etnik köken, ırk, cinsiyet, yaş, toplumsal ve ekonomik durum ve benzeri farklılıkları gözetmeksizin hareket etmekle yükümlüdürler.

### **6.2.3. Vicdani ve Mesleki Kanaate Göre Görevini İfa Etme Yükümlülüğü (8.m)**

Hekimler mesleki uygulamaları sırasında vicdani ve mesleki kanıları doğrultusunda hareket etmelidirler<sup>403</sup>.

Hekimlerin hastanın tedavisinde doğru teşhisi koyması, mesleki yükümlülüklerindedir. Teşhis, en isabetli tedavi yönteminin seçilip uygulanmasının ön şartıdır. Hekim, hastanın tedavisine başlamadan önce gerekli teşhisi koymak mecburiyetindedir. Tıbbi faaliyetler sırasında her an zararlı sonuçların meydana gelmesi olasıdır. Karmaşık bir ameliyattan tutun da basit bir iğne yapılmasına kadar her tıbbi müdahale, belli oranda risk taşır. Bu nedenle tıbbi müdahalelerin normal sayılabilecek sapmalarından kaynaklanan kaçınılmaz zararlar, hukuka uygun kabul edilmekte ve “izin verilen risk” (komplikasyon) kavramı ile anlatılmaktadır. Hekim tedavi faaliyeti izin verilen risk sınırları içinde kalmışsa, ihmalin varlığından söz edilemez. Dolayısıyla, tıp ilminin öngördüğü yapılması gerekli olan tedavi yöntemlerini uygulayan hekimin, teşhis konulması bakımından hatalı olduğu da söylenemeyecektir. Uyulması gereken tıbbi kurallar; normal, orta düzeyde bir hekimin bilmesi gereken, bilimin genel olarak kabul ettiği bilgi ve usullerdir. Hekim teşhis koyarken, gereken tüm dikkat ve özeni göstermiş ve tıp biliminin bilinen genel kurallarını uygulamış ise, teşhis hatasının varlığından ve bundan kaynaklanan sorumluluktan söz edilemez<sup>404</sup>.

Vicdani ve mesleki kanaate göre görevini ifa etme yükümlülüğü, hekimlerin özen yükümlülüğüyle iç içe olan bir yükümlülüktür. O sebeple bu kısımda hekimin

<sup>402</sup> John R. Williams, *Dünya Hekimler Birliği Tıp Etiği El Kitabı*, (Çev: Murat Civaner), Erişim: 03.06.2009, [http://www.ttb.org.tr/kutuphane/tip\\_etigi.pdf](http://www.ttb.org.tr/kutuphane/tip_etigi.pdf).

<sup>403</sup> *Hekimlik Mesleği Etiği Kuralları*, Erişim: 12.05.2010, [http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&task=view&id=65&Itemid=31](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31).

<sup>404</sup> Kaya, Agm.

hastaya yönelik davranışının nasıl olması gerektiğinden de kısaca bahsetmek gerekecektir.

Hekim, tanı ve tedaviye yönelik tıbbi müdahalelerinde kendinden beklenen özeni gösterme borcu altındadır. Bu yüzden eğitim sürecini tamamladıktan sonra ortaya çıkan tıbbi gelişmelere ayak uyduramamış, kendini geliştirememiş olması ya da bilmesi gereken mesleki kuralları bilmemesi nedeniyle sorumluluktan kurtulamaz. Bilakis bu durum hekimin sorumluluğuna yol açabilir. Ancak hekimin özen gösterme borcunun sınırlarını da statüsü belirler. Yani bir pratisyen hekimden, bir uzmandan beklenebilecek tıbbi yeterlilik beklenmemelidir. Ama hekimin önüne gelen bir olguya müdahalenin kendi yeteneklerini aştığını görmesi halinde hastayı bir uzmana ya da hastaneye göndermesi de özen borcunun bir parçasıdır<sup>405</sup>.

#### **6.2.4. Sır Saklama Yükümlülüğü (9.m)**

Hekimlik sözleşmesinde hekim, tıbbi müdahale sırasında vakıf olduğu hastaya ait sırları saklamakla yükümlüdür. Hastanın ölmüş olması yahut hekimle ilişkisinin kesilmiş olması, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hekimlerin sır saklama yükümlülüğü sadece Hekimlik Mesleği Etik Kurallarıyla değil, aynı zamanda Anayasa'nın 17, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 4/1, Türk Ceza Kanunu'nun 198/1. maddeleriyle de hükme bağlanmıştır. Konuya bu derece ehemmiyet verilmesi, hekim ve hasta arasındaki ilişkinin tamamen güvene dayanması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Güven ilişkisinin hâkim olduğu bir ilişkide, taraflardan birinin diğer tarafın sırlarına vakıf olması halinde, bunları saklama zorunluluğu vardır. Hekimin sır saklama yükümlülüğünün kapsamına saklanması hastanın menfaatine olan ve ifşası hastanın zararına olacak her tür bilgi dâhildir. Neyin hasta için sır olup, neyin olmadığı konusunda esas alınacak olan hasta tipi; her hastalıkta somut olayın unsurları farklılık göstereceğinden olay odaklı hasta tipi olmalıdır. Sır saklama yükümlülüğünün hekim tarafından ihlal edildiğini hasta iddia edecek ve bu iddiayı ispatlama külfeti de kendisine ait olacaktır<sup>406</sup>.

Ayrıca hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanmasının hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması halinde, hastanın kişilik haklarının

<sup>405</sup> Alkanat, Age, s.178.

<sup>406</sup> Yılmaz, Age., ss.43–44, Alkanat, Age., s.179, Kaya, Agm.

zedelenmemesi şartıyla hekim, bu sırrı saklamakla yükümlü değildir (TDN 9/2.m). Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmediği gibi, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağırılması halinde, olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilmesi de mümkündür (TDN 9/3, 9/4.m).

Sır saklama yükümlülüğü sadece hekimleri değil, diğer sağlık personelini (ebe, hemşire, hasta bakıcı, tıp öğrencileri v.b) ve hekimin sekreteri gibi sağlık kurumunda çalışan ve hasta bilgilerine ulaşabilen diğer personeli de kapsar. Sonuç olarak bunlardan hiçbiri hastaya ait bilgileri, muayene bulgularını, tanı ve tedavi sonuçlarını istisnai durumlar dışında açıklayamaz<sup>407</sup>.

Salt tanıklık yapmak düşüncesiyle bu sırları açıklayan hekim, zarar gören hastanın açacağı maddi ve/veya manevi tazminat davalarına maruz kalabilir<sup>408</sup>. Hekimin sorumluluğu için, sırrı açıklarken zarar verme kastının olması şart değildir. Salt sırrın açıklanması sebebiyle, hekimin maddi ve manevi tazminat sorumluluğu vardır<sup>409</sup>. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesinin birinci fıkrası, b bendine göre;

*“Hekimler, dış hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakları vardır”.*

Fakat hastanın rızasının bulunduğu hallerde hekimin tanıklıktan imtina etmesi mümkün olmaz (CMK. 46/2).

Aynı zamanda hekim, hastayı başka bir sağlık kuruluşuna tedavi olması amacıyla gönderirse, hasta hakkında vakıf olduğu bazı bilgileri sevk ettiği hekimle paylaşabilir<sup>410</sup>.

Genel itibariyle toplumun ayıplaması veya tiksinsesine yol açan yahut hastanın ekonomik durum ve geleceğini etkileyen ve saklanmasında bu sebeplerle yarar bulunan bilgi ve olaylar bu kapsamda sır olarak nitelendirilebilir. Örneğin; kadının çocuk düşürmesi, evli olmayan kadının hamile kalması, intihar, eşcinsellik, AİDS veya frengi

<sup>407</sup> Kurtuluş/Acar/Boz, Age., s.13.

<sup>408</sup> Alkanat, Age, s.179.

<sup>409</sup> Kaya, Agm.

<sup>410</sup> Durdu, Age., s.87.



gibi hastalıklar bu nevi bilgi ve olaylardandır. Bunun dışında hekimin tedavi maksadıyla gittiği evde hastanın metres hayatı yaşadığına tanık olması da, hastanın sağlık durumuyla alakalı olmasa bile gizli tutulması gereken bir bilgidir. Sır saklanması gerekli olduğu hallerde bunun hekim tarafından ifşa edilmesi cezai ve/veya hukuki sorumluluğa sebebiyet verir<sup>411</sup>.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, etik ve mesleki kuralların yanı sıra, Türk Ceza Kanunu ile de düzenlenmiştir. Bu sebeple sır saklama yükümlülüğünün ihlali suç teşkil eder<sup>412</sup>. TCK.'nun 136. maddesine göre;

*“Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

TCK.'nun 239. maddesinin birinci fıkrasına göre ise;

*“Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur.”*

#### **6.2.5. Acil Yardım Yükümlülüğü (10.m)**

Hekimler, gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda, ilk yardımda bulunmak zorundadırlar.

Hekimin acil durumlarda tıbbi müdahale yükümlülüğünden kaçınabilmesi için, geçerli bir özrünün bulunması gerekir. Mücbir bir sebep olmadıkça, hekim hastaya gerekli müdahaleyi yapmak mecburiyetindedir. (TDN 3.m)<sup>413</sup>

Acil servislerde görev yapan hekimler sıklıkla acil uygulamalardan kaynaklanan etik ve adli sorunlarla karşılaşmaktadırlar. Bu nedenle acil olgularda hekimlerin görev ve sorumluluğu normal olgulara göre daha da artmaktadır. Acil servis hekimlerinin karşılaştığı en önemli sorunlardan biri, tanıya yönelik yeterli anamnez, laboratuvar, radyolojik incelemeler ve konsültasyonlar olmadan derhal tedaviye başvurmak mecburiyetinde kalmalarıdır. Bu nedenle acil olgularda önceden oluşturulmuş tedavi

<sup>411</sup> Hancı, Age., s.161.

<sup>412</sup> Kurtuluş/Acar/Boz, Age., s.13.

<sup>413</sup> Kaya, Agm.

protokollerinin uygulanması en doğru yaklaşım tarzı olacaktır. Acil olduğu iddia edilen olguların gerçekte acil olup olmadıkları başlangıçta anlaşılamayabilir. Hal böyle olunca hastayı muayene etmeden ve gerekli incelemeleri yapmadan olgunun acil olmadığını kabul etmek, hatalı bir yaklaşım olur. Acil müdahale gerektiren durumlarda hekim, hastasının veya yakın çevresinin görüş ve etkilerini dikkate almaksızın, bilim ve mesleğinin gereklerini yerine getirmeli ve ilk yardımda bulunmalıdır<sup>414</sup>.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın verdiği bir karara<sup>415</sup> göre; "...davalı doktor, olay tarihinde devlet hastanesinde ortopedi uzmanı olarak görev yapmaktadır. İfadesinde; hastane acil servisine başvuran hastanın yarası ve genel durumu hakkında akşamdan bilgilendirilmediğini, acil serviste ilk müdahalenin yapıldığını, ertesi sabah kendisinin vizite sırasında hastadan ve durumundan haberdar olduğunu, akabinde gerekli müdahaleyi yaptığını belirtmiştir. Hastaya geç müdahale etmediğini, olayda hiçbir kusuru ve ihmalinin bulunmadığını belirtmiştir. Davacı ise iddiasında; ağaçtan düşmek suretiyle kolunu kırmış olduğunu, tedavi için saat 22.00 sularında götürüldüğü hastanede tedaviye başlandığını, ancak davacının babasının davacıya hiçbir müdahalede bulunulmadığını öğrendiğinde, ertesi gün hastaneye gelip, davalı doktorla görüşerek reçete aldığı, öncekilere ek olarak tekrar istenen ilaçları alıp hastaneye verdiğini, ancak kendisinin dört gün sonra ameliyata alındığını, davalı doktorun davacının babasına birkaç gün içinde filminin çekileceğini söylediğini ve duruma göre gerekenin yapılacağı cevabını verdiğini, ancak bu arada durumunun kötüye gitmesi üzerine ambulansla başka bir hastaneye kaldırıldığını, orada kangren olan kolunun omuz hizasından kesildiğini ve olayın bu hale gelmesinde hekimin kusurlu olduğunu öne sürülmüştür." Tüm bu iddiaların doğruluğu, Sağlık Bakanlığı müfettişlerince yapılan araştırma sonucunda hazırlanan raporla sabit olup, davalı doktorun zamanında ve gerekli tedaviyi yapmadığının belirtilmesiyle davalının kusurlu olduğunun açık olduğuna, hastanenin de kusurlu ya da kusursuz olarak bundan sorumlu olduğuna ve oluşan bütün maddi ve manevi zararların giderilmesi maksadıyla fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı şartıyla tazminata hükmedilmiştir.

<sup>414</sup> Harun Tuğcu, Coşkun Yorulmaz, Süleyman Ceylan, Barbaros Baykal, Bülent Celasun, Sermet Koç, "Acil Servis Hizmetine Katılan Hekimlerin, Acil Olgularda Hekim Sorumluluğu ve Adli Tıp Sorunları Konusundaki Bilgi ve Düşünceleri", *Gülhane Tıp Dergisi*, 45(2), 2003, ss.175-179.

<sup>415</sup> YHGK., T.26.09.2001, E.2001/4-595, K.2001/643.

### **6.2.6. Hekimlerin Kullanabileceği Meşru ve Kullanamayacağı Yasak Yöntemler Hususunda Yükümlülükleri (12.m)**

Hekimler, mesleklerini icra ederken bilimsel ve çağdaş tanı ile tedavi yöntemlerini kullanarak koruyucu hekimlik ilkelerini göz önünde bulundurmalı; hastalarının tanı ve tedavisinde bilimsel olmayan yöntemleri uygulamaktan kaçınmalıdırlar. Hekim, gerekli bilimsel aşamalardan geçip ruhsatlandırılmamış kimyasal, farmakolojik, biyolojik maddeleri ilaç olarak kullanamaz.

### **6.2.7. Yetkinlik Dışında Faaliyette Bulunmama Yükümlülüğü (18.m)**

Hekimler tıbbi görevlerini yerine getirirken, gecikmenin hasta yaşamını tehdit edebileceği zorunlu durumlar hariç, özel bilgi ve beceri gerektiren bir girişimde bulunamaz.

### **6.2.8. Odaya Bildirme Yükümlülüğü (20.m)**

Hekim, meslektaşlarıyla meslek uygulaması konusunda uzlaşmaz bir anlaşmazlığa düştüğünde ya da tıp etiği açısından yanlış davranan bir meslektaşının bu davranışını kasıtlı bir biçimde sürdürdüğünü fark ettiğinde, durumu yerel tabip odasına bildirmelidir.

### **6.2.9. Muayenesiz Tedavi Yapmama Yükümlülüğü ( 23.m)**

Hekimler acil olgular gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedaviye girişemez.

Acil olgularda dahi muayene etme gerekliliğinin varlığı asıldır. Zira muayene etmeden teşhis konulması ve bu şekilde tedavi yönteminin belirlenmesi, tıbbi yanlışlıklara sebebiyet verebilecektir. Hastanelerdeki sistemin tam olarak oturtulamamış olması ve bundan kaynaklanan hasta yığılmaları sebebiyle bugün pek çok hekimin özensizce yaptığı muayenelere, muayene demek mümkün gözükmemektedir. Pek çok hastanın yakındığı bu yanlışlığı düzeltmek, hekimlerden ziyade hastane yönetimlerinin sorumluluğu altındadır.

Yargıtay'ın hastayı muayene etmeden reçete düzenlenmesi hususunda verdiği bir karara göre; "...sanıklardan hekim olanın sahte tahakkuk evraklarını gerçek durumu yansıtmayan reçeteleri kullanarak düzenlediğinin mahkemece kabul edilmiş olması, adlarına reçete düzenlenmiş olan bir kısım tanıkların, sanık doktorlara muayene olmadıkları ve yazılmış olan ilaçları alıp kullanmadıkları şeklindeki anlatımları, sağlık

ocağı tabibi olan sanıkların savunmaları, protokol defter kayıtlarıyla yazılmış olan ilaçlardan çoğunun reçetelerde yer alan teşhislere uygun olmadığına ilişkin tespitleri içeren bilirkişi heyeti raporuyla tüm dosya içeriğinden, sanıkların hastaları görmeden ve muayene etmeden sağlık karnelerine ilaç yazdıkları tespit olunmuştur<sup>416</sup>.”

#### **6.2.10. Hasta Üzerindeki Etkiyi Tıbbi Amaçlar Dışında Kullanmama Yükümlülüğü (24.m)**

Hekimler hastaları üzerindeki etkilerini ancak tıbbi amaçlar için kullanabilirler. Hasta üzerindeki etkisini ahlaka, kanuna ve kişilik haklarına aykırı bir şekilde kullanan hekim, yasal açıdan sorumlu olacaktır. Örneğin; tedavi maksatlı kullanılacak hipnoz yönteminin, hastanın adam öldürmesini veya hırsızlık yapmasını sağlamak amacıyla hekim tarafından kullanılması ya da anestezinin hastaya tecavüz etmek maksadıyla kullanılması gibi durumlarda hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

#### **6.2.11. Aydınlatılmış Onam Alma Yükümlülüğü (26.m)**

Aydınlatılmış onam, ilk başlarda hekimin sorumluluğunun belirlenmesinde ön plana çıkmıştır. Bu kavram daha sonra “hastanın yaşamı konusunda belirleyici olabileme hakkı” ekseninde tartışılmıştır. Bu çerçevede aydınlatılmış onam, hastanın bilgilendirilmesi ve rızasıyla gerçekleşecek olan tıbbi müdahalenin de temelini oluşturur. Uluslararası hasta hakları bildirgeleri (Lizbon Bildirgesi 1981, Lizbon Bildirgesi II-1995, Hasta Hakları Avrupa Statüsü 2000) bu kavramın içeriğinin belirlenmesinde etkili olmuştur. Bu bildirgeler aydınlatılmış onamı, bir hasta hakkı olarak önemle vurgulamış ve onun kapsam ve içeriği hakkında çeşitli bilgilere yer vermiştir. Bu bildirgelerde yer alan aydınlatılmış onama ilişkin düzenlemeler, Ülkemizde Hasta Hakları Yönetmeliği ile etkisini göstermiştir. Taraf olduğumuz Biyoloji ve Tıbbın Uygulaması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi, 1997) gibi bazı uluslararası sözleşmelerde de aydınlatılmış onama yer verilmiştir<sup>417</sup>.

<sup>416</sup> Y11.CD., T.31.03.2005, E.2004/11573, K.2005/1555.

<sup>417</sup> Engin Çakar, Gürkan Sert, Oğuz Durmuş, Ümit Dinçer, Mehmet Zeki Kırıl, “Aydınlatılmış Onamın Günümüzdeki Yeri: Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Pratiğindeki Sık Uygulamalar İçin Örnekler Eşliğinde”, *Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Bilimleri Dergisi*, 12(1), 2009, ss.140–150.

### 6.2.11.1. Aydınlatılmış Onamın Geçerliliği

Hasta ve hekim arasında tedavi maksatlı bir hukuki ilişkinin kurulabilmesi için öncelikle hastanın rızası gerekmektedir. Rızanın hukuken geçerli olabilmesi ise, hastanın hekim tarafından aydınlatılmış olması, yani; yapılacak tıbbi müdahalenin tehlikeleri ve olağan sonuçları hakkında hastanın detaylı bir şekilde bilgilendirilmesi gerekir. Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun' un 70. maddesi örtülü bir biçimde hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünden bahseder. Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin ikinci fıkrasında;

*“Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir. Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.”*

denmektedir. Bu maddeyle hekimlerin, hastalarını aydınlatma yükümlülükleri hükme bağlanmıştır<sup>418</sup>.

1. Temyiz kudretine sahip olmalı
2. Herhangi bir irade sakatlığı bulunmamalı
3. Alınan rıza hukuk ve ahlak kurallarına uygun olmalıdır.

**Çizelge 6.1:** Aydınlatılmış Onamın Alınmasında Ehliyet Açısından Bir Değerlendirme Yapıldığında Hasta;

Rızanın geçerli olabilmesi için; hasta temyiz kudretine sahip olmalı, herhangi bir irade sakatlığı bulunmamalı ve hastanın rızasının hukuka ve ahlaka uygun olması gerekmektedir. Geçerli bir rızanın varlığından bahsedebilmek için, öncelikle tıbbî müdahaleye rızasını beyan eden hastanın buna ehil olması, yani ayırtım gücüne sahip olması gerekir. Tam ehliyetli ve sınırlı ehliyetlilerle sınırlı ehliyetsizler, her türlü tıbbî

<sup>418</sup> Yılmaz, Age., s.31 vd.

müdahaleye tek başına rıza gösterebilirler. Tam ehliyetsizler ise, mümeyyiz olmamaları sebebiyle rıza açıklamasında bulunamayacaklarından, rızanın bu kişiler adına, kanuni temsilcileri tarafından beyan edilmiş olması gerekir<sup>419</sup>. Bununla beraber Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/3 maddesine göre;

*“Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz.”*

Hastanın rıza verebilecek olduğu her durumda tıbbi müdahalede bulunabilmek için rızasının alınması zorunludur. Ancak hastanın bilinci kapalı ise kanuni temsilcisinin rızası alınmalıdır.	Hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı durumlarda (bilincinin kapalı olması gibi) kanuni temsilciden veya ilgili mahkemeden izin alınması da hasta için hayati tehlike yaratacak ise rıza alınmaksızın tıbbi müdahalede bulunulur. (Varsayılan rıza)
---	--

**Çizelge 6.2:** Aydınlatılmış Onamda Hastadan Rıza Alınması

Her türlü tıbbi müdahalede tek başlarına rıza gösterebilenler:  Tam ehliyetliler Sınırlı ehliyetliler Sınırsız ehliyetliler	Tıbbi müdahalelerde tek başlarına rıza gösteremeyenler:  Tam ehliyetsizler mümeyyiz olmadıklarından bu kişiler adına (rıza alınabilen durumlarda) kanuni temsilcileri tarafından rıza gösterilmelidir.
---	--

**Çizelge 6.3:** Aydınlatılmış Onamda Rıza Açısından Hastanın Fiil Ehliyetinin Değerlendirilmesi

Tedavi için hekime başvuran hastanın onamının alınmasında iki ihtimal söz konusudur. Bunlardan birine göre hastanın bilinci yerindedir ve tıbbi müdahaleye ilişkin onamı da mutlaka bizzat kendisi vermelidir. Yani hastane yahut hekim tarafından verilen ve tıbbi müdahale konusunda gerekli bilgileri içeren bilgilendirme formunu hasta bizzat kendisi imzalamak zorundadır. İkinci ihtimalde ise hasta genellikle bilinci kapalı surette hastaneye getirildiğinden, yukarıda zikredilen HHY.'nin 24. maddesinin 3. fıkrasına göre; “kanuni temsilci yahut yetkili mahkemeden tıbbi müdahalede

<sup>419</sup> Çeker, Agm.

bulunulabilmesi için izin alınması gereklidir.” Ancak bu hükmün uygulama alanı bulması, maddenin içeriğinden de anlaşılacağı üzere kanuni temsilciden yahut yetkili mahkemeden izin alınmasının hastanın hayatını tehlikeye sokmayacağı durumlarda mümkün olabilecektir. Aksi halde telafisi mümkün olmayan zararlara sebep olunacağı ortadadır. Zaten bu iki ihtimal dışında üçüncü bir ihtimalin gerçekleşme olasılığı da yoktur. Kısaca ya gelen hastaların bilinci açıktır ve tıbbi müdahaleye ilişkin rıza hastalardan alınır veya hastanın bilinci kapalı olduğunda derhal müdahale edilmesi gereklidir ve bu sebeple başkaca bir kimseden izin alınmaksızın varsayılan rıza gereği tıbbi müdahalede bulunulur. Zira hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlar genellikle acil olgulardır. Böyle hallerde zaman kaybetmenin hastanın hayatını tehlikeye düşürmesi söz konusu olacağından hastaneler varsayılan rıza anlayışıyla doğrudan tıbbi müdahalede bulunmaktadır.

Günlük hayatta hasta yakını adı altında aydınlatılmış onam formlarında yer alan imza kısmı ve bu kısmın o an için yakın kapsamında değerlendirilen kişiler tarafından imzalanması tamamen hukuka aykırı bir uygulamadır. Zira aydınlatılma hasta için kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Bu nedenle hak sahibi olan hasta ayırtım gücüne sahip ise aydınlatılmalıdır. Hatta uygulamada kimi zaman hastanın bilinci açık ve yaşı müsait olduğu halde aydınlatılmış onam hastanın yakınlarından alınmaktadır. Bu tür uygulamalar son derece yanlıştır. Hastanın yerine yakınlarının aydınlatılması hiçbir hal ve şartta hastanın aydınlatılmasıyla eş tutulamaz. Hatta hastalığın ağır yahut ciddi olması durumunda dahi bu hal, onamın hasta yakınlarından alınmasını mazur göstermez<sup>420</sup>.

Ayrıca hastanın sağlık durumu ile ilgili olarak HHY.’nin 15/2. maddesi hükmü de dikkat çekicidir. Buna göre;

*“Hastanın sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta sağlık durumu ile ilgili bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen haller yetkinin belgelendirilmesi istenebilir.”*

Eğer tedavi özel bir risk taşıyorsa, bu konuda hasta ayrıca aydınlatılmalı ve bu şekilde kendisinden açıkça rıza alınmalıdır. Büyük cerrahi girişimlerde rızanın yazılı

<sup>420</sup> Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara 2009, ss.133–134.

olması gerekir<sup>421</sup>. Ayrıca, sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi gibi durumlarda sadece hastanın değil, aynı zamanda eşinin de rızasının alınması zorunludur<sup>422</sup>.

Hastanın rızasının alınmasında, tıbbi müdahale hakkında bilgilendirmenin derecesine ilişkin öğretide başlıca iki görüş kabul edilir. Bunlardan birincisi; şartlar ne olursa olsun hastanın aydınlatılması ve bilgilendirme esnasında tıbbi müdahalenin risklerinin ve sonuçlarının açıkça anlatılması yönündedir. Diğer görüş ise; ağır vakalarda hastaların aydınlatılmaması gerektiğini, zira böylesi bir bilgilendirmenin hastanın maneviyatını çökerteceğini savunmaktadır<sup>423</sup>.

Yargıtay'ın her iki yönde de kararları mevcuttur. Bu kararlardan birine göre; "...hasta, kendisine yönelmiş tehlikelere karşı bizzat karar verebilecektir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını ve vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için, tüm bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye, yani hastaya aittir...."<sup>424</sup>

Yargıtay 4. HD.'nin E.964/6458, K.4925 sayılı bir başka kararına göre ise; "...davalıya yöneltilen kusur, ameliyatın küçümsenerek muhtemel sonuçların davacıya anlatılmamış olmasıdır. Davalının bu yolda hareket etmesinin hastanın maneviyatını kuvvetlendirmek bakımından faydalar sağlayacağı genel olarak kabul edilmektedir." Görüldüğü üzere Yargıtay, zaman zaman her iki görüşe de kararlarında yer vermiştir. Fakat bugün hâkim olan görüş, hastanın hiçbir şey saklanmaksızın tıbbi müdahale hakkında bilgilendirilmesi ve bu surette muvafakatının alınması yönündedir. Alman Federal Mahkemesi de ağır bir durumun hastaya bildirilmesinin, onun iyileşme iradesini kamçılayacağı görüşündedir<sup>425</sup>.

Rıza, hastanın kendi serbest istek ve arzusuyla verilmiş olmalıdır. Bununla beraber rızanın verilmesi konusunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak varlığının kanıtlanması güçlük yaratabileceğinden, kişinin rızasının yazılı olarak alınmasında yarar görülmektedir. Rızanın verilmesinde herhangi bir şekil öngörülmemiş olması kuralının önemli bir istisnasına 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması,

<sup>421</sup> Özdilek, Agm.

<sup>422</sup> Deryal, Age., ss.101-147.

<sup>423</sup> Aşçıoğlu, Age., s.34.

<sup>424</sup> Y4.HD., T.07.03.1977, E.976/6297, K.2541.

<sup>425</sup> Özdilek, Agm.



Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'da rastlamaktayız. Kanunun 6. maddesi; rızanın en az iki tanık huzurunda, serbest iradeyle, yazılı ve imzalı olarak verilmesini yahut iki tanık huzurunda sözlü olarak beyan edilip, tutulacak tutanağın imzalanması ve bunun hekim tarafından onaylamasını şart koşturmaktadır. Peki, her rıza, yapılan her tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılar mı? Rızanın fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için, yapılacak tıbbi müdahalenin öncelikle hastanın iyileşmesine yönelik olması zorunludur. O halde hastanın iyileşmesine değil, kötüleşmesine yol açacak bir rıza, hekimi hukuksal sorumluluktan kurtaramaz. Mesela, kişi ölmesi sonucunu doğuracak bir tıbbi müdahaleye rıza veremez. Tek böbrekli bir hasta, böbreğinin alınmasına ve bu surette kendisinin yaşam boyu diyaliz makinesine bağlı yaşamasına rıza gösteremez<sup>426</sup>.

Ancak bazı durumlarda hastanın rızasını almak mümkün olmayabilir. Mesela, trafik kazası sonucu şuur kaybına uğramış bir kişinin rızasını almak mümkün değildir. Bu ve benzeri hallerde rızanın alınmasını beklemek hasta için hayati tehlike teşkil edebilir. İşte, rızanın alınmasının mümkün olmadığı ve hastanın sağlığı için derhal müdahalenin zaruri olduğu durumlarda, rıza alınmadan tıbbi müdahalede bulunma zorunluluğu ortaya çıkar. Zira bu gibi durumlarda hastanın böyle bir tıbbi müdahaleye zımnen rıza gösterdiği (varsayılan rıza-mefruz rıza) kabul edilmektedir. Nihayetinde herkesin sağlıklı olarak yaşamını sürdürmek istediği, kimsenin ölmeyi arzu etmediği aşîkârdır. Ölmeyi arzu eden bir hastanın da sağlıklı bir ruh haliyle bunu düşündüğü söylenemez.<sup>427</sup>

#### **6.2.11.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı**

Hekimlerin aydınlatma yükümlülüklerinin kapsamı, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları ile belirlenmiştir. Buna göre, hekimler hastalarını; hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır.

<sup>426</sup> Kılıçoğlu, Age., ss.9-11.

<sup>427</sup> Kılıçoğlu, Age., s.10.

Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamıyla gerçekleştirilmelidir. Alınan onam; baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa hukuken geçersizdir<sup>428</sup>.

Aydınlatılmış onam formunda; hekimin adı, hastanın açık kimliği, yapılacak girişimin adı açıkça yazılmalı ve hastanın yapılacak girişimle ilgili yeterince bilgilendirildiğini, bu bilgiler ışığında girişimin kendisine uygulanmasını kabul ettiğini bildiren bir ifade bulunmalıdır<sup>429</sup>.

Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, daha önce yaptığı mesleki hataları hastaya anlatmak zorunda değildir. Fakat hekimin aynı hastaya uyguladığı önceki tıbbi müdahalelerde gerçekleşen mesleki hatalarını hastaya bildirmesi gerekmektedir. Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına, tedavinin ekonomik yönü hakkında genel bilgi verme de dâhildir<sup>430</sup>. Alman ve İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında ve öğretide, tedavi veya operasyonun ekonomik maliyeti ve tedavinin ekonomik özellikleri ve sonuçları hakkında hekimler tarafından hastanın aydınlatması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>431</sup>.

Tıbbi müdahalenin aydınlatmaya ayrılan zamandan mütevellit gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de hekim hiç değilse çok kısa bir açıklama yapmak suretiyle aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir<sup>432</sup>. Zaten tıbbi müdahalenin çok daha ivedi şekilde yapılmasının gerekli olduğu durumlarda, daha önce belirtildiği gibi hastanın rızasının varlığı kabul edilecektir.

### 6.2.11.3. Aydınlatılmış Onamın Şekli

Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 70. maddesine göre; aydınlatılmış onamın invaziv girişimlerde (büyük cerrahi operasyonlar) yazılı olması gerekir. Olağandışı

<sup>428</sup> Özlem Yenerer Çakmut, "Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", *Sempozyum [Bildiriler]*, 16-17 Ocak 2009 Mersin, ss.1-40; Almanya' da Federal Mahkemenin 1958 yılında verdiği bir kararda; aydınlatma yükümlülüğünün sınır ve kapsamının belirlenmesinde "...ortalama düzeyde, makul bir hastanın..." esas alınacağı belirtilmiştir. Makul sayılabilecek bir hastanın hekimden aydınlatma beklemediği durumlarda ise hekimin aydınlatma yükümlülüğünden söz edilemeyecektir.

<sup>429</sup> Yılmaz, Age., s.35.

<sup>430</sup> Hakeri, Age., ss.125-127.

<sup>431</sup> Ozanoğlu, Age., s.69.

<sup>432</sup> Durdu, Age., s.81; Hastalık ne kadar ağır ve tıbbi müdahale ne kadar ivediyse, hastaya o derecede az şey söylenmelidir.

koşulların haricinde her girişim için ayrı onam alınmalıdır. Cerrahi işlem için alınan onam, anestezi işlemini kapsamayacağından anestezi için de işlemi tanıtarak ayrıca onam alınmalıdır. Cerrahi operasyonlarda bilgilendirme, yani cerrah tarafından hastaya yönelik yapılacak açıklama; hastalığın gidişatı ve tedavi seçeneklerini, ameliyatta yapılacak girişimin türü ve boyutunu, ameliyat esnasında uygulanacak tekniği, ameliyatın zamanını, pre ve postoperatif uygulamalarla hastanın sorularına verilen yanıtları içermelidir<sup>433</sup>.

Hastanın aydınlatılması sözlü ya da yazılı şekilde gerçekleştirilebilir. Bu açıdan şekil serbestisi söz konusudur. Yazılı aydınlatma belirli ölçüde ispat kolaylığı sağlamakla birlikte, bilhassa genel nitelikteki yazılı aydınlatmalar yetersiz kalabilmektedir. Detaylı yapılmış yazılı aydınlatmaların hastalar tarafından ne ölçüde anlaşılacağı meçhuldür. Ayrıca günümüzde istisnasız uygulanan ve uzun onam alma prosedürlerini kapsayan belgeler, operasyonların hemen öncesinde hastaların eline tutuşturulmakta, zaten heyecan ve korku yaşayan hastalar hiç okumaksızın bu metinleri imzalamak zorunda bırakılmaktadır. Bu aksaklığı ortadan kaldırmak amacıyla hastaların operasyondan birkaç gün önce bilhassa sözlü olarak samimi ve içten bir şekilde hekim tarafından aydınlatılması ve bu tarz belgeleri incelemeleri için vakit tanınarak, yazılı onamlarının alınması gerekmektedir<sup>434</sup>.

Burada özellikle belirtilmesi gereken husus; tıbbi uygulamalarda hastalık kavramından çok, hasta kavramının ön planda tutulmasının gerekliliğidir. Zira her hastalık, her hastada aynı şekilde zuhur etmez. Ayrıca hastaların eğitim ve kültür seviyeleri de, her somut olayda farklılık arz edecektir. Bu sebeple yazılı olarak yapılmış ve imzalanmış, dahası belgeye raptedilmiş olan aydınlatmalar, aydınlatmayı gerçekleştirmeye yönelik olarak yapılması gereken sözlü müzakerenin yerini hiçbir zaman tutmaz. Üstelik acil durumlar dışında müdahale öncesi hastanın yazılı onayının alınması, bazı ispat güçlüklerinin aşılabilmesi bakımından faydalı olacaktır.

<sup>433</sup> Erdem Özkara, İ. Hamit Hancı, "Türkiye’de Nöroşirürjiyenin Yasal Sorumlulukları ve Medikolegal Sorunları", *Türk Nöroşirürji Dergisi*, S.13, 2003, ss.213–220, Durdu, Age., s.80, Ozanoğlu, Age., ss.64–69; hekimin aydınlatma yükümlülüğünün türleri; müdahale aydınlatması, teşhis aydınlatması, süreç aydınlatması, riziko aydınlatması, koruma veya tedavi aydınlatması ve diğer özel aydınlatma türleri şeklinde sınıflandırılmıştır.

<sup>434</sup> Ozanoğlu, Age., s.72.

Aydınlatmanın tıbbi müdahaleden önce yapılması gerektiğini ayrıca belirtmek gereksiz olur kanısındayım<sup>435</sup>.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için ehemmiyet arz eden aydınlatılmış onam hususunda Yargıtay'ın verdiği bir karar dikkat çekicidir. Karara göre, "...somut olayda davacı karnındaki bir rahatsızlık nedeniyle hastaneye yatmış, tedavisi sırasında birkaç gün içinde tekrar rahatsızlanmış, rahatsızlığına ilişkin uzman hekimin o hastanede bulunmaması nedeniyle ambulans ile aynı kurumun başka bir birimine sevk edilmiştir. Kurumda görevli hekim tarafından muayene sırasında rektal tuşe yapılmış, başparmağıyla hymene tazyik etmek suretiyle annüler olan kızluk zarının saat 6 hizasında yırtılmasına sebep olunmuştur. Zaten taraflar arasında olayın böyle cereyan ettiği yönünde fikir birliği olmakla birlikte, rapor ve tanıklar ifadeleriyle durum sabittir. Davaya ilişkin üzerinde durulan ehemmiyetli hususlardan biri, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu sorunudur. Elbette bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için aranan ilk şart, hastanın rızasıdır. Olayda davacının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi, muayenenin muhtemel sonuçları ve bilhassa riski davacıya bildirilmemiştir. Bu hususun ispatı, davalı doktora düşer. Kaldı ki, bu tür muayenelerde kızluk zarının bozulabileceği tıbbi adli raporda açıklanmıştır. Böyle bir muayene sonunda her halükarda kızluk zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemekle birlikte, nadiren de olsa böyle bir sonucun, yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat edemediğine göre, meydana gelen zararlı sonuçtan sorumludur. Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir. Zira tuşe rektumdan yapılmıştır. İhmalî davranış tazminat hükmedilmesi için yeterlidir. Somut olaydaki ihmal ise, meslek kurallarına aykırı davranıştır. O halde, davalının yaptığı muayenenin muhtemel sonuç ve tehlikelerini davacıya açıkça bildirdiği sabit olmadıkça, davalı tazminatla sorumlu olacaktır. Aksi düşüncelerle verilen karar, açıklanan nedenlerle bozulmalıdır<sup>436</sup>.”

<sup>435</sup> Özcan/Özel, Age., ss.60–61, Ozanoğlu, Age., ss.72–73.

<sup>436</sup> Y4.HD., T.07.03.1977, E.1976/6297, K.1977/2541.

Ankara’da üniversite hastaneleri, devlet hastaneleri ve sağlık ocaklarında çalışan, tesadüfi yöntemle seçilen ve gönüllü olarak anketi cevaplamayı kabul eden 142 hekime, tıbbi uygulama hatalarıyla ilgili kanuni sürece bakışlarını değerlendirmek amacıyla on sekiz soruluk bir anket uygulanmış ve cevapları SPSS 11.0 programıyla değerlendirilmiştir. Bu anket sonuçları, aydınlatılmış onamın alınmasında, hekimlerdeki mevcut anlayışın ne olduğunun ortaya konması açısından son derece önemlidir. Zira hekimlerin %39.4’ü, tıbbi işlem öncesi aydınlatılmış onam almamaktadırlar. Tıbbi müdahale öncesinde aydınlatılmış onam alınmasının zorunlu olduğu düşünüldüğünde, hekimlerin bu konuya daha duyarlı olmaları gerektiği ortadadır. Ankette hekimlerin %31’inin çalıştığı kurumca düzenlenmiş olan onam formlarını doldurdıkları tespit edilmiştir. Her hastanın şartları ve durumunun farklı olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, standart form kullanmanın faydalı olmayacağı ve aslında hukuken de geçerliliğinin olmadığı açıktır. Bir başka anket çalışmasında; ameliyat geçiren 306 hastada uyguladıkları ankete göre hastaların %89.9’u “kendisine niçin ameliyat olması gerektiğinin açıklandığı”, ancak bunların %74.2’si “bu açıklamayı tatmin edici düzeyde bulmadıkları” tespit edilmiştir<sup>437</sup>.

Tokat İl merkezinde hizmet veren üniversite uygulama ve araştırma hastanesi, devlet hastaneleri ve sağlık ocaklarında çalışan 540 hekimden tabakalı örneklemele 135 (% 25) hekimle çalışmaya davet edilmiştir. Örneklemin % 92,6’sına ulaşılarak, aktif görevde bulunan ve gönüllü olarak anketi cevaplamayı kabul eden 125 hekime tıbbi uygulama hatalarıyla ilgili yasal düzenlenmeler ve mesleki mali sorumluluk sigortası hakkında bilgi ve tutum değerlendirmeyi amaçlayan yirmi bir soruluk bir anket uygulanmıştır. Bu ankete göre; katılan hekimlerin %10,8’i hastalardan tıbbi işlem için onam almadıklarını ifade etmişlerdir. Onam alanların %37,7’sinin yazılı ve sözlü onam aldığı, % 27,7’sininse çalıştığı kurum tarafından hazırlanan onam formunu kullandığı, sözlü onam alanların oranının %16,2 olduğu görülmüştür. Kendi hazırladığı formla onam alanların oranı ise %3,8 olarak tespit edilmiştir<sup>438</sup>.

<sup>437</sup> Hacer Yaşar Teke, Hanife Alkurt Alkan, Ahmet Ziver Başbulut, Gürol Cantürk, “Tıbbi Uygulama Hataları ile İlgili Kanuni Düzenlemelere Hekimlerin Bakışı ve Bilgilenme Düzeyi: Anket Çalışması”, *Türkiye Klinikleri J Foren Med*, S.4, 2007, ss.61–67.

<sup>438</sup> Ali Yıldırım, Murat Aksu, İlhan Çetin, Abdulkadir Geylani Şahan, “Tokat İli Merkezinde Çalışan Hekimlerin, Tıbbi Uygulama Hataları ile İlgili Bilgi, Tutum ve Davranışları”, *Cumhuriyet Tıp Dergisi*, S.31, 2009, ss.356–366.

Bu ve benzeri anket örneklerini çoğaltmak mümkündür. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere hem kendileri hem de hastalar adına büyük önem taşıyan aydınlatmanın zaman zaman hekimler tarafından ciddiye alınmaması ve bu şekilde onam alma zorunluluğunun savsanması, tıbbi sorunlar nedeniyle mağdur olmuş hastaların mahkemelere bu denli yoğun başvurularını izah eden sebeplerden yalnız biridir. Aydınlatılmış onam alma hasta için ne derece rahatlatıcı bir durum ise, hekim için görevine ilişkin önemli bir noktanın özenle yerine getirilmiş olması da o derece elzemdir. Hekimler gereken aydınlatmayı sözlü olarak yapıp, bunu kayıt altına almadıkça mesleki sorumluluktan kurtulamazlar.

#### **6.2.11.4. Hastanın Aydınlatılmayı İstememesi (Aydınlatılmadan Feragat)**

Peki, hasta herhangi bir sebeple hastalığı konusunda hekim tarafından aydınlatılma teklifini reddederse ne yapılacaktır? Böyle durumlarda Federal Mahkeme; hastanın, hastalığı konusunda aydınlatılma hakkından feragat ettiğine ilişkin iradesini açıkça beyan etmiş olması ve her şeyi hekime bırakmış olduğunun kesin olarak anlaşılması kriterine göre olayın çözümleneceğini belirtmiştir<sup>439</sup>. Şahsen, öğretilerde kabul edilen görüşe katılmakla birlikte, bir hususun tespit edilmesinde fayda görmekteyim ki, aydınlatılma imkânı var iken kendi özgür iradesiyle bu hakkını kullanmaktan imtina eden hastanın, artık hekimin öngöreceği tedaviyi benimsemiş olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zaten, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 27. maddesinde de hastanın hastalığı konusunda bilgilendirilmeyi reddetmesi halinde, hekimin bilgi vermesine gerek olmadığı açıkça belirtilmiştir.

Hekimin hastayı aydınlatması kural, aydınlatmanın kimi hallerde gerekli olmaması istisnadır. Eğer hasta aydınlatılmayı istemiyorsa, hür iradesiyle aydınlatılmadan feragat etmiş sayılır. Hastanın elbette aydınlatılmadan feragat etme hakkı vardır. Bu durumda hekim aydınlatma borcundan kurtulur. Ancak böyle hallerde feragat, hastanın hür iradesinin bir sonucu olmalıdır. Taraflar arasında feragat konusunda anlaşmazlık husule gelirse, yeterli ve gerekli aydınlatmanın yapılmış olduğunu ispat borcu hekimdedir<sup>440</sup>.

<sup>439</sup> Yılmaz, Age., s.35.

<sup>440</sup> İpekyüz, Age., s.88.

Bununla birlikte hasta için hayati önem arz eden ve vazgeçilmesiyle geri dönülmez sonuçlar doğuracak tıbbi müdahaleler ve henüz tıp âleminde tanınmamış yeni tıbbi müdahaleler için yapılan feragat kabul edilemez. Temyiz kudretinden yoksun olan bir hastanın kanuni temsilcisinin aydınlatmadan feragat etmesi de kabul edilmemelidir<sup>441</sup>.

Bazı yazarlar<sup>442</sup> tarafından aydınlatma borcunu ortadan kaldırdığı kabul edilen; hastanın zaten tedavi hususunda bilgi sahibi olması, kanaatimce hekimi aydınlatma borcundan kurtaramaz. Çünkü tedavinin tehlike ve riskleri hususunda bilgi sahibi olduğu düşünülen hastanın, bu bilgisinin yetersiz olması durumunda ortaya çıkabilecek sorumluluk, hastanın zaten konu hakkında bilgili olduğu gerekçesinin öne sürülmesiyle savsanamaz. Hekim sahip olduğu bilgiyle hastanın ne surette edindiği tam olarak bilinemeyen bilgisi arasında önemli farklılıklar vardır. Hastanın hekim olması dahi aydınlatmanın yapılmaması için yeterli bir bahane değildir. Bilindiği gibi, hekimlik oldukça geniş bir ihtisas alanıdır. Hekim olunması, tıp alanında her türlü bilgiye sahip olduğu anlamına gelmez. Her hekimden her ihtisas alanı hakkında bilgi sahibi olması da beklenemez. Her iki hekim aynı ihtisas alanında hizmet veriyor olsa bile, tedaviyi yürütecek olan hekim, hasta hekimi aydınlatmalıdır.

Hastanın aydınlatılması, bizzat kendini yahut üçüncü kişileri ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya getirecekse hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkabilir<sup>443</sup>. Ancak bu durum mutlak değildir. Bazı hallerde ve daha çok teşhis aşamasında, hekimin takdiri doğrultusunda aydınlatmanın yapılmamasından söz edilebilir. Örneğin; trafik kazası geçiren bir hastanın felç olması halinde, bazı hekimlerin sadece MR sonuçlarını esas alarak hasta yakınlarına, artık hastanın yürümek, konuşmak gibi bir takım motor hareketleri yapmasını beklememeleri gerektiği şeklinde gerçekleşen aydınlatmanın, hasta yakınları üzerinde yapacağı psikolojik tahribat ortadadır. Böyle bir aydınlatma, hastanın iyileşmesinde en büyük yardımı göreceği yakınlarının belki de umutlarının yok olmasına ve hastaya gereken desteği sağlayamamalarına bile sebep olabilecektir. Fakat burada hastanın aydınlatılmasıyla kendisinin ya da bir başkasının uğraması muhtemel

<sup>441</sup> Hancı, Age., s.96.

<sup>442</sup> Yılmaz, Age., s.35, İpekyüz, Age., s.88, Bayraktar, Age, s.129, Aşçıoğlu, Age., s.34.

<sup>443</sup> Ayan, Age., s.80, Bayraktar, Age., s.129, İpekyüz, Age., s.89.

tehlike, hastanın aydınlatılmamasından kaynaklanabilecek tehlikeye oranla fazla olmalıdır. Aksi takdirde hastanın aydınlatılmasının zorunlu olduğu açıktır.

#### **6.2.12. Terminal (Ölmek Üzere Olan) Hastalara Yardım Yükümlülüğü (28.m)**

Hekimler, terminal dönemdeki hastalara her türlü insani yardımı yapmaya, bu hastalar için insan onuruna yaraşır koşulları sağlamaya ve çekilen acıyı olabildiğince azaltmaya çalışmakla mükelleftir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14. maddesinde düzenlenen tıbbi özen gösterme yükümlülüğü, konuyla ilgisi olması bakımından burada ayrıca ele alınacaktır. Zira bu madde sadece hekimlerin değil, diğer sağlık personelinin de, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni göstermesi gerektiğinden bahseder. Tüm sağlık personeli, hastanın hayatını kurtarmanın veya sağlığını korumanın mümkün olmadığı hallerde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.

#### **6.2.13. Hastaya Gereksiz Harcama Yaptırmama Yükümlülüğü (30.m)**

Hastanın maddi imkânları hangi seviyede olursa olsun hekimler, kesin zorunluluk olmadıkça hastalarına tedavi maksatlı dahi olsa, pahalı ilaçlar ve yöntemler öneremez. Ayrıca hastaya gereksiz harcamalar yaptıramaz ve yararı olmayacağını bildiği bir tedaviyi uygulayamazlar.

Konuya ilişkin bir olayda "...hastayı gereksiz harcamalara yönlendiren ve bu surette "bıçak parası" adı altında ekstra bir ücret isteyen hekimin rüşvet almaya teşebbüs ettiği sonucuna varılmıştır. Devlet hastanesinde çocuk cerrahı olarak görev yapan sanıklardan biri, çocuğunun rahatsızlığı nedeniyle hastaneye başvuran müştekinin çocuğunun muayenesini yapıp, kan tahlili ve röntgen filmi istemiş, hastanede bunları tamamlayan müşteki daha sonra özel muayenehanesinde olduğunu öğrendiği sanık doktorun yanına giderek sonuçları göstermiş, tetkik sonrası sanık doktorun çocuğun ameliyat edilmesi gerektiğini söylemesi üzerine devlet hastanesinde yapacağı ameliyat için bıçak parası adı altında yüklü miktarda para talep etmesi ve hastanede anestezi uzmanı olarak görev yapan diğer sanık için de yine yüklü miktarda para istemesi üzerine, müştekinin bu teklifi kabul etmiş gibi gözüküp, daha sonra şikâyetçi olması üzerine; numaraları tespit edilmiş paralarla sanıkları suçüstü yakalattığı, verdiği bu paranın ödenmesi gerekmediğini bilen müştekiye karşı ikna suretiyle irtikâp suçunun oluştuğunun kabul edilemeyeceği, istenen parayı verme niyetinde olmayan müştekinin



serbest iradeyle anlaşmaya vardığının benimsenemeyeceği, böylece “bıçak parası” adı altında müştekiden para isteyen doktor açısından rüşvet istemeye eksik teşebbüs suçunun oluştuğu Yargıtay tarafından hükme bağlanmıştır<sup>444</sup>.”

Yargıtay, bir başka kararında; “...davacının "mesane felci" hastası olduğu ve yurtdışından ithal edilen, SNS adlı bir cihazla rahatsızlığının giderilebileceğinin tespit edilmesi üzerine, ilgili sağlık kurumunca hastaya bu cihazı alabileceği belirtilmiştir. Bunun üzerine hasta, kurumdan bu cihazın kendisine aynen teslimini veya bedeli olan 22.644 ABD Dolarının tahsilini istemiş, ilk derece mahkemesi somut olayın özelliklerine göre cihazın aynen teslimi veya bedelinin hastaya ödenmesinin gerekip, gerekmediğinin tespitine karar verilmiş, fakat elde edilen sonuca göre bu talep; dosya içeriğine, usul ve yasaya uygun bulunmamıştır. Davanın yasal dayanağını oluşturan 3235 sayılı kanunla sigortalılara kurum tarafından sağlık yardımlarının yapılacağı kabul edilmiş; Ek 12. maddeyle de şartları belirlenmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden; davacının bu cihazı almasının hayati önem taşıyıp taşımadığı ve Adli Tıp Kurumu'ndan alınan raporda belirtilen tedavi seçeneklerinin neler olduğu konusunda bir araştırma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple, SNS adlı cihazın davacının hastalığının tedavisinde hayati önem taşıyıp taşımadığının saptanması ve diğer tedavi seçenekleri ile birlikte değerlendirilerek elde edilen sonuca göre karar verilmesi uygun bulunmuş, bütün incelemelerin sonucunda ilk derece mahkemesinin verdiği karar bozulmuştur<sup>445</sup>.”

Döner sermayeden pay almak maksadıyla son zamanlarda hekimlerde -bilhassa özel hastanelerde hizmet gören hekimlerde- hâsıl olan ve giderek artan gereksiz tahlil ve tetkik isteme alışkanlığının da hastaya gereksiz harcama yaptırma kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Üstelik maddi kaygıya dayanan bu gibi uygulamalar zaten mağdur durumda olan ve kimi zaman ayakta duracak takati bulamayan hastaları gerekli hallerde dahi hekime başvurmadan alıkoymakta, hastane sistemi açısından ise, üstesinden gelinemeyecek kargaşalara ve zaman kaybına sebep olmaktadır.

<sup>444</sup> Y5.CD., T.24.02.2004, E.2003/7767, K.2004/1112.

<sup>445</sup> Y21.HD., T.13.09.2005, E.2005/1336, K.2005/7697.

#### **6.2.14. Hastayla İlgili Bilgilerin Hastaya Verilmesi Yükümlülüğü (31.m)**

Hekim, hastanın dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özetiyle bilgi ve belgelerin örneklerini, talep üzerine hastaya vermelidir. Yasal zorunluluk olmadıkça hekimler, bu bilgileri başkalarına veremezler. Hekim, hastanın kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilir.

#### **6.2.15. Rapor Düzenleme Yükümlülüğü (32.m)**

Hekim, bizzat muayene ve tedavi ettiği hastasına gerekli gördüğünde hastalıkla ilgili rapor verir. Bu raporda tıbbi gerekçelere bağlı olarak; istirahat, tedavi şekli, diyet, çalışma koşulları gibi hasta için gerekli olan geçici veya kalıcı bilgilerle hekimin önerileri yer alır.

Hekimler sadece tıbbi rapor değil, aynı zamanda yetkili makamın talebi halinde, adli rapor hazırlamakla da sorumludur. Hastanın tedavisini üstlenen hekim, o hastayla ilgili olarak talep edilen adli veya tıbbi raporu hazırlayabilecek bilgi ve deneyime sahip olmalıdır. Bu raporlar, hekimlerin mesleki uygulamalarında sıklıkla karşılaştıkları, adli veya tıbbi olaylarda talep edilen, yasa, yönetmelik ve tüzüklere uygun olarak hazırlanması gereken raporlardır. Ülkemizde hekimlik yapma yetkisine sahip hekimlere, adli vakalarla ilgili rapor düzenleme zorunluluğu getirilmiştir. Hekimler genellikle ceza ve hukuk davalarına esas olmak üzere, yaralanmanın vücutta oluşturduğu ağırlık derecesinin tespitine ilişkin adli ve tıbbi raporlar düzenleyecektir. Hazırlanması talep edilen ve ceza davasına ilişkin adli raporların, sağlık kurulu raporu şeklinde düzenlenmesi zorunlu değildir. Adli raporlar, öncelikle muayene ve tedaviyi yapan hekim tarafından hazırlanmalıdır<sup>446</sup>.

Ceza davalarına ilişkin bu raporlar, adli makamların istek yazısına cevaben yazılmalıdır. Yani salt kişilerin sözlü talebi üzerine adli rapor hazırlanmamalıdır. Adli makamların istek yazısına istinaden hazırlanan raporlarda sivil şahıslar için adli olgu bildirimini, Emniyet veya Jandarma karakollarıyla Cumhuriyet Başsavcılıklarına yapılmaktayken, asker şahıslar için adli olgu bildirimini, 353 sayılı Kanun'un 95. maddesine göre; sanığın bağlı olduğu Birlik Komutanlığına yapılmalıdır. Gerektiğinde hekimin ispat yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için bildirim yazılı olarak

<sup>446</sup> Harun Tuğcu, Mehmet Toygar, İ. Özgür Can, Mükerrerem Safalı, "Hekimin Adli ve Tıbbi Rapor Hazırlama Zorunluluğu", *TSK Koruyucu Hekimlik Bülteni*, 5(6), 2006, ss.466-475.

yapılması yerinde olacaktır. Hukuk davalarında da hekimlerden tıbbi rapor düzenlemeleri talep edilebilir. Hukuk davalarının bir türü olan tazminat davalarında hekimlerden, meydana gelen yaralanma sonucu oluşan iş ve güçten geri kalma süresiyle maluliyet oranının belirlenmesi istenilmektedir<sup>447</sup>.

#### **6.2.16. Uluslararası Sözleşmelere Uygun Davranma Yükümlülüğü (33.m)**

Bütün hekimler, başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere tüm insan hakları belgelerine ve hekimlikle ilgili evrensel kurallara uymakla yükümlüdür.

#### **6.2.17. İşkenceye Yardım Etmeme Yükümlülüğü (34.m)**

Hekim, tıbbi bilgi ve becerisiyle işkence ve benzeri uygulamalara katılamaz, yardımcı olamaz, gerçeğe aykırı rapor düzenleyemez. İşkence iddiası olan olgularla karşılaşan hekim, mesleki bilgi ve becerisini ancak gerçeğin ortaya çıkarılması için kullanır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 5. maddesine göre;

*“Hiç kimseye işkence ya da zalimce insanlık dışı yahut onur kırıcı davranış veya ceza uygulanamaz.”*

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre;

*“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz.”*

Ayrıca Anayasamızın 17. maddesinin üçüncü fıkrası;

*“Kimseye işkence ve eziyet yapılmaz; kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”*

hükmüne yer vermiştir.

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında; “...oto hırsızlığı yaptıkları yönünde telefon ihbarı alınan iki sanığa, suçlarını itiraf ettirmek amacıyla bir takım işkencelerin yapıldığı daha sonraki incelemeden anlaşılacakla, ilk inceleme için görevlendirilen hekimin işkence yaptıkları iddia edilen polislerin yanında ve mağdurların vücudu üzerinde gerekli tetkiki yapmaksızın, sadece sözle muayene etmek suretiyle görevini ihmal ettiği iddiası gözden geçirilmiş, hekimin mağdurların yaraları olmasına rağmen darp ve cebir izine rastlanmadığına dair rapor düzenlerken sadece mağdur beyanları doğrultusunda raporu düzenlediği ve burada sanık hekimin suç kastının bulunmadığı

<sup>447</sup> Tuğcu/Toygar/Can/Safalı, Age., s. 466 vd.

hükme bağlanmıştır.” Ancak böyle hallerde suç kastının mevcudiyeti tespit edilir ise sanık hekimin Türk Ceza Kanunu’nun 230. maddesi hükmü gereği cezalandırılması gerekecektir<sup>448</sup>.

#### **6.2.18. Tutuklu ve Hükümlülere Verilecek Tıbbi Yardım Konusundaki Yükümlülükleri (35.m)**

Tutuklu ve hükümlülerin muayenesi de diğer hastalar gibi, kişilik haklarına saygılı bir şekilde ve hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılır. Kişinin tutuklu veya hükümlü olması, diğer hastaların sahip olduğu gizlilik hakkına sahip olmalarına engel teşkil etmez. Hekimin, bu koşulların sağlanması için ilgililerden istekte bulunma hakkı ve sorumluluğu vardır. Muayene sonucu düzenlenecek belge veya raporlarda; hekimin adı, soyadı, diploma numarası ve imzası mutlaka bulunmalıdır. Belge ve raporun bir örneği de tutuklu veya hükümlüye verilir. Belge ve rapor baskı altında yazılmışsa, hekimin bu durumu en kısa zamanda meslek örgütüne bildirmesi gerekmektedir.

#### **6.2.19. Tutuklu ve Hükümlülerin Tıbbi Yardımını Reddetmesi Halinde Yükümlülükleri (36.m)**

Hekimler, muayene ve tedavi olanaklarını bilinçli olarak reddeden tutuklu ve hükümlülere bu davranışlarının sonuçlarının neler olabileceğini açıklar.

#### **6.2.20. Ölüm Cezasına Etkin Katılmama Yükümlülüğü (37.m)**

Hekimler, hiçbir zaman ölüm cezasının infazında bulunamaz, infaza yardımcı olamaz ve ölüm cezasının uygulamasında tıbbi hizmet veremezler.

#### **6.2.21. Olağanüstü Durumlar ve Savaş Halinde Yükümlülükleri (38.m)**

Hekimler, olağanüstü durumlar ve savaş halinde evrensel nitelikteki tıbbi etik kurallarını yansızlıkla uygulamalı, hasta ve yaralı sayısının çokluğu nedeniyle, herkese gerekli tıbbi yardımın verilemediği koşullarda hekimler, tedavi olasılığı yüksek olan ağır olgulara öncelik vermelidirler.

#### **6.2.22. Cinsel İlişki Muayenelerinde Hekimin Yükümlülüğü (39.m)**

Hekimler, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz. Hekim ilgilinin veya ilgili reşit

<sup>448</sup> YCGK., T.15.10.2002, E.2002/8–191, K.2002/362.

değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz.

### **6.2.23. Yayın Etiğine Uyma Yükümlülüğü (44.m)**

Hekim, araştırma verilerini değerlendirirken ve yayına hazırlarken bilimsel gerçekleri yansıtmalıdır. Çalışmaya fiilen katılmamış kişilerin adları o yayında yer alamaz. Kaynak göstermeden ve izin almadan başkalarına ait veriler, olgular ve yazılı eserler kullanılamaz.

Yukarıda sayılan tüm bu yükümlülükler, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarıyla düzenlenmiş, hekimlere ilişkin yükümlülüklerdir. Ancak hekimlerin yükümlülükleri bu metin ile sınırlı değildir. Bunun dışında Hasta Hakları Yönetmeliği de hekimlerin bir takım yükümlülüklerini düzenlemiştir.

### **6.2.24. Tıbbi Gereklik Dışında Müdahalede Bulunmama Yükümlülüğü (HHY 12.m)**

Bir hekim teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek yahut akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapamaz. Hekimden böyle bir şey yapması talep dahi edilemez.

### **6.2.25. Ötenazi Sayılacak Faaliyetlerde Bulunmama Yükümlülüğü (HHY 13.m)**

Ötenazi, öğretide;

*“Hiçbir şekilde tedavisi mümkün olmayan ve insanda acıma duygusu uyandıran bir hastalıkla yaşamak zorunda olan hastanın talebi üzerine, icrai veya ihmali bir davranış ile tıbbi yoldan hastanın hayatına son verilmesi”*

olarak tarif edilmiştir<sup>449</sup>.

Ötenazi gerçekleşme şekline göre farklı şekillerde sınıflandırılmıştır. Bu ayırımlardan en itibar göreni, aktif ötenazi ve pasif ötenazi ayırımı olmuştur. Ölmekte olan hastanın acılarını dindirmek için ilaç vermek suretiyle ölümüne yol açma durumunda aktif ötenazi, hekimin müdahale etmeksizin ölmek üzere olan ve acı çeken hasta karşısında müdahalesiz kalması halinde ise pasif ötenazinin varlığından söz edilir. Hekimlerin temel görevleri arasında, hastasının acı çekmesine göz yummamak ve bu

---

<sup>449</sup> Yılmaz, Age., s.51.

acıyı gidermekte vardır. Türk hukukunda pasif ötenazinin, hekimin hukuk kurallarıyla hükme bağlanan yükümlülüğüne ters düştüğünü söylemek gerekir. İcrai bir hareketin ceza hukuku bakımından kasten adam öldürme suçunu oluşturduğu hallerde, ihmali harekette bu suçu oluşturacaktır<sup>450</sup>. Bu sebeple ne şekilde tezahür ederse etsin, ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hiç kimse yaşama hakkından vazgeçemez. Kişinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.

Ötenazi bazen bir kimsenin verilen tedaviyi reddetmesiyle başlar. Tedavinin reddi hususunda, üstünlüğü birbiriyle yarışan iki hakkın varlığından söz edilir. Bunlar; kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve yaşama hakkıdır. Hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda kendi geleceğini özgürce belirleme hakkını kullandığı kabul edilecekse, kutsal olan yaşama hakkının korunması mümkün olmayacaktır. Zira tedaviyi ret, ölümle sonuçlanırsa hem intihara yardım ve teşvik suçunun hem de hukukumuzda kasten adam öldürme sınırları içinde değerlendirilen ötenazinin önüne geçmek mümkün olmayacaktır. Eğer yaşama hakkının korunması maksadıyla kişinin tedaviyi reddetmesine bakılmaksızın tedaviye devam edilecekse, kendi geleceğini belirleme hakkına saygı kuralı ihlal edilmiş olacaktır. Bu iki karmaşık ve fakat önemli hak arasında dengeyi kurmak zaruridir. Pasif ötenazi sayılan tedavinin hasta tarafından reddedilmesi ve bunun sonucunun ölüm olayının gerçekleşmesi halinde, hekimin hastayı iyileştirme hak ve yükümlülüğünün kapsamını belirlemek gerekecektir. Çünkü eğer bu durumda hekimin iyileştirme yükümlülüğünün olmadığı kabul edilirse, artık hastaya aktif bir müdahalede bulunulması hukuken gerekmeyecek, müdahalede bulunmama eylemi objektif isnadiyeti ortadan kaldıracak ve böylece eylem hekime yüklenemeyeceğinden, müdahalede bulunmama adam öldürme yahut intihara yardım veya teşvik olarak değerlendirilemeyecektir. Alman hukukunda talep üzerine ötenazinin gerçekleştirilmesi (aktif ötenazi) suç olduğu halde, tedavinin reddedilmesinin ölüme sebep olması durumunda hastanın iradesine mutlak bir üstünlük tanınmıştır. Gerekçe olarak öne sürülen görüş ise; tedavi konusunda rıza olmadığından hekimin müdahale zorunluluğunun ortadan kalkacağı yönündedir. Türk hukukundaki baskın görüş ise;

<sup>450</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Rıfat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2008, s.147, Özcan/Özel, Age., s.51.

hastanın tedaviyi reddetmesini kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmak olarak gören ve müdahalede bulunmamasının sonucu ölüm olsa bile, buna geçerlilik tanıyan görüşür<sup>451</sup>.

Bu görüşe göre; hastanın tedaviyi reddettiği sonucuna varan hekimin müdahalede bulunmamasıyla gerçekleşen ölüm, kasten adam öldürme yahut intihara yardım ve teşvik suçunu oluşturmaz. Ayrıca hastanın iradesinin sağlıklı olduğundan kuşku duyulan hallerde, hekimin bu iradeyi yok saymak suretiyle müdahalede bulunması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak kanaatimce, ölmek üzere olan veya dayanılmaz acılar çeken bir hastanın, tedavinin kabulü konusunda ortaya koyacağı iradenin sağlıklı bir irade olduğundan söz etmek genellikle mümkün olmaz. Bu durumda olan bir hastanın tedavinin devamı hususunda mevcut olan olumlu iradesi kural değil, istisnadır. Gerçekten de bu durumdaki hastaların artık hayattan ümidini kestiği ve dünyaya bakışının da bu yönde olduğu düşünülürse, böylesi bir rahatsızlıkla dayanılmaz acılara gark olmuş bir insandan, alması gereken tedavi hususunda sağlıklı bir irade açıklaması beklenmemelidir. Kendi geleceğini belirleme hakkının korunmaya değer olduğunun düşünülmesi, yaşama hakkı gibi kutsal bir hakkın bu şekilde bertaraf edilmesine sebep olamaz. Bilhassa, hastanın tedaviyi reddetme yönündeki rızasının sağlıklı bir iradenin varlığına dayanıp, dayanmadığı sağlam kriterlerle belirlenemediğinden, her hastanın ve hastalığın durumuna göre irade farklılık gösterebileceğinden, en önemlisi de az önce belirttiğimiz gibi bu derece sıkıntılar çekmiş, belki de hastalığından ötürü hayatının büyük bir bölümünü başka insanların yaşamadığı elemeler içinde geçirmiş, sona yaklaştığını her an hisseden ve uygulanan tedavi ve ilaçların kendisi için fayda sağlamadığını tecrübe etmiş bir insanın psikolojisinin yaşanan bu olaylardan etkilenmediğinden ve bu durumda tedavinin reddi yönünde oluşan iradesinin de sağlıklı olacağından söz etmek yersiz olacaktır. Tüm bu gerekçelerle Alman öğretisinde ve son zamanlarda hukukumuzda kabul gören, hastanın tedaviyi reddetme yönündeki iradesini temel alarak pasif ötenazi suçunun oluşmadığını, böylece hekimin müdahalede bulunmamasının kasten adam öldürme yahut intihara yardım ve teşvik sayılmayacağını kabul etmek mümkün olmayacaktır.

---

<sup>451</sup> Erman, Age., ss.164–166.

Ötenazi konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise, yaşamını makineye bağlı olarak sürdüren hastaların, makinelerinin kapatılması halinde ortaya çıkacak olan durumdur. Bu konu hakkında öğretilerde iki görüş mevcuttur. Bunlardan ilkinde göre; hekimin “uzaktaki eli” olarak nitelendirilen makinenin durdurulması, tedaviye devam edilmemesi şeklinde tezahür eden ihmali bir davranıştır. Diğer görüşe göre ise, “fiş çekme” olarak tabir edilen makinenin kapatılması, icrai bir hareket olarak nitelendirilir. Ancak her iki görüşe göre; makinenin hekim tarafından değil ve fakat üçüncü bir şahıs tarafından kapatılması durumunda istisnasız icrai bir hareketin varlığından söz edilir<sup>452</sup>.

Gerek Dünya Tabipler Birliği'nin 39. ve 44. genel kurullarında alınan kararlar, gerekse Avrupa Birliği ülkelerinde ve ABD'de ötenazi konusunda hastanın açık rızasının varlığı hususuna ilişkin uygulamalar<sup>453</sup> göz önünde bulundurulduğunda, hastanın ölme iradesine ne surette olursa olsun saygı duyulması gerektiği yönündeki inanış irdelendiğinde, öğretilerdeki aktif ve pasif ötenazi ayrımını gereksiz kıldığı görülmektedir. Bir bakıma madem hastanın rızası vardır, o halde ölmesine göz yummak olarak nitelendirilen pasif ötenazi de aslında hukuka uygundur demek gibi bir şeydir. Hastanın tedaviyi reddetmesi halinde hekimin müdahale bulunmamasının bu şekilde hukuka uygun varsayılması, hekimlere doğaüstü yükümlülükler yüklenmesinin yersiz olması düşüncesiyle açıklanamaz. Hiç kimse hekimlerden tıbbi gerçeklere göre ölmek üzere olan bir hastayı, bir mucize eseri ve her halükarda hayata döndürmesini bekleyemez. Ancak hekimin, hekim olma vasfından kaynaklanan hastaya yardım yükümlülüğü, acısını dindirme yükümlülüğü ve hatta rızanın varsayıldığı koşullarda tedaviyi sürdürme yükümlülüğü son ana kadar devam etmelidir. Bu yükümlülükle donatılmış olmak ise, sağlıklı bir iradeyle ortaya konan hastanın rızasıyla ölmesine göz yumabilmek olarak algılanmamalıdır.

Ötenazi, kasten adam öldürmek ya da ölümüne kasten yahut ihmalle yardım etmek suçunu oluşturur. Anomalili doğan bir bebeğin öldürülmesi veya ölümüne yardımcı olunması da bu suç kapsamındadır. Zira ancak tıbbi zorunluluk halinde on haftaya kadar uterustaki cenin, annenin rızası ile alınabilir. Bu durum suç teşkil etmez<sup>454</sup>.

<sup>452</sup> Erman, Age., ss.167–168.

<sup>453</sup> Erman, Age., ss.168–169.

<sup>454</sup> Günerli, Age., s.339.



Hal böyle olunca nasıl tıbbi bir zorunluluk olmadığı halde, anne rıza gösterse bile anomalili bir bebeğin dünyaya gelmesi hukuk düzenince zorunlu görüldüyse, ızdırap verici ve dayanılmaz acılar çeken ve ölmek üzere olan bir hastanın tıbbi müdahaleyi reddetme yönünde oluşan ve karmaşık duygu ve düşüncelerin sonucu olarak ortaya konan çarpık iradenin de kabul görmemesi gerekir. Anomalili bir bebekle yaşamak yahut anomalili bir insan olarak yaşamak ne derece zor ancak yaşama hakkı da o derece kutsal ise, ortalama ömrünü tüketmiş, son demlerindeki bir insana sırf rızası var diye tıbbi müdahalede bulunmaktan imtina etmek o derece yanlış bir davranış olur. Zira insan şahsiyetine yakışmayacak bu tarz bir ölümü, hiç kimse hak etmez.

#### **6.2.26. Hekimin Sadakat ve Özen Gösterme Yükümlülüğü (TDN 2, 14/1.m)**

Hekimin sadakat borcu kısaca, hastanın menfaatine uygun düşen şeyleri yapmak, ters düşen şeylerden kaçınmak şeklinde ifade edilebilir<sup>455</sup>.

Avrupa Sorumluluk Hukuku Esaslarının (Principles of European Tort Law) 4. maddesi, 102. temel normunda hukuki ilişkide gösterilmesi gereken özenin ölçüsü tarif edilmiştir. Buna göre; makul bir insandan aynı şartlarda göstermesi beklenen özen, gerekli özenin ölçüsünün belirlenmesinde esas alınır. Bu ölçü, özellikle söz konusu menfaatin niteliği ve değerine, faaliyetin tehlikesine, faaliyette bulunanın sahip olması gereken teknik bilgiye, zararın öngörülebilirliğine, ilgililer arasındaki ilişkinin yakınlığına veya taraflar arasındaki güvene göre değişir. Ayrıca, zararın meydana gelmemesi için yapılacak harcamanın tutarı yahut başka türlü davranmanın mümkün olup olmadığı da göz önünde bulundurulur. Gerekli özenin ölçüsü; kişinin yaşı, zihinsel veya fiziksel engelleri ya da olağan olmayan şartlar nedeniyle ondan söz konusu ölçüye uygun davranmasının beklenemeyecek olması durumunda, daha hafif takdir edilir<sup>456</sup>.

Yargıtay da, hekimin görevini özenle ifa etmek borcuyla yükümlendiğini bir kararında ifade etmiştir. Yargıtay'a göre hekimler tıbbi müdahalede bulunurken sonuca ulaşmak için yaptığı müdahalenin özenle ifasından sorumludur<sup>457</sup>.

Yargıtay başka bir kararında, hekimlerin tıbbi müdahalede bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin

<sup>455</sup> Ayan, Age., s.87.

<sup>456</sup> *Principles of European Tort Law*, Erişim: 12.05.2010, <http://civil.udg.edu/tort/Principles/>.

<sup>457</sup> Veysel Başpınar, "Hekimin Özen Borcu", *Sağlık Hukuku Sempozyumu, (Erzincan 15-16 Mayıs 2006)*, Ankara 2007, s.24, Y13.HD., T.06.03.2003, E.2002/13959, K.2003/ 2380, Y13.HD., T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842, Y13.HD., T.07.02.2005, E.2004/12088, K.2005/ 1728.

kurallarını gözetip uygulamak ve tedaviyi her türlü tedbiri alarak gerçekleştirmek zorunda olduğunu belirterek, özen borcuna bir kez daha dikkat çekmiştir<sup>458</sup>. Ayrıca sırf tedavi ücretini arttırmak maksadıyla hastayı yanlış bilgilendirmek, hekimin sadakat borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Tedavinin gereksiz bir şekilde uzatılması da yine aynı şekilde sadakat borcunun ihlali anlamına gelir. Peki, sadakat borcuna aykırı davranan hekim için başvurulacak kanuni yöntem nedir? Sadakat borcuna aykırı davranan hekim, kendisine duyulan güvenin boşa çıkması nedeniyle hastayı zarara sokmakta ve bu zararı gidermek yükü altına girmektedir<sup>459</sup>. Bu sebeple özen borcunu ihlal eden hekime tazminat davası açma yolu açıktır.

Yargıtay'ın son tarihli kararlarında birinde<sup>460</sup>; "...davacı, yüzündeki kırışıkların giderilmesi maksadı ile davalı doktorun yaptığı müdahalenin özensiz ve kusurlu olduğunu ileri sürmüştü ve bu müdahalenin kalıcı zararlara yol açtığı iddiasıyla manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Kararda davanın temelini vekillik sözleşmesine dayandığı, bu sebeple davacının tedavisini üstlenen hastane ve doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurlarının, hafif dahi olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Zira doktor ve hastane, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden (hekimden), tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Şu halde gereken özeni göstermeyen vekil ise, B.K'nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim

<sup>458</sup> Y13.HD., T.25.04.2002, E.2589, K.4560.

<sup>459</sup> Hancı, Age., s.156, Başpınar, Age., s.27.

<sup>460</sup> Y13.HD., T.18.09.2008, E.2008/4519, K.2008/10750.

yapılacaksa, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı ve hastayı risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınarak, en emin yol seçilmelidir. Olayda ilk derece mahkemesinin verdiği tazminat talebine yer olmadığı yönündeki karar bozulmuş ve hekimin özen borcuna aykırı davranması nedeniyle hukuki sorumluluğunun mevcut olduğu kanaatine varılmıştır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2. maddesinin birinci fıkrasında ve 14. maddesini birinci fıkrasında da hekimin özen yükümlülüğünden bahsedilir. TDN.'nin 2. maddenin birinci fıkrasına göre;

*“Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.”*

14. maddenin birinci fıkrasında ise;

*“Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir.”*

denmektedir. Hekimden beklenen özen hususunda, ne tür bir hekimin esas alınacağı mühim bir konudur. Özen yükümlüsü hekimin vasıfları öğretilde belirlenmiştir. Pratisyen bir hekimin göstereceği özen, ortalama bir pratisyen hekimin göstereceği özen iken, uzman hekimden beklenen özen ilgili ihtisas alanına dâhil ortalama bir uzman hekimin aynı hal ve şartlarda göstermesi gereken dikkat ve özen olacaktır. Hekimin göstereceği özen, sadece yapılacak tıbbi müdahaleyi değil, aynı zamanda hastanın rızasında aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünü de kapsar<sup>461</sup>.

## SONUÇ

Hekimlik oldukça özverili bir meslek dalıdır. Oldukça eski dönemlerden beri kendisinden medet umulan hekimlik mesleği bugün standart tıp kuralları çerçevesinde yürütülmesi gereken bir meslek haline gelmiştir. Gerçekten de hekimler bu mesleği icra ederken, öncelikle tıp bilimi kurallarına uygun davranmalıdır. Böylece tıbbi müdahaleden makul bir süre önce hasta hekim tarafından mutlaka aydınlatılmalı, bu aydınlatma; hastalığın gidişatını, tedavinin şekli ve süresini, tedavide kullanılacak yöntemin yahut ilacın var ise yan etkilerini, sakıncalarını ve buna benzer hususları içermelidir. Hastanın rızası aydınlatmak suretiyle hukuka uygun bir şekilde alındıktan

---

<sup>461</sup> Hancı, Age, s.157.

sonra, hekim tıbbi müdahaleyi tababet ilmi ışığında ve etik kurallara uygun olarak gerçekleştirirken, gerekli tüm dikkat ve özeni de göstermek zorundadır.

Ancak hekimin tıbbi müdahale ile ilgili yükümlülükleri hiç yahut gerektiği gibi yerine getirmemesi halinde hasta bir zarara uğrarsa, hekim kusuru oranında bu zararın giderilmesine katlanacaktır. Hekimin yanlış tıbbi müdahale nedeniyle sorumluluğu dediğimiz bu durum, hasta ve hekim ilişkisinin kurulma biçimi doğrultusunda şekillenir. Hekim ile hasta arasında hekimli sözleşmesinin kurulması halinde hekim, sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde hastaya verdiği zararın giderilmesinden sorumlu olacaktır.

Hekimlik sözleşmesinin niteliği öğretide tartışmalıdır. Hekimlik sözleşmesinin ne tür bir özel hukuk sözleşmesi olduğu konusunda başlıca 5 görüş mevcuttur. Bunlar hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olduğunu savunan görüş, eser sözleşmesi olduğunu savunan görüş, vekâlet sözleşmesi olduğunu savunan görüş, kendine özgü bir sözleşme türü olduğunu savunan görüş ve nihayet tüketici sözleşmesi olduğunu savunan görüştür. Hekimlik sözleşmesinin ne tür bir sözleşme olduğunu tespiti, hekimin yanlış tıbbi uygulama neticesinde hastaya verdiği zarara ilişkin olarak uygulanacak olan hükümlerin tespiti açısından da ehemmiyet arz eder.

Hekimlik sözleşmesi; hastanın sağlığına kavuşması amacıyla hekim ve hasta arasında kurulan, hekimin tababet ilmi kurallarını uygulamak ve meslek etiği kurallarına sadık kalmak suretiyle gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleyi kapsayan, hastanın aydınlatılması ve nihayetinde rızasının alınmasına dayanan, kanunla ayrıca düzenlenmemiş, istisnai durumlar hariç herhangi bir şekli şarta bağlanmamış, hasta açısından da bazı hak ve yükümlülükleri ihtiva eden, ücret karşılığı akdedilen bir sözleşme türüdür.

Hekimlik sözleşmesi kanunla düzenlenen hiçbir sözleşme türüne ait unsurları tam olarak muhtevasında barındırmadığından dolayı bu sözleşme bize göre kendine özgü (sui generis) sözleşme niteliğindedir. Bu sözleşmeye uygulanacak olan hükümlere

gelince, hali hazırda ayrı bir kanunla düzenlenmediğinden, Borçlar Kanunu ile düzenlenen vekâlet sözleşmesi hükümlerinin, hekimlik sözleşmesine kıyasen uygulanması gerekecektir. Ancak sadece estetik amaçla yapılan tıbbi müdahaleler ile dolgu, köprü, protez ve benzeri müdahaleleri kapsayan hekimlik sözleşmelerine vekalet sözleşmesi hükümlerinin değil, eser sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır.

Hekimle hasta arasında sözleşme ilişkisinin olmadığı hallerde hekimin verdiği zarardan mütevellit sorumluluğu ya haksız fiil hükümlerine yahut vekâletsiz iş görme hükümlerine göre tayin olunur. Dürüstlük kuralından kaynaklanan culpa in contrahendo sorumluluğunda ise, hekim ile hasta arasında henüz bir sözleşme ilişkisi kurulmamıştır. Ancak tarafların bu yönde bir takım eğilimleri yahut eylemleri söz konusudur. Sözleşme yapma arifesinde olan hekim ve/veya hastanın, bu duruma aykırı surette gerçekleşen tasarrufu Medeni Kanun'un 2. maddesiyle düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olacağından, bu sebeple zarara uğrayan hastanın zararının giderimi culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde olacaktır.

Hekim ve hasta arasında hekimlik sözleşmesi niteliğinde bir ilişki olsun olmasın hekim, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişi olması bakımından, hastaya karşı bir takım yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmek zorundadır. Hekim sadece gerekli ve doğru tıbbi müdahalede bulunmakla değil, aynı zamanda hastaya karşı sadakat ve özen borcunu gereği gibi yerine getirmekle, hastanın vakıf olduğu sırlarını saklamakla ve gerekli kayıtları özenle tutmakla yükümlüdür. Hekimin bunlara benzer daha pek çok yükümlülüğü vardır. Hastanın da asli yükümlülüğü olan ücret ödeme borcu dışında, öyküsüyle ilgili gerekli bilgi ve belgeleri hekime sunma, hekimin tavsiye ve telkinlerine uygun davranma gibi bir takım yükümlülükleri vardır.

Hekimin sebep sorumluluğu hallerinden birine dayanarak sorumlu tutulması halinde kural olarak kusurlu olma şartı aranmaz. Bundan önceki tüm sorumluluk hallerinde kusur, belirleyici unsur iken, sebep sorumluluğunda (kusursuz sorumluluk) hekimin hastaya verdiği zarardan ötürü sorumlu olması için kusurlu olması gerekmez.

Bu sorumluluk Borçlar Kanunu'nun 100. madde çerçevesinde tespit edilecek bir sorumluluktur.

Hangi tür sorumluluk olursa olsun, hastanın uğradığı zarar ya maddi yahut manevi veya hem maddi hem de manevi zarar şeklinde ortaya çıkabilir. Bu zararların giderimi için duruma göre hasta tarafından maddi tazminat davası açılabilecek, şartların mevcudiyeti halinde ise hasta manevi tazminat davası açmak suretiyle zararının giderilmesini talep edecektir.

Ancak hekimlik sözleşmesinin türü hakkında mevcut olan farklı görüşler, uygulanacak olan hükümlerin tam olarak tespit edilememiş olması ve hekimlerin tıbbi müdahalelerine ilişkin pek çok kanun, tüzük, yönetmelik gibi yasal düzenlemelerin mevcudiyeti nedeniyle yaşanan karmaşanın giderilebilmesi, bu sözleşmeyi ve konu hakkındaki pek çok hususu ayrıca düzenleyen bir "tıbbi müdahale kanununun" hazırlanması ve yürürlüğe konulmasıyla mümkün olacaktır.

**KAYNAKLAR**

- Abik, Y., “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı”, *AÜHFD.*, 54(3), 2005, 241–287.
- Akartepe, A., (2006), “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, *Sağlık Hukuku Sempozyumu, (15–16 Mayıs 2006 Erzincan)*, Ankara 2007.
- Akıllıoğlu, T., *İnsan Hakları I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:17, Ankara 1995.
- Akıntürk, T., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri)*, İstanbul 2004.
- Akipek, J. G., Akıntürk, T. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, Kişiler Hukuku, İstanbul 2007.
- Alkanat, M. B., “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, 11(5), 2002, 177–180.
- Aral, F., *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2007.
- Arpacı, A., *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, İstanbul 2000.
- Aşcıoğlu, Ç., *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki)*, Ankara 1993.
- Ayan M., *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991.
- Aydın, N., “Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2008, 297–326.
- Bayraktar, K., *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972.
- Bayındır, M. Ş., “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1–2), 2007, 551–589.
- Bozkurt, E., “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007.
- Büken, N. Ö., Büken, E., *Tıbbi Malpraktis Konusunda Tartışmalar*, Erişim: 12.05.2010, [http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/nuket\\_ornek\\_buken\\_280408.pdf](http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/nuket_ornek_buken_280408.pdf)

Canbolat, F., “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.80, 2009.

Çakar, E., Sert, G., Durmuş, O., Dinçer, Ü., Kıralp, M. Z., “Aydınlatılmış Onamın Günümüzdeki Yeri: Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Pratiğindeki Sık Uygulamalar İçin Örnekler Eşliğinde”, *Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Bilimleri Dergisi*, 12(1), 2009, 140–150.

Çakmut, Ö. Y., (2009) “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, *Sempozyum [Bildiri] 16–17 Ocak 2009 Mersin*, 1–40.

Çeker, M., *Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu*, Erişim: 12.05.2010, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_1147.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1147.htm)

Çelik, A., *Hastanelerin ve Hekimlerin Sorumluluğu*, Erişim: 12.05.2010. <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.htm>

Çolak, A., Görüşler “Hizmet Kusurundan Malpraktise”, *Türk Nöroşirürji Derneği Bülteni*, Ocak 2005, 6, 48–53.

Demir, M., “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, *AÜHFD*, 57(3), 2008, 225–252.

Demir, M., “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007.

Deryal, Y., “Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 2006, 92–101.

Deryal, Y., *Tüketici Hukuku*, Ankara 2008.

Deutsch, E., *Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu*, (Çev: İrfan Yazman), Erişim: 12.05.2010 [www.ankara.edu.tr](http://www.ankara.edu.tr).

Donay, S., “Doktorların Hukuki Sorumluluğu”, *İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, 10, 1968, 39–53.

Dural, M., *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul 1995.

Dural, M., Öğüz, T., *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2004.

Durdu, H., *Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk*, C.I, İzmir 1986.



Ekmen, A., *Avrupa Birliği Ülkeleri ve Diğer Gelişmiş Ülkelerde Malpraktis (Hatalı Tıbbi Uygulama) Sonucu Uygulanan Cezalar*, Erişim: 12.05.2010 <http://www.saglik.gov.tr>.

Er, Ü., *Sağlık Hukuku*, Ankara 2008.

Erdemir, A. D., “Üretim Fonksiyonu ile İlgili Tıbbi Uygulamaların Tıbbi Etikteki Yeri ve Bazı Orijinal Sonuçlar”, *Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi*, S.1, 1993, 27–34.

Erdoğmuş, E., *Hasta Hakları*, (Yülsek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007.

Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2008, 573–574.

Erol, G. H., *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, Ankara 2009.

Göçmen, E., “Temel Hasta Hakları”, *Güncel Hukuk Dergisi*, S.13, 2005.

Gözler, K., *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa 2009.

Günday, R., *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009.

Günerli, A., “Anestezi Uzmanlarının Mesleki ve Hukuki Sorumlulukları, Yasal Hükümler, İlgili Yasa ve Yönetmelikler”, *Türk Anest Rean Der Dergisi*, 37(6), 2009, 333–349.

Güvercin, C. H., *Türkiye’deki Gelişimi Açısından Hasta Hakları Kavramı*, (Doktora Tezi), Ankara 2007.

Hakeri, H., “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009.

Hakeri, H., *Tıp Hukuku*, Ankara 2007.

Hakeri, H., *Tıp Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara 2009.

Hancı, İ. H., *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara 2006.

Hatemi, H., *Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul 2005.

İlhan, C., *Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun şerh (Kanun, Yönetmelikler, AB Direktifleri)*, Ankara 2006.

İnce, H., İnce, N., Özyıldırım, B. A., Safran, N., “Hatalı Tıbbi Uygulama ve Korunma Yolları”, *İstanbul Tıp Fakültesi Dergisi*, S.68, 2005, 123–127.

İpekyüz, F. Y., *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, İstanbul 2006.

Kaplan, G., *İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler*, Erişim: 12.05.2010, [http://www.akader.info/KHUKA/2003\\_eylul/idareninsaglik.htm](http://www.akader.info/KHUKA/2003_eylul/idareninsaglik.htm)

Karahasan, M. R., *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.I, İstanbul 1992.

Kaya, C., *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Erişim: 12.05.2010. [http://www.yayin.adalet.gov.tr/32\\_sayi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/32_sayi.htm)

Kılıçoğlu, A., *Hekimin Hukuksal Sorumluluğu*, T Klin J Mad Ethics, 4, 1996, ss.9–11.

Kıray, L., *Sağlık Hukuku Kapsamında Sorumluluk Hukuku ve Hekimlerin Sorumluluğu*, Erişim: 12.05.2010. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=7852>

Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2008.

Kurtuluş, A., Acar, K., Boz, B., “Hekimin Yasal Sorumluluğu”, *Akademik Dizayn Dergisi*, 2(1), 2008, 10–14.

Namal, A., *Diş Hekimi ve Malpraktis*, Erişim:12.05.2010.

<http://www.ido.org.tr/dergiarsiv103.asp?ID=1018>.

Odabaşı, A. B., Tümer, A. R., Çekinik (Defansif), “Hekimlik; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Uygulanma Aşamasında Toplum Bekleyen Tehlike”, *STED*, 15(4), 2006, 55-59.

Oğuz, A., “Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, *AÜHFD*, 41(1–4), 1989–1990, 225–286.

Oğuzman, K., Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1995.

Oğuzman, M. K., Öz, M. T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2009.

Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay, S., *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul 2002.

Onar, S. S., *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.II, İstanbul 1966.

Özcan, B. G., Özel, Ç., “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 10(1), 2007, 49–73.

Özdemir, H., *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, 2004.

Özdilek, A. O., *Tıpta Yanlış Uygulama Sebebiyle (Malpraktis) Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Erişim: 12.05.2010 [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_300.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_300.htm),.

Özgönül, M. L., *Türkiye’de Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata Kavramı*, (Doktora Tezi), AÜSBE, Ankara 2010.

Özkara, E., Hancı, İ. H., “Türkiye’de Nöroşirürjiyenin Yasal Sorumlulukları ve Medikolegal Sorunları”, *Türk Nöroşirürji Dergisi*, 13(3), 2003, 213–220.

Özyurt, N. Ö., *2002–2006 Yılları Arasında Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunca Görüş Bildirilen Pediatrik Malpraktis İddiası İçeren Kararların İncelenmesi ve Tıbbi Hataların Tespiti*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2008.

Panteleón, F., *Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences*. A critical view “from outside”, Erişim: 12.05.2010, [http://www.indret.com/pdf/299\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/299_en.pdf),

Pazarcı, A. A., *Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu*, (Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2007.

Rado, T., *Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku)*, İstanbul 2001.

Reisoğlu, S., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, İstanbul 2004.

Reisoğlu, S., *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu*, İstanbul 1983, s.12.

Sarıtaş, H., *Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 2005.

Sütlaş, M., *AB Hasta Hakları Ana Sözleşmesi ve Örgütlenme*, Erişim: 12.05.2010, <http://www.sutlas.gen.tr/has-insan-1.htm>,.

Sütlaş, M., *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, İstanbul 2000.

Şenocak, Z., “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunlar”, *Tıbbi Standartlar ve İspat, Sağlık Hukuku Kurultayı*, 2007, Ankara 2008.

Tandoğan, H., *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, C.II, Ankara 1987.

Tandoğan, H., *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, C.III, Ankara 1989.

Tandoğan, H., *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Cilt I/1, İstanbul 2008.

Teke, H. Y., Alkan, H. A., Başbulut, A. Z., Cantürk, G., *Tıbbi Uygulama Hataları ile İlgili Kanuni Düzenlemelere Hekimlerin Bakışı ve Bilgilenme Düzeyi: Anket Çalışması*, Türkiye Klinikleri J Foren Med, 4, 2007, ss. 61–67.

Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok, R. M., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2008.

Tiftik, Mustafa, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Ankara 1994.

Tok, Ö., “Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre 17. ve 18. Yüzyıllarda Kayseri Örneği)”, *International Periodical For the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*, 3(4), 2008, 788–805.

Tuğcu, H., Toygar, M., Can, İ. Ö., Safalı, M., *Hekimin Adli ve Tıbbi Rapor Hazırlama Zorunluluğu*, TSK Koruyucu Hekimlik Bülteni, 5(6), 2006, 466–475.

Tuğcu, H., Yorulmaz, C., Ceylan, S., Baykal, B., Celasun, B., Koç, S., “Acil Servis Hizmetine Katılan Hekimlerin, Acil Olgularda Hekim Sorumluluğu ve Adli Tıp Sorunları Konusundaki Bilgi ve Düşünceleri”, *Gülhane Tıp Dergisi*, 45(2), 2003, 175–179.

Tuğcu, H., Yorulmaz, C., Koç, S., *Hekim Sorumluluğu ve Tıbbi Malpraktis*, Erişim: 12.05.2010, [http://www.istabip.org.tr/media/upload/klinik\\_2009\\_22/02.pdf](http://www.istabip.org.tr/media/upload/klinik_2009_22/02.pdf)

Uygun, A., *Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*, (Doktora Tezi), Ankara 2009.

Uysal, M., *Hasta Hakları ve Hasta Bilgilendirmenin Önemi*, Erişim: 12.05.2010, <http://www.konyadogumevi.gov.tr/html/makaleler/m.uysal/hasta%20haklari.pdf>.

Ünver, Y., “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı”, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, [Bildiri]*, 16–17 Ocak 2009, Mersin, 149–177.

Yalçınduran, T., *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri*, Ankara 2000.

Yavuz, C., *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1996.

Yavuz, C., Özen, B., Acar, F., *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul 2007.

Yıldırım, A., Aksu, M., Çetin, İ., Şahan, A. G., “Tokat İli Merkezinde Çalışan Hekimlerin, Tıbbi Uygulama Hataları ile İlgili Bilgi, Tutum ve Davranışları”, *Cumhuriyet Tıp Dergisi*, S.31, 2009, 356–366.

Yılmaz, B., *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 2007.

Yılmaz, E., *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1982.

Zevkliler, A., *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, İzmir 1995.

Zevkliler, A., *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Ankara 2004.

Zevkliler, A., “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, *DEÜHFD*, 1, 1983.

Zevkliler, A., Havutçu, A., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2007.

Williams, J. R., *Dünya Hekimler Birliği Tıp Etiği El Kitabı*, (Çev: Murat Civaner), Erişim: 03.06.2009., [http://www.ttb.org.tr/kutuphane/tip\\_etigi.pdf](http://www.ttb.org.tr/kutuphane/tip_etigi.pdf)

## EKLER

## Ek 1. Aydınlatılmış Onam Alma Formu

T.C. SAĞLIK BAKANLIĞI

.....HASTANESİ  
TIBBİ VE CERRAHİ MÜDAHALELERDE HASTANIN  
BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZASININ ALINMASI İLE İLGİLİ FORM  
FORMATI

<b>AÇIKLAMA</b>
Sizden okuyup anlamanızı istediğimiz bu belge, sizi ürkütme ya da yapılacak tıbbi uygulamalardan uzak tutmak için değil bu uygulamaya rıza gösterip göstermeyeceğinizi belirlemede sizi bilgilendirmek ve onayınızı almak için hazırlanmıştır.
<b>Hastanın</b> Adı ve Soyadı : Baba Adı : Dosya/Protokol No :
<b>BİLGİLENDİRMENİN İÇERİĞİ</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Önerilen tedavinin içeriği,</li> <li>b) Önerilen tedavinin amacı ve başarılı olma şansı,</li> <li>c) Önerilen tedavinin avantajları ve riskleri,</li> <li>d) Önerilen tedavinin varsa alternatifleri,</li> <li>e) Önerilen tedavinin potansiyel sonuçları,</li> <li>f) Tedavinin reddedilmesi durumunda ortaya çıkabilecek riskler ve yararlar,</li> <li>g) İyileştikten sonra beklenen büyük problemler ve hastanın normal yaşamına ve günlük aktivitelerine dönebilmesi için gerekli olan süre,</li> <li>h) Önerilen tedaviyi hastaya uygulayacak olan sağlık hizmeti sunucusunun kimlik bilgileri ve profesyonel deneyimleri,</li> <li>i) Kullanılacak ilaçların özellikleri, süresi, kullanım şekli, yan etkileri ve ilaçların etkileşimleri,</li> <li>j) Tedavi sonrası sağlığı için istenilen yaşam tarzı ve evde bakım şekli,</li> <li>k) Gerektiğinde yeniden aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşacağı.</li> </ul>
<p>.....</p> <p><b>Bilgilendirenin ve Rızayı Alanın</b> Adı Soyadı ve Ünvanı : İmzası :</p>
<b>HASTANIN / YAKININ/ VELİSİNİN/ VASİSİNİN RIZASI</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Bana verilen bilgilerin tamamını anladım ve bunu ifade edebilirim.</li> <li>b) Hekimim kafama takılan sorularımı anlaşılır biçimde cevapladı.</li> <li>c) Hastalık veya sakatlığımın konulan tanısının ne olduğunu ve olası sebeplerini biliyorum.</li> <li>d) Sorunumla ilgili önerilen tedavi seçeneklerinin ne olduğunu biliyorum.</li> <li>e) Bana önerilen işlemin benim için en iyisi olduğuna inanıyorum.</li> <li>f) Bu işlemin yarar, risk, sakınca ve yan etkilerini biliyorum.</li> <li>g) Başarı olasılığının ne olduğunu biliyorum.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>h) Sorunumun başka şekilde tedavisinin olup olmadığını biliyorum. Eğer varsa, bunların risk ve yararlarının neler olduğu bana söylendi.</li> <li>i) Tedavi olmadıysam ne olabileceğini biliyorum.</li> <li>j) "Bilgilendirilmiş Rıza Formu" nun ne anlama geldiğini biliyorum.</li> <li>k) İmzaladığım formdaki her şeyi kabul ediyorum ve kabul etmediklerimin üzerini çizdim. Bu değişikliklerden hekimim haberdar oldu.</li> <li>l) Aklım başımda ve kendimi, kararımı veremeyecek şekilde sıkıntı ve baskı içinde hissetmiyorum.</li> <li>m) Bu tıbbi müdahaleden yeterince yarar göreceğimi ve bu yararın aldığım riskten ağır bastığını düşünüyorum.</li> <li>n) İstemezsem, bu girişime rıza göstermek zorunda olmadığını biliyorum.</li> </ul>
<p>.....</p> <p><b>Hastanın / Yakının/Velisinin/Vasisinin</b> Adı Soyadı : İmzası :</p>

**Kaynak:** Cemal Hüseyin GÜVERCİN, Türkiye'deki Gelişimi Açısından Hasta Hakları Kavramı, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2007, s.300-301.

## Ek 2. Hasta Bilgilendirme ve Rıza Formu

<b>T.C.</b> <b>ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ TIP FAKÜLTESİ</b> <b>YAKÜTİYE ARAŞTIRMA HASTANESİ</b> <b>PLASTİK REKONSTRÜKTİF VE ESTETİK CERRAHI KLİNİĞİ</b> <b>HASTA BİLGİLENDİRME VE RIZA FORMU</b>	
<b>SERBEST DOKU</b> <b>AKTARIMI AMELİYATI</b>	<b>TARİH</b> : 20/05/2010 <b>HASTA ADI</b> :
<i>Amelîye İsmi</i> <i>Doğru İsmi</i>	
<p>Bu form yapılacak ameliyat ve tedaviler ile ilgili hasta ve yakınlarını bilgilendirmek için hazırlanmıştır ve okulararak onay/ibrazını yasal bir zorunluluktur. Bilgi formları değiştirilen cerrahi tedavilerin risk ve komplikasyonlarını açıklamak; diğer tedavi seçenekleri konusunda bilgi iletmek amacı ile kullanılırlar. Tanımlanan riskler godu hastanın pek çok koşulda ihtiyacını karşılayacak şekilde tanımlanmıştır. Ancak bu form bütün tedavi seçeneklerini naklenli içeren bir belge olarak düzenlenmiştir. Kendi kişisel sağlık durumunuza veya tıbbi bilginize bağlı olarak, passtik cerrahiniz size değişik bilgiler veya ek bilgiler verebilir. Aşağıda yazılı bütün bilgileri dikkatlice okuyup ameliyatsız ve kabul ediyorsanız formu imzalayınız.</p>	
<p><b><u>YAPILACAK İŞLEM</u></b> Mikrocerrahi ile serbest doku aktarımı, kaza, kanser cerrahisi, radyoterapi yanıkları, yanık izlerine bağlı aşın çukurluklar ve doğumsal anomalilerin tedavisi sırasında oluşan ve hayati önemi olan yapsın açığa çıkan geniş doku kaybıdır. Uygulanan çok özel bir cerrahi girişimdir. Doğrudan dikilerle kapatmanın mümkün olmadığı yerler ve doku kayıplarında, - Kendi kendine iyileşmesi mümkün olmayan yaralarda, - Doku kaybının çevresindeki yumuşak dokuların doku kaybı olan bölgeye kaydırılmasının mümkün olmadığı durumlarda, - Dişli, yumuşak doku, kas veya kemik gibi birden fazla dokunun kayıp olduğu durumlarda, - Memme kanseri sonrası yeniden memme oluşturulmasında, Baş boyun kanserleri, çene kemikinin tümörleri sonrası bu bölgenin bitunluğunun yeniden sağlanmasında serbest doku aktarımları uygulanmaktadır.</p> <p><b><u>ALTERNATİF TEDAVİ</u></b> Mikrocerrahi ile doku aktarımı daha kolay ve daha az riskli diğer yöntemlerin yetersiz kalacağı durumlarda uygulanmaktadır. Mikrocerrahi ile doku aktarımının diğer alternatifleri konusu bölgeden mikrocerrahi yapmaktan doku aktarımı, deri yaması yenileşimi ya da kendiliğinden iyileşmedir.</p>	
<b>HASTA İMZASI:</b>	<b>1/6</b>

<p><b><u>AMELİYAT ÖNCESİ</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Eğer sigara içiyorsanız, buna ameliyattan 2 hafta önceden iki hafta sonrasına kadar ara vermeliyiz.</li> <li>Soğuk algınlığı ya da başka bir enfeksiyon ameliyatin ertelenmesine sebep olabilir.</li> <li>Ameliyattan önce 10 gün süreyle aspirin gibi kan sulandırıcı ajanlardan kaçınılmalıdır.</li> <li>Geçmişinizdeki önemli rahatsızlıklar ve sürekli kullandığınız ilaçlar mutlaka doktora bildirilmelidir.</li> <li>Ameliyattan önce 3-4 gün süreyle yumuşak gıdalar alınmalı, posali yiyeceklerden kaçınılmalıdır. Ameliyat öncesi ağır diyet rejimlerinden kaçınılmalıdır.</li> <li>Size söylenen saatten sonra bir şey yememelidir. Bu süre operasyondan önceki 6 saatli kapsamaktadır.</li> </ul>	
<p><b><u>ANESTEZİ (NARKOZ)</u></b> Ameliyat günü veya daha öncesinde sizin için gerekli olan kan tahlilleri yapılacaktır. Aynı şekilde ameliyat öncesi dönemde anestezi konsültasyonunuz yapılacak ve size uygulanacak anestezi şekline karar verilecektir. Anestezi işleminin ve anestezi madde riskleri hakkında bilgi için "anestezi bilgilendirme formunu" inceleyiniz. Eğer bu konuyla ilgili bir endişeniz varsa anestezi doktoruyla görüşünüz. <b>Eğer bilgilendirme formu verilmeyse anestezi doktorunuzdan izleyiniz.</b></p>	
<p><b><u>AMELİYAT</u></b> Mikrocerrahi ameliyatlarda nispeten uzun süren ameliyatlardır.</p>	
<p><b><u>AMELİYAT SONRASI</u></b> Ameliyat sonrası dönemde mikroskop altında dikilen darningın içinde kan akımının devam ettiğini sağlanmasa için özel ilaçlar uygulanmaktadır. Darningdan yapılacak bu ilaç tedavisi 3-5 gün sürmektedir. Bu sayede kan akışkanlığı artırılarak anastomoz bölgesinde kan pıhtılaşması engellenmektedir. Ameliyat sonrası dönemde yerine dikilen dokunun durumu çok yakından değerlendirilmekte ve bir sorun olduğunda mümkün olduğunca erken müdahale edilmektedir. Mikroskop altında darningın dikildiği ameliyatlarda ameliyat sonrası erken dönemde yeniden ameliyat olasılığı söz konusudur. Darninglarda kan akımının durması standartlarında yeniden mikroskop altında darningların durumu değerlendirilir ve uygun tedavi yapılır. Mikrocerrahi ile doku aktarımı yapılacak olan hastaların bu olasılığı gör önleme alması gerekmektedir.</p> <p><b><u>KONTAM ALT RİSKLERİ</u></b> Karıncalar, Nadir de olsa cerrahi sırasında ya da sonrasında bir kenarına ile karşılaşılabilmektedir. Postoperatif kenarına olduğunda, biriken kanın (hematom) acil olarak boşaltılması gerekebilir. Ameliyat sırasında veya ameliyat sonrasında kan verilmesi gereksinimi olabilir.</p>	
<b>HASTA İMZASI:</b>	<b>2/6</b>

**Kan sulandırıcı ve pıhtılaşmayı önleyici ilaç gereksinimi:** Ameliyat sonrası dönemde kan sulandırıcı ve pıhtılaşmayı önleyici ilaç kullanımı gerekecektir. Bu tür ilaçların mide gibi vücutun diğer alanlarında kanamayı artırıcı etkileri vardır. Gastrit ve mide ülseri gibi sıkıştırmaya olan hastaların bu durumlarını cerrahlarına mutlaka bildirmeleri gerekmektedir.

**Sütlük tedavisi gereksinimi:** Mikrocerrahi ile damar dikilen ameliyatlarda toplardamarlar yeterince gelişmezlerse dokuda kırılı kan birikimi gelişecektir. Bu durumda kırılı kanın sütlük tedavisi ile uzaklaştırılması tüm dünyada kullanılan kurtarıcı bir tedavidir.

**Yeniden ameliyat gereksinimi:** Mikrovasküler cerrahlardan sonraki ilk 72 saat çok önemlidir. Bu dönemde olası bir probleme karşı çok sık takip yapılacaktır. Atardamarlarda ya da toplardamarlarda oluşacak bir kan pıhtısı yerine dikilen dokunun kanlanmasını bozacağından yeniden ameliyatı gerektirir. Atardamarlarda kan pıhtısı oluşma riski ilk 7 gün boyunca devam eder. Diyabet, hipertansiyon ve sigara kullanımını gibi durumlarda bu risk belirgin olarak artmaktadır. Erken dönemde dışarı ameliyat sonrası geç dönemde de aktarılan dokunun şekillendirilmesi gibi işlemler için daha küçük ameliyatlara gerekebilir. Kısmi ya da tam doku kaybı: Mikrocerrahi ile dikilen damarlarda gelişilecek kan pıhtıları ya da atardamarların büzülmesi gibi sorunlar bazen acil cerrahi girişimlerle dahi düzeltilmez. Böyle durumlarda aktarılan dokunun bir kısmının ya da tamamının kaybedilmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle yeni bir ameliyat gereksinimi olabileceği akılda tutulmalıdır.

**Duyu Kusuru:** Transfer edilen doku genellikle sinir dokusu içermez. Bu nedenle aktarılan dokuda duyu sorunu olacaktır. Bunun zamanla düzelmesi beklenmemektedir.

**Enteksiyon:** Bu tip bir cerrahiden sonra enteksiyon olma riski düşüktür. Ancak ameliyat sonrası dönemde ya da daha geç ortaya çıkabilir. Enteksiyon gelişirse tedavi, antibiyotikler ya da ek cerrahi girişimi gerektirebilir.

**Yaralı Alan Sorunları:** Doku alınan alanda değişik bölgelere özel problemler çıkması muhtemeldir. Karından kas dokusu alındığında fıtıklaşma, sırttan kas ve/veya deri alındığında ameliyat izinde aşırı nebe dokusu gelişmesi gibi istenmeyen durumlar gelişebilir ve bunlar ikinci bir ameliyat nedeni olabilir. Bu nadir komplikasyonlar hakkında cerrahınızdan bilgi alınması gereklidir.

**Clitte Bırakacağı İz:** Aşırı nebeleşme olma riski düşüktür. Nadir vakalarda anormal izler oluşabilir. İzler çirkin ve çevre deriden farklı renkte olabilir. Anormal nebeleşme için ameliyat sonrasında ek cerrahi girişim gerekebilir.

**Cerrahi Anestezi:** Hem lokal hem genel anestezi risk taşıyır. Tüm cerrahi anestezi ve sedasyon işlemlerinde en basitten ölüme kadar komplikasyonların görülmeye olası olduğu vardır.

**Allerjik Tepkiler:** Nadir vakalarda kullanılan bantlara ya da dikis malzemesine lokal allerjiler bildirilmiştir. Daha ciddi sistemik tepkiler cerrahi işlem sırasında kullanılan ya da sonrasında reçete edilen ilaçlarla gelişebilir. Allerjik reaksiyonlar ek tedavi gerektirebilir.

**Tatmin Edici Olmayan Sonuçlar:** Geçirdiğiniz cerrahi işlemlerin sonuçları ile ilgili olarak hayal kırığına uğrayabilirsiniz. Tatmin edici olmayan cerrahi medbe gelişebilir. Cerrahiye takiben ağrı olabilir. Sonuçların düzeltilmesi için ek cerrahi girişim gerekebilir.

**HASTA İMZASI:**

3/6

**DOKTORUN BEYANI**

- Hastanın durumunu
- Tedavi için ihtiyaçlarını
- Ameliyatın işlemini ve risklerini
- İlişkili tedavi seçeneklerini ve bunların risklerini
- Eğer risk gerçekleşirse olası sonuçlarını
- Hastaya göre değişen özel önemli riskleri ve sonuçları açıkladım
- Yukarıdaki konular hakkında sorular sordum
- Her türlü endişesinin giderilmesi için hastaya / yerine karar verecek kişiye fırsat tanıdım;
- Ben hastanın / yerine karar verecek kişinin yukarıdaki bilgilendirmeyi anladığımı düşünüyorum.

**Doktorun adı / Unvanı**

**İmza**

**Tarih**

**HASTANIN RIZASI**

Doktorum bana problemlerimi, yapılacak tedavi şeklini, ameliyatımı, bununla ilgili alternatif tedavileri, karşılaşılabileceğim risk ve komplikasyonları anlattı. Aklıma takılan her türlü soruyu sormam için bana fırsat tanıdı.

Ameliyatta bana serum ve gerekirse kan verilebileceğini anlattım. Ameliyatta benden ameliyatın gereği olarak; fazlalığı eksiltme, başka bir alanda kullanılmak üzere (greft veya flep denilen) veya patolojik inceleme için doku ve organ alınabileceğini anlattım.

Ameliyat sonrasında ameliyat izlerinin kalacağını, bunların yaşam boyu kaybolmayacağını anlattım. Bu izlerin en az ve iyi şekilde kalması için önerilenleri (özel kremlerle masaj, silikon levhaların uygulanması) yapmayı kabul ediyorum.

Ameliyat öncesinde ve sonrasında sigara kullanımının kann doluşmasını ve yara iyileşmesini olumsuz etkilediğini ve istenmeyen sonuçlara yol açabileceğini biliyorum.

Ameliyatta sonucu daha iyiye götürmek için deride gerekli girişimlerin (zımparalama, kimyasallarla soyma, küçük eksizyonlar [kesiler]) yapılabileceğini anlattım.

**HASTA İMZASI:**

4/6



Ameliyat öncesi, ameliyat sırasında ve ameliyat sonrasında gerekli tıbbi resim ve videoların çekilmesine izin veriyorum. Bu resim ve videoların tıbbi ve bilimsel amaçlarla başka doktorlara gösterilebileceğini biliyorum.

Genel anestezi ile ilgili risklerin de olduğunu, bunların anestezi uzmanı sorumluluğunda olduğunu ve bunlar için ayrıca açıklama yapılacağını ve form imzaleteceğimi biliyorum.

Cerrahi esnasında yaşamı tehdit eden acil bir durumda ek müdahaleler de yapılabileceğini anladım.

Cerrahi operasyon sırasında sol göğüsümün cerrahi olarak çıkarılacağı, sol gözümü kaybedeceğim doktor tarafından bana anlatıldı ve onayım alındı.

Sonuç olarak bu ameliyatın mevcut durumu iyileştirme garantisiz olmadığını, beklenen sonucun çeşitli nedenlerle elde edilememesi olasılığının olduğunu ve hatta şu anki durumdan daha kötü sonuçlar elde edilebileceğini anladım.

Ameliyatımı T.C. Atatürk Ünl. Tıp Fakültesi Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Kliniği öğretim üyesi, uzman ve asistan doktorların gerçekleştireceğini, bu hastanemin bir "Eğitim Hastanesi" olduğunu ve gerektiğinde cerrahi girişimlerin bir kısmının yada tamamının öğretim üyesi veya uzman doktor denetiminde asistan doktorlar tarafından gerçekleştirilebileceğini anlıyorum ve kabul ediyorum.

Yukarıdaki bilgilerin hepsini okudum ve bu bilgilerden başka birşey kullanmadığım ve kullanılmakta olduğum ilaç ve maddeleri, kendimle ve ailemle ilgili tüm gerekli bilgileri doktoruma söyledim. Tarafıma yapılacak olan tedavi ve ameliyata, daha sonra çıkabilecek durumlarda yapılacak tüm tedavilere, yukarıda listelenen maddelere ve aynı zamanda bana yapılan sözlü açıklamalara kendimde olarak ve irademle onay veriyorum ve ben bu tedaviyi istiyorum.

**Hasta:**

**Adı-Soyadı:**

**İmzası:**

**Tamim:** Hasta uyarak ve bilinçli olarak formu huzurunda imzalamıştır.

**Adı-Soyadı:**

**İmzası:**

**HASTA İMZASI:**

5/6

6. Bu dönemde karşılaşılan bir diğer sorun istemmeden maruz kalınan darbelerdir. Hafif darbeler bir sorun yaratmazken şiddetli olanlar şekil bozukluğuna yol açabilir. Böyle bir durumda doktora haber verilmelidir.

7. Burun ucuna yapılan girişimlerin yoğunluğuna ve kullanılan tekniğe bağlı olarak, burun ucunda geçmesi bazen ayları bulabilen uyuşukluk ve sertlik olabilir.

**Geç Dönem Sorunlar:**

1. Solumunla ilgili sorunlar yaşanabilir. Bu ameliyata bağlı olabileceği gibi ameliyat öncesi mevcut bir sorunun düzeltilmesi veya ameliyattan önce mevcut fakat fark edilmeyen bir durumun ameliyatta yapılan bazı manevralar ile daha belirgin hale gelmesinden kaynaklanabilir. Ayrıca alerjik nedenlerle solumun sorunları yaşanabilir. Şikayetleriniz ve muayene bulgularınıza göre ilaç tedavisi veya ikinci müdahaleler gündeme gelebilir.

2. Görünümle ilgili sorunlar da bir diğer geç dönem komplikasyonudur. Bunlar arasında en sık rastlanan durum ameliyat sonrası erken dönemde henüz, şişlikler tamamen düzelmeden burun şekliyle ilgili bazı sorunların aktarılmasıdır. Estetik nedenle yapılan ameliyatlarda sorunun bir an önce alınmasını beklemek şüphesiz doğaldır. Fakat ameliyat sonrası iyileşmenin uzun zaman alacağı, gün içinde değişen şişlikler olabileceği unutulmamalıdır. Burun son şeklini almasından sonra istemeyen durumlar için %5 oranda revizyon adı verilen ikinci girişimler gerekebilir. İkinci girişimleri azaltmanın en önemli yolu ameliyat öncesi beklentiler ve yapılabilecekler ile ilgili ayrıntılı bir görüşmedir. Burunun yapısal özelliklerine bağlı olarak her olgu için bazı sınırlar vardır ve bunlar etrafı bir şekilde konuşulmalıdır. Örneğin burun derisinin kalın olduğu durumlarda, burun ucunun biçim alması daha uzun bir süreç gerektirir. Bazen bu süreci hızlandırmak amacıyla burun ucuna az miktarda kortizon iğnesi yapmak gerekebilir.

3. Bir diğer sorun burun eğriliğidir. Bazen kıkırdak ve kemikteki eğrilik bir kaç planda olabilir. Bu durumda yapılan ameliyat çok ayrıntılı planlanıp uygulanırsa bile, ameliyat öncesinden çok daha iyi olmasına karşın bir ölçüde eğrilik kalabilir veya zaman içinde gelişebilir. Böyle bir olasılik varsa operasyon öncesi size söylenir ve ne oranda düzeltilme olacağı anlatılır.

**DOKTORUN BEYANI**

- Hastanın durumunu
- Tedavi için ihtiyaçlarını
- Ameliyatın işlenimi ve risklerini
- İlişkili tedavi seçeneklerini ve bunların risklerini
- Eğer risk gerçekleştirse olası sonuçlarını
- Hastaya göre değişen özel önemli riskleri ve sonuçları açıkladım

**HASTA İMZASI:**

5/7

**Ek 3. Kaza Tutanağı**

.....  
Olayın Nev'i  
.....

.....  
Dosya No

.....  
Yattığı Servis  
.....

**TUTANAK**

.../.../2010 Günü Saat..... sınırlarında..... İli..... İlçesi  
..... mevkiinden..... olayı  
sonucu Erzurum Yakutiye Araştırma Hastanesi..... servisinde müşahede altına  
alınan aslen..... İli..... İlçesi..... köy/mbb nüfusuna  
kayıtlı, halen..... sayılı yerde  
ikamet etmekte olan..... oğlu/kızı..... doğumlu.....  
isimli şahsın..... ifadesine başvurulmuş şahıs olay vuku bulduktan sonra  
..... polis/jandarma görevlilerine olayla ilgili olacak ifade  
VERDİĞİNİ -VERECEĞİNİ beyan etmesi üzerine ifadesinin alınmadığına dair;  
İş bu tutanak tarafımızdan tanzimle altı birlikte imza altına alınmıştır.../.../2010 - Saat...

.....  
Polis Memuru

Yakutiye Arş.Hast Polisi

.....  
İfade Sahibi Yakını

.....  
Mağdur Mağdure

.....  
İfade Sahibi

**Kaynak:** Atatürk Üniversitesi Araştırma Hastanesi

## Ek 4. Hasta Sevk Formu

FORMA

## HASTA SEVK FORMU

Formu düzenleyen sağlık hizmeti sunucusu	
T.C Atatürk Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkez Müdürlüğü Erzurum	
Rapor No:	
Sevk Tarihi:	
Sevk Yapan Birim:	
Sigortalının Adı Soyadı:	T.C Kimlik No:
Hastanın Adı Soyadı:	T.C Kimlik No:
Hastanın Doğum Yeri/Tarihi:	
Dosya No :	Protokol No
Tanı :	
.....	
Sevk Vasıtası :	
Refakatçi Durumu (*):	
Gideceği Şehir :	
Gideceği Sağlık Kurum/Kuruluşu :	
Sevk Eden Hekim Kaşe/ İmza	Başhekim İmza/Mühür

(\*) Sağlık durumları dolayısıyla kendilerine başka birinin eşlik etmesinin tıbben gerekli bulunduğu belirtilmesi gerekmektedir

(\*\*) Aile hekimlerince yapılan sevklerde başhekim onayı aranmaz

Sevk nedeniyle müracaat edilen sağlık kurum/kuruluşuna başvuru tarihi	...../...../.....
Müracaat edilen sağlık kurum/kuruluşundan ayrılış tarihi	...../...../.....

SEVK FORMUNUN BİR ÖRNEĞİ MÜRACAAT EDİLEN SAĞLIK KURUM/KURULUŞUNDAN AYRILIŞ AŞAMASINDA HASTAYA VERİLECEKTİR

**Kaynak:** Atatürk Üniversitesi Araştırma Hastanesi

## Ek 5. Hasta Kabul Formu

## HASTA KABUL FORMU

İsim *	:	<input type="text"/>
Soyisim *	:	<input type="text"/>
Cinsiyet	:	<input type="text" value="Bayan"/>
Doğum Tarihi	:	<input type="text" value=""/> / <input type="text" value=""/> / <input type="text" value=""/>
Telefon *	:	+ <input type="text"/>
Adres	:	<input type="text"/>
Ülke	:	<input type="text"/>
E-Mail *	:	<input type="text"/>
<b>Tedaviler</b>		
Göz Cerrahi	:	<input type="text" value="Seçiniz"/> <ul style="list-style-type: none"> <li>Seçiniz</li> <li>LAZER - STANDART</li> <li>LAZER - FEMTO LASİK</li> <li>LAZER - EPİLASİK</li> <li>KATARAK - FAKO + İÖL</li> <li>KATARAK - FAKO + MULTİFOCAL İÖL</li> </ul>
CYBERKNİFE Radyasyon Onkolojisi	:	<input type="text" value="Seçiniz"/> <ul style="list-style-type: none"> <li>Seçiniz</li> <li>CYBERKNİFE BEYİN PAKET</li> <li>CYBERKNİFE AKCİĞER PAKET</li> <li>CYBERKNİFE KARACİĞER PAKET</li> <li>CYBERKNİFE BAŞ ve BOYUN PAKET</li> <li>CYBERKNİFE PROSTAT PAKET</li> <li>CYBERKNİFE KARACİĞER PAKET</li> <li>CYBERKNİFE OMURGA PAKET</li> <li>CYBERKNİFE PANKREAS PAKET</li> <li>CYBERKNİFE PANKREAS PAKET</li> </ul>
Nöroşirurji – Sinir Cerrahi	:	<input type="text" value="Seçiniz"/> <ul style="list-style-type: none"> <li>Seçiniz</li> <li>HİDROSEFALİ SHUNT AMELİYATI</li> <li>STEREOTAKSİK BİYOPSİ</li> <li>ENDOSKOPIK TÜMÖR BİYOPSİ</li> <li>LATERAL İNTRAVENTRİKÜLER TÜMÖR AMELİYATI</li> <li>LOMBER LAMİNEKTOMİ</li> <li>MİKROŞİRURJİKAL TEKNİĞİ KULLANILAN DİSKEKTOMİ, TEK SEVİYE</li> </ul>
Genel Cerrahi	:	<input type="text" value="Seçiniz"/> <ul style="list-style-type: none"> <li>Seçiniz</li> <li>KOLESİSTEKTOMİ</li> <li>LOBEKTOMİ</li> <li>LOMBER DİSK HERNİSİ TAMİRİ</li> <li>HEPATEKTOMİ, TOTAL</li> <li>METASTAZEKTOMİ</li> <li>GASTREKTOMİ, RADİKAL, TOTAL</li> </ul>
Kardiyoloji	:	<input type="text" value="Seçiniz"/> <ul style="list-style-type: none"> <li>Seçiniz</li> <li>SAG KALP KATETERİZASYONU</li> <li>SAG VE SOL KALP KATETERİZASYONU</li> <li>SEÇMELİ KORONER ANJİOGRAFİSİ</li> </ul>

**Kaynak:** [http://www.syglobalmedikal.com/form\\_tr.aspx](http://www.syglobalmedikal.com/form_tr.aspx), Erişim: 12.09.2010.

**Ek 6. Sosyal Güvencesi Olan Hasta İçin Kabul Taahhütnamesi****TAAHHÜTNAME**

Kurumunuzun/Kuruluşunuz ile SOSYAL GÜVENLİK KURUMU BAŞKANLIĞI (SGK) arasında yaptığınız "SÖZLEŞME" kapsamında;

Talep ettiğim her türlü sağlık hizmeti (muayene, tetkik/tahlil, müdahale, ameliyat ve her türlü komplikasyonlar) için SGK tarafından ödenecek ücret dışında, Kurumunuzun/Kuruluşunuzun talep edeceği ilave ücretleri (farkları) Madde 3.1.3.1 uyarınca kabul ettiğimi, ödediğim ilave ücretlerin SGK tarafından şahsıma geri ödenmeyeceğini (Madde 3.1.3.2), bu amaçla SGK' ya müracaat etmeyeceğimi ve böyle bir hakkımın olmadığını (Madde 3.1.3.2), kabul ve taahhüt ederim.

Ayrıca hak sahibi olduğuma dair belgelerin eksik kalması veya tamamlanamaması halinde Kurum/Kuruluşunuzdan alacağım tüm hizmetlerin bedelini cari fiyatlarınızdan ödeyeceğimi de kabul ve taahhüt ederim.

**Hasta veya Yakınının :**

Adı - Soyadı : DENEMEDENEME  
 TC Kimlik No : 11111111110  
 Yaşı : 30  
 Kendisi değilse yakınlığı :  
 Telefon : Cep: 5551111111 -İş: 4423290000-Ev: 5411111111  
 Adres : SİNEFÜ BİLİŞİM / bizMED  
 Dosya/Prot. No : 1 / 50954  
 Geliş Tarihi : 05.07.2010 14:07:28

İmza :

**İlgili Madde Açıklamaları**

3.1.3 Muayene, tetkik ve tedavilerde ilave ücret talebi;

3.1.3.1 Sağlık hizmeti sunucusu, SUT'un (24.3.3) numaralı maddesinde ilave ücret alınmayacağı belirtilen sağlık hizmetleri dışında sunduğu muayene, tetkik ve tedavi amacıyla yapılacak her işlem öncesinde, hasta veya hasta yakınının yazılı onayını alarak; Kurumca Ödenecek ücret dışında Kurumca belirtilen ilave olarak alınabilecek oranı geçmemek kaydıyla ilave ücret talebinde bulunabilir. İşlemden önce yazılı onay alınmadan, işlemler sonrasında herhangi bir gerece ileri sürerek ilave ücret talebinde bulunması veya Kurumca belirlenen orandan fazla ilave ücret alındığının tespit edilmesi halinde bu sözleşmenin (5.1.11) numaralı maddesine göre işlem yapılır. Kurumla sözleşmeli özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından otelcilik hizmetleri için SUT'un (24.3.5) numaralı maddesi, istisnai sağlık hizmetleri için SUT'un (24.3.4) numaralı maddesi doğrultusunda kişilerden ilave ücret talep edilebilir. SUT'la belirtilen tutarın aşılması halinde bu sözleşmenin (5.1.11) numaralı maddesine göre işlem yapılır.

3.1.3.2 Sağlık hizmeti sunucusu tarafından talep edilebilecek ilave ücretler için alınacak yazılı onayda, bu ilave ücretin Kurumdan talep edilemeyeceğinin taahhüt edildiğine dair ibare bulunacaktır.

Erzurum Tel: 0442 327 32 43 - 0442 329 00 00 Basmane-İzmir Tel : 0232 446 08 80 pbx Bornova-İzmir Tel : 0232 343 44 45 Fax: 0232 343 56

**Ek 7. Sosyal Güvencesi Olmayan Hasta İçin Kabul Taahhütnamesi****TAAHHÜTNAME**

Talep ettiğim her türlü sağlık hizmeti Kurumunuzun/Kuruluşunuz talep edeceği ücretleri ödemeyi kabul ve taahhüt ederim.

**Hasta veya Yakınının :**

Adı - Soyadı : DENEME DENEME  
 TC Kimlik No : 11111111110  
 Yaşı : 30  
 Kendisi değilse yakınlığı :  
 Telefon : Cep: 5551111111 -İş: 4423290000-Ev: 5411111111  
 Adres : SİNEFÜ BİLİŞİM / bizMED  
 Dosya/Prot. No : 1 / 50954  
 Geliş Tarihi : 05.07.2010 14:07:28

İmza :

**İlgili Madde Açıklamaları**

3.1.3 Muayene, tetkik ve tedavilerde ilave ücret talebi;

3.1.3.3 Sağlık hizmeti sunucusu, SUT'un (24.3.3) numaralı maddesinde ilave ücret alınmayacağı belirtilen sağlık hizmetleri dışında sunduğu muayene, tetkik ve tedavi amacıyla yapılacak her işlem öncesinde, hasta veya hasta yakınının yazılı onayını alarak; Kurumca Ödenecek ücret dışında Kurumca belirtilen ilave olarak alınabilecek oranı geçmemek kaydıyla ilave ücret talebinde bulunabilir. İşlemden önce yazılı onay alınmadan, işlemler sonrasında herhangi bir gereke ileri sürerek ilave ücret talebinde bulunması veya Kurumca belirlenen orandan fazla ilave ücret alındığının tespit edilmesi halinde bu sözleşmenin (5.1.11) numaralı maddesine göre işlem yapılır. Kurumla sözleşmeli özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından otelcilik hizmetleri için SUT'un (24.3.5) nurnara!) maddesi, istisnai sağlık hizmetleri için SUT'un (24.3.4) numaralı maddesi doğrultusunda kişilerden ilave ücret talep edilebilir. SUT'la belirtilen tutarın aşılması halinde bu sözleşmenin (5.1.11) numaralı maddesine göre işlem yapılır.

3.1.3.4 Sağlık hizmeti sunucusu tarafından talep edilebilecek ilave ücretler için alınacak yazılı onayda, bu ilave ücretin Kurumdan talep edilemeyeceğinin taahhüt edildiğine dair ibare bulunacaktır.

Erzurum Tel: 0442 327 32 43 - 0442 329 00 00 Basmane-İzmir Tel : 0232 446 08 80 pbx Bornova-İzmir Tel : 0232 343 44 45 Fax: 0232 343 56

03-01 F04

www.sifatip.com.tr e-maîi:s:fa@sifatfp.com.tr  
Rev:01

25.02.09

**ÖZGEÇMİŞ**

Olçay Işık, 1978 yılında Köln/Almanya’da doğdu. 1994 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesine kayıt yaptırdı. 1999 yılında Hukuk bölümünden mezun olduktan sonra aynı yıl avukatlık stajını Denizli’de tamamladı. 2000 yılında gittiği Amerika Birleşik Devletleri’nde bir takım hukuk bürolarında incelemelerde bulundu. 2006 yılında Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde Hukuk Okutmanı olarak göreve başladı. 2007 yılında aynı üniversitenin Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans programına kayıt yaptırdı. 2009 yılından beri Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesinde görev yapmaktadır. Evli ve üç çocuk annesidir.