

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



AYAKTA TEDAVİLERDE ÖZEL SAĞLIK KURULUŞUNUN ECZACININ
VE İLAÇ ÜRETİCİSİNİN SORUMLULUĞU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

CİHAN ALP

Ocak, 2014

[Cihan Alp]

[Yüksek Lisans Tezi]

[2014]

AYAKTA TEDAVİLERDE ÖZEL SAĞLIK KURULUŞUNUN ECZACININ VE İLAÇ
ÜRETİCİSİNİN SORUMLULUĞU

CİHAN ALP

Özel Hukuk Programı'nda Yüksek Lisans derecesi
için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla
Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne
teslim edilmiştir.

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ

Ocak, 2014

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

AYAKTA TEDAVİLERDE ÖZEL SAĞLIK KURULUŞUNUN ECZACININ VE İLAÇ
ÜRETİCİSİNİN SORUMLULUĞU

CİHAN ALP

ONAYLAYANLAR:

Yard. Doç. Dr. Özge Uzun Kazmacı
Kadir Has Üniversitesi

Prof. Dr. Pervin Somer
Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi

Yard. Doç. Dr. Esra Hamamcıoğlu
Kadir Has Üniversitesi

ONAY TARİHİ: 2/1/2014

“Ben, Cihan Alp, bu Yüksek Lisans Tezinde sunulan çalışmanın şahsıma ait olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntılarını kaynaklarını kurallara uygun biçimde tez içerisinde belirttiğimi onaylıyorum.”

CİHAN ALP

ÖZET

AYAKTA TEDAVİLERDE ÖZEL SAĞLIK KURULUŞUNUN ECZACININ VE İLAÇ ÜRETİCİSİNİN SORUMLULUĞU

Cihan Alp

Özel Hukuk, Yüksek Lisans

Danışman: Yard.Doç.Dr. Özge Uzun Kazmacı

Ocak, 2014

Sağlık hizmetlerinden yararlanan kişilerin en kolay ulaştığı ve en sık başvurduğu tedavi yöntemi ayakta tedavilerdir. Ayakta tedavilerde ise en sık başvurulan yöntem ilaç tedavisidir. İlaç tedavisinde hekim hasta için uygun gördüğü ilaçları, ilaçların doz ve kullanım sıklıklarını eczacıya hitaben reçeteye yazar. Eczacı da kimi zaman ilaç üreticileri tarafından üretilmiş farmasötik preparatları, kimi zaman da kendi hazırladığı majistral ilaçları hastaya verir. Bazen de eczacı reçeteye tabi olmayan bir ilacı hastaya verebilir. Bu çalışmada, yukarıda bahsedilen sistem içerisinde yer alan hekim veya özel sağlık kuruluşunun, eczacının ve ilaç üreticisinin hukuki sorumluluğu; son bölümde ise sorumluluğun sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel Sağlık Kuruluşunun Sorumluluğu, Hekimin Sorumluluğu, Eczacının Sorumluluğu, İlaç Üreticisinin Sorumluluğu

ABSTRACT

LEGAL LIABILITY OF PRIVATE HEALTH CARE PROVIDERS PHARMACISTS AND PHARMACEUTICAL MANUFACTURERS IN OUTPATIENT CARE

Cihan Alp

Master of Science in Private Law

Advisor: Assist. Prof. Ozge Uzun Kazmaci

January, 2014

The easiest reached and most frequently applied treatment method of people who use health services is outpatient care. Medication is the most commonly used method in outpatient care. As physicians deem appropriate medication, dose and frequency of use of drugs for the patient, prescribe addressed to the pharmacist. Pharmacists may give drugs which produced by pharmaceutical manufacturers or their prepared magistral preparation to patients. Pharmacists also sometimes give over-the-counter drugs to patients. In this thesis, legal liability of within the above mentioned system of private health care providers or physicians, pharmacists and pharmaceutical manufacturers; in the last section, the results of liability were examined.

Keywords: Liability of Private Health Care Providers, Liability of Physicians, Liability of Pharmacists, Liability of Pharmaceutical Manufacturers

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR	VII
KAYNAKÇA	IX
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM İLACA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

I. İLAÇ TANIMI	3
II. REÇETE KAVRAMI VE REÇETE YAZIM İLKELERİ	8
A. Reçete Kavramı	8
B. Reçete Yazımına İlişkin İlkeler	9
III. AKILCI İLAÇ KULLANIMI	12
IV. AYDINLATILMIŞ ONAM	16

İKİNCİ BÖLÜM AYAKTA TEDAVİ YAPILAN ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARININ VE HEKİMİN SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK	20
II. AYAKTA TEDAVİ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK	20
A. Ayakta Tedavi Sözleşmesi	20
1. Genel Olarak	20
2. Hukuki Niteliği	22
3. Tarafları	25
4. Unsurları	26
a. Tıbbi Edimlerin Ayakta Tedavi Hizmeti Veren Özel Sağlık Kuruluşu Tarafından İfa Edilmesi	27
b. Ayakta Tedaviye İlişkin Edimlerin İfası	27
c. Ücret	28
d. Taraflar Arasında Anlaşma	30
e. Tedavinin Sonucundan Sorumlu Olmama	31
5. Tarafların Borçları	32
a. Ayakta Tedavi Hizmeti Veren Özel Sağlık Kuruluşunun Borçları	32

aa. Tedavi Borcu	33
bb. Sadakat ve Özen Borcu	37
cc. Kayıt Tutma Borcu	41
dd. Sır Saklama Borcu	43
b. Hastanın Borçları	45
aa. Ücret Ödeme Borcu	45
bb. Hastanın Diğer Borçları	46
B. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk	48
1. Genel Olarak	48
2. Özel Sağlık Kuruluşunun Sorumluluğu	49
a. Genel Olarak	49
b. Sorumluluğun Şartları	49
aa. Hekimin Yardımcı Şahıs Sıfatıyla Hareket Etmesi	49
bb. Yardımcı Şahıs Kullanımının Borca Aykırı Olmaması	50
cc. Hekimin, Özel Sağlık Kuruluşunun Borcuna Aykırı Davranışla Zarar Vermesi	50
dd. Sorumluluğu Daraltan veya Kaldıran Anlaşmaların Olmaması	51
3. Hekimin Sorumluluğu	51
a. Genel Olarak	51
b. Sorumluluğun Şartları	52
aa. Sözleşmeye Aykırı Davranış	52
bb. Kusur	52
cc. Zarar	54
dd. İlliyet Bağı	55
III. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU	55
A. Özel Sağlık Kuruluşunun Haksız Fiil Sorumluluğu	55
B. Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu	57
1. Genel Olarak	57
2. Sorumluluğun Şartları	58
a. Hukuka Aykırı Eylem	58
aa. Yanlış İlaç Yazılması	59
bb. Yanlış Tedavi Yolunun Öngörülmesi	59
cc. İlaç Kullanımının Yanlış Tarifi Edilmesi	60
dd. Tedavinin Hatalı Planlanması	61
ee. Reçetede Maddi Hatalar	62
b. Kusur	63
c. Zarar	63
d. İlliyet Bağı	64
aa. Genel Olarak	64
bb. İlliyet Bağının Kesilmesi	64
aaa. Zarar Görenin Ağır Kusuru	64
bbb. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru	65
ccc. Mücbir Sebep	65

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM **ECZACININ VE İLAÇ ÜRETİCİSİNİN SORUMLULUĞU**

I. ECZACININ SORUMLULUĞU	67
A. Genel Olarak	67
B. Eczacıyla Hasta Arasındaki İlişki	67
C. Eczacının Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu	70
1. Genel Olarak	70
2. Sözleşmeye Aykırılıktan Kaynaklanan Sorumluluk	71
a. Sorumluluğun Şartları	71
aa. Sözleşmeye Aykırı Davranış	71
bb. Kusur	71
cc. Zarar	75
dd. İlliyet Bağı	76
b. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk	76
3. Ayıptan Kaynaklanan Sorumluluk	77
a. Genel Olarak	77
b. Sorumluluğun Şartları	78
aa. Ayıbın İlacın Hastaya (Tüketiciye) Teslimi Sırasında Var Olması	79
bb. Ayıbın Önemli Olması	80
cc. Ayıbın Bildirim Süresi İçinde Eczacıya Bildirilmesi	80
c. Tüketicinin (Hastanın) Seçimlik Hakları	81
D. Eczacının Haksız Fiil Sorumluluğu	82
1. Eczacının Kusura Dayalı Sorumluluğu	82
2. Mesûl Müdür Eczacının Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu	84
a. Eczacının İfa Yardımcıları	84
b. Sorumluluğun Şartları	85
II. İLAÇ ÜRETİCİSİNİN SORUMLULUĞU	86
A. Sorumlular	86
1. Genel Olarak	86
2. İlaç İmalatçısı	86
3. İlaç İthalatçısı	88
4. Ecza Deposu	89
B. Sorumluluğun Niteliği	90
1. Tehlike Sorumluluğu	90
a. Genel Olarak	90
b. Tehlike Sorumluluğunun Şartları	92
aa. Genel Olarak	92
bb. Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden Bir İşletme Faaliyeti: İlacın Piyasaya Sürülmesi	92
cc. Zarar	93
dd. İlliyet Bağı	94
2. Tüketici Hukukundan Doğan Sorumluluk	95
a. Genel Olarak	95
b. Seçimlik Haklar	99

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK	100
II. MADDİ TAZMİNAT	100
A. Genel Olarak	100
B. Maddi Zararın Belirlenmesi	102
1. Genel Olarak	102
2. Ölüm Halinde Uğranılan Zararın Belirlenmesi	103
3. Bedensel Zararın Belirlenmesi	105
C. Tazminatın Belirlenmesine Etki Eden Faktörler	107
1. Kusurun Derecesi	107
2. Diğer Faktörler	108
III. MANEVİ TAZMİNAT	110
IV. SORUMLULUKLARIN YARIŞMASI	112
V. MÜTESELSİL SORUMLULUK	115
VI. ZAMANAŞIMI	118
SONUÇ	120

KISALTMALAR

ATTYÖSKHY	Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu (mülga)
C.	Cilt
c.	cümle
E.	Esas
f.	fıkra
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
K.	Karar
m.	madde
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
SGK	Sosyal Güvenlik Kurumu
SUT	Sağlık Uygulama Tebliği
T.	Tarih

TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDN	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TEDT	Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	Türk Medeni Kanunu
vd.	ve devamı
Y.	Yargıtay

KAYNAKÇA

- AKARTEPE, Alpaslan:** "Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s.13-22.
- AKBENLİOĞLU, Sevgi:** Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İstanbul 2010.
- AKÇAAL, Mehmet:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu; Ankara Barosu Dergisi, S.2012/3, s.253-290.
- AKÇURA KARAMAN, Tuba:** Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- AKINCI, Şahin:** Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.
- AKKANAT, Halil:** "İlaç Kullanımından Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk Açısından Hasta – Hekim – Üretici İlişkileri", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, s.75-84.
- AKTAY, Göknur/HANCI, İ. Hamit/BALSEVEN, Aysun:** İlaç Etkileşimleri ve Hekim Sorumluluğu, <http://www.ttb.org.tr/STED/sted0703/ilac.pdf>.
- ANTALYA, O. Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2013.
- ARAL, Fahrettin:** Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.
- AŞÇIOĞLU, Çetin:** Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.
- ATABEK, Reşat/SEZEN, Merih:** "Hekimin Mesuliyeti", İstanbul Barosu Dergisi, C. 28, İstanbul 1954, s.135-166.
- ATAMER, Yeşim M.:** Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramı, İstanbul 1996.

AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

AYDIN, Erdem/ERSOY, Nermin: Tıbbi Etik'te "Adalet İlkesi", http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersoy/tibbi_etikte_adalet_ilkesi.pdf.

BAŞPINAR, Veynel: "İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s.23-38.

BAŞPINAR, Veynel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.

BAYSAL, Başak: Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012.

BELGESAY, Mustafa Reşit: Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1953.

ÇETİN, Gürsel: Tıbbi Malpraktis, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4802.pdf>.

ÇOBANOĞLU, Nesrin: "Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onam", Sağlık Hukuku Digestası, S.1, Ankara 2009, s.70-86.

DEMİR, Mehmet: "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-demir.pdf>, (Hekim).

DEMİR, Mehmet: "İlaç Kullanımı Sonucu Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu", TBB Dergisi, S.89, 2010, (İlaç), s.96-128.

DEMİR, Mehmet: Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010, (Organizasyon).

DERYAL, Yahya: Tüketici Hukuku, Ankara 2008.

DOĞAN, Murat: "Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, s.39-56.

DÖKMECİ, İsmet: Farmakoloji Kısaltılmış Temel Bilgiler, İstanbul 2011.

DURAL, Mustafa: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 24-25 Nisan 2008, İstanbul 2011, s.249-258.

Dünya Sağlık Örgütü: Rational Uses of Drugs, Report of Conference of Experts, Nairobi, 25-29 November 1985, <http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s17054e/s17054e.pdf>.

Dünya Sağlık Örgütü: Reçete Yazma Rehberi Pratik El Kitabı, http://www.akilciilac.gov.tr/wp-content/uploads/2013/05/recete_yazma_rehberi.pdf, (Reçete Yazma Rehberi).

EMİROĞLU, Haluk: Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1080/1659.pdf.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

ERMAN, Hasan: "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, s.143-153.

GÖÇMEN, Erkin/GÖÇMEN, Ali: "İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu", İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.3, 2003, s.640-645.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, İstanbul 2012.

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2009.

HANCI, İ.Hamit: Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006.

HAVUTÇU, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005.

İSKİT, Alper B.: "İlaç Araştırma Dönemleri", <http://www.ttb.org.tr/STED/2007/subat/ilac.pdf>.

KIRCA, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.

KÖPRÜLÜ, Ömer: "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", İstanbul Barosu Dergisi, C.58, S.10-11-12, 1984, s.590-614.

KURT, Ekrem: "Hekimlik Sözleşmeleri", Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 24-25 Nisan 2008, İstanbul, 2011, s.59-76.

NAMAL, Arın: "Hastanın İlaç Kullanma Kararına Etki Eden Sorunlu Araçlar: Sağlık Portalleri ve İlaç Prospektüsleri – Etik Bakışın Düşündürdükleri", İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, 8 Ekim 2008, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No. 15, İstanbul 2008, s.211-231.

NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.

NOMER, Halûk N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, (Haksız Fiil).

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I-II, İstanbul 2013.

OKTAY, Şule/KAYAALP, S. Oğuz: Reçete Yazma Kuralları ve Rasyonel İlaç Kullanımı, http://www.kappa-crt.com.tr/file/recete_yazma.pdf.

ÖZATA, Musa/ASLAN, Şebnem/METE, Mustafa: Rasyonel İlaç Kullanımının Hasta Güvenliğine Etkileri: Hekimlerin Rasyonel İlaç Kullanımına Etki Eden Faktörlerin Belirlenmesi, http://www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/sos_mak/articles/2008/20/MO-SA-MM.PDF.

ÖZAY, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.

ÖZCAN Burcu G./ÖZEL, Çağlar: Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, <http://www.sid.hacettepe.edu.tr/Makale/101.3.pdf>.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu, http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2011_1_8.pdf, (Diş Hekimi).

ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, (Teşhis ve Tedavi).

ÖZEL, Çağlar/ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G.: Akılcı İlaç Kullanımından Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmeczua/article/viewFile/10511/9748>.

ÖZEL, Çağlar: "Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişki", Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 7-8 Kasım 2008, s.241-252.

ÖZKAN, Hasan/ÖNER AKYILDIZ, Sunay: Açıklamalı İçtihatlı Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, Ankara 2008.

ÖZPINAR, Berna: Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2007.

PETEK, Hasan: Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergi81/pdf/petek7.pdf>, (Estetik).

PETEK, Hasan: İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2009, (İlaç).

SARIAL, Enis: Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.

SEZGİN HUYSAL, Ayşegül: İlaç Patenti, İstanbul 2010.

SOMER, Pervin: "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 24-25 Nisan 2008, İstanbul 2011, s.41-57.

SOMER, Pervin: "Tıbbi Kayıtlar", Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara 2011, 526-553.

SÜTLAŞ, Mustafa: "İlaç ve Hasta Hakları", Toplum ve Hekim, Eylül-Ekim 2004, C.19, S.5, s.381-382.

ŞENTÜRK, İsmail Hakkı: "Eczacının Hukuki Açından Sorumluluğu", T.C. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997.

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 2010, (Borçlar).

TANDOĞAN, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010, (Mesuliyet).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TOKLU, Hale Zerrin/AYANOĞLU DÜLGER, Gül: Akılcı İlaç Kullanımı ve Eczacının Rolü [http://www.marmaraeczacilikdergisi.com/pdf/pdf_MPJ_271 .pdf](http://www.marmaraeczacilikdergisi.com/pdf/pdf_MPJ_271.pdf).

TUNÇTAN, Bahar: Akılcı İlaç Kullanımında Eczacının Rolü, http://www.e-kutuphane.teb.org.tr/pdf/eczaciodyayinlari/galenova_1_1/6.pdf.

Türkiye Eczacılar Birliği: Reçetesiz İlaçlar İlkeler Beyanı, <http://www.teb.org.tr/tebdownload.php?file=images/upld2/tebilkeler.doc>.

Türkiye Eczacılar Birliği: Reçetesiz İlaçlar ve İlaç Dışı Ürünler: Betimleme ve Müdahale, 2009.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri – Özel Hükümler, İstanbul 2012.

YERER AYCAN, Mükerrerem Betül: "İlaç Nedir? İlaç ve Kozmetik Farkı", I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri 8-9 Mayıs 2009, s.1-17.

YILMAZ, Battal: "Aydınlatılmış Rıza", Sağlık Hukuku Digestası, S.1, Ankara 2009.

YILMAZ, Hamdi: "Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu- Hukuk Genel Kurulu Kararı- Tehlike Sorumluluğu", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2008/1, s.337-348.

ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.

<http://tdkterim.gov.tr/bts/>.

http://www.ieg.gov.tr/Default.aspx?sayfa=kirmizi_recete&lang=tr-tr.

http://www.ieg.gov.tr/Default.aspx?sayfa=maksimal_doiz&lang=tr-tr.

http://www.ieg.gov.tr/Default.aspx?sayfa=yesil_recete&lang=tr-tr.

<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>.

GİRİŞ

Hekimle hasta arasındaki tedavi ilişkisinde hekimin en önemli yükümlülüğü ve hatta hekimin diğer tüm yükümlülüklerini kapsayan yükümlülük, özen borcudur. Hekim hastasını tedavi ederken, sahip olduğu tıbbi bilgi birikimi ile tecrübeyi, kendini tedavi ediyor olsaydı nasıl kullanacaksa o ölçüde özenli bir şekilde kullanılmalıdır.

Hastayla hekim arasındaki tedavi olgusunun, insanlık tarihindeki başlangıcından bugüne kadar gelen ve bilinen en yaygın tezahür şekli hekimin hastasına bir takım ilaçlar kullandırmasıdır. Bu ilaçlar, yüzlerce yıl önce bitkilerden yapılan ve deneme yanılma yoluyla bulunan karışımlar, dün eczanelerde hazırlanan majistral ilaçlar¹ iken bugün ise tüm dünyayı saracak derecede büyük bir endüstri oluşturan ilaç firmalarının hazırladığı farmasötik preparatlardır².

Bu çalışmaya ilham veren esas kavram "reçete"dir. Reçete kavramından yola çıkılarak reçete ve ilaç kavramları üzerinde durulmakta ve bu iki kavramın bir araya gelmesiyle önem kazanan bir kavram olan "akılcı ilaç kullanımı"na değinilmektedir. Devamında ise reçeteyi yazan hekimin, bu reçetede yazan ilaçları hastaya veren eczacının ve bu ilaçları üreten ilaç firmasının özel hukuk alanındaki sorumlulukları ayrı ayrı incelenecektir.

Çalışmanın birinci bölümünde ilaca ilişkin temel kavramlardan bahsedilecek; ilaç, reçete ve akılcı ilaç kullanımına değinilecektir.

İkinci bölümde ayakta tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşları ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki mahiyeti, tarafların borçları, özel sağlık kuruluşu ve hekim bakımından haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmeye

¹ "Hekimin, hastası için kullanmak amacıyla, kendine özgü veya yerleşmiş bir formülasyon biçiminde kendisinin hazırladığı veya eczacıdan hazırlamasını istediği ilaç çeşidi.", <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, 13.2.2013.

² "Farmasötik" ifadesinin terimsel karşılığı eczacılık bilimini ifade etmekte ve "preparat" kelimesi de "müstahzar" kavramına karşılık gelmektedir. Farmasötik preparat kelimesi ise "endüstriyel olarak üretilip kullanıma hazır bir şekilde ambalajlanmış olarak satışa sunulan ilaç" anlamına gelmektedir, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, 13.2.2013.

aykırılıktan kaynaklanan sorumluluk incelenecektir. Bu bölümde ayrıca kusursuz sorumluluk hallerine de yer verilecektir.

Üçüncü bölümde eczacıların sözleşmeye aykırılıktan ve ayıptan kaynaklanan sorumlulukları incelenecek; ayrıca yardımcı kişilerin fiillerinden kaynaklanan sorumluluktan bahsedilecektir. Devamında ise eczacının haksız fiil sorumluluğuna yer verilecektir. Ayrıca ilaç üreticisinden bahsedilecek; ilaç üreticisinin tehlike sorumluluğu ve tüketici hukukundan kaynaklanan sorumluluğuna yer verilecektir.

Dördüncü bölümde sorumluluğun sonuçları incelenecektir. Sorumluluğun sonucu olarak maddi ve manevi tazminat konularıyla tazminata etki eden hususlar burada değerlendirilecektir. Devamında ise sorumlulukların yarışması, müteselsil sorumluluk ve zamanaşımı konularına yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İLACA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

I. İLAÇ TANIMI

Toplumda ilaç sözcüğü çok geniş bir anlamda kullanılmaktadır. İlaç denildiğinde yalnız insan sağlığı için tıp alanında kullanılan ilaç değil veterinerlik ve tarımda kullanılan kimyasal maddeler de kastedilebilmektedir; ancak bu metinde yalnızca insan sağlığı için kullanılan ilaç kavramı ele alınmaktadır.

Tıbbi anlamda ilaç, *kimyasal karakteristikleri ortaya konmuş ve hedef dokularda farmakolojik etki oluşturabilen sentetik, yarı sentetik ya da doğal bir moleküldür*³. Bu tanıma göre ilaçtan bahsederken ilacın insan bedenine hangi yöntemle uygulandığına bakılmaksızın tıbbi bir etki oluşturması beklenmektedir. Buradaki tıbbi etki kavramından anlaşılan yalnızca bir iyileşme-sağaltım⁴ değildir; çünkü bazı ilaçlardan bir hastalığın etkisini yok etmesi veya bir takım vücut fonksiyonlarının daha iyi çalışması beklense de yaşamı tehdit eden ve sağaltım ihtimali çok düşük olan hastalıklarda⁵ hastanın yaşamının son dönemini ağrı çekmeden ve nispeten daha yüksek bir yaşam kalitesiyle sürdürmesi için uygulanan palyatif tedavide amaç sağaltım değildir. Gerçekten de ilaç, hastalıkların tedavisi, önlenmesi, tanısı ve gebeliğin önlenmesi gibi başka amaçlarla kullanılabilceği gibi hastalığın nedenini ortadan kaldırmadan ve sadece belirtilerini düzelten tedavide (palyatif tedavide) de kullanılır⁶.

³ DÖKMECİ, İsmet, Farmakoloji Kısaltılmış Temel Bilgiler, İstanbul 2011, s.7. Tıpta kullanılan ve biyolojik etkinliği olan, saf bir kimyasal maddeye ya da ona eşdeğer olan bitkisel ya da hayvansal kaynaklı, standart miktarda aktif madde içeren karışıma ilaç denir. AKTAY, Gökür/HANCI, İ. Hamit/BALSEVEN, Aysun, İlaç Etkileşimleri ve Hekim Sorumluluğu, <http://www.ttb.org.tr/STED/sted0703/ilac.pdf>, 8.2.2013.

⁴ “Bir hastalığı yenecek etkenleri ve bu etkenlerin kullanılma yöntemlerini bularak hastanın sıkıntılarını giderme, iyi etme işi, terapi.”, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, 13.2.2013.

⁵ “(Hekim) Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.”, TDN, RG 19.2.1960, S.10436, m.14 f.1 c.2.

⁶ YERER AYCAN, Mükerrrem Betül, “İlaç Nedir? İlaç ve Kozmetik Farkı”, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri 8-9 Mayıs 2009, s.2. Palyatif bakım, yaşamı tehdit eden hastalıkları olan bireyler ve ailelerinin yaşam kalitesini başta ağrı olmak üzere tüm fiziksel,

Ulusal mevzuatımızdaki tanıma baktığımızda ilaç, 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar⁷ Kanunu m.1 "*Kodekste⁸ muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir*" şeklinde; daha güncel bir Türkçeyle kodekste yazılı şekil ve formül haricinde ve bilimsel kurallara uygun belirli bir şekilde yapılacak etken maddenin ismiyle veya özel bir isim altında piyasaya sürülen tıp bilimine uygun her tür basit veya bileşik iyileştirici ürün olarak tanımlanmıştır.

Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği⁹'nde "*Beşeri Tıbbi Ürün/Ürün : Hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonu*" şeklinde bir ilaç tanımına yer verilmiştir. Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliği¹⁰'nde de bu tanıma çok benzer bir ifade kullanılmış ve her iki yönetmelikte de ilaç ifadesi yerine beşeri tıbbi ürün ifadesi kullanılmıştır. Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik¹¹'te, "*Beşeri tıbbi ürün/ürün: Biyolojik ürünler, enteral beslenme ürünleri, tıbbi mamalar, geleneksel bitkisel tıbbi ürünler ve immünolojik ürünler dahil olmak üzere; hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonu...*" şeklinde bir

psikososyal, ruhsal problemleri erken teşhis ve etkili değerlendirmelerle önleme ve dindirme yoluyla geliştiren bir yaklaşımdır. <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>, 13.2.2013.

⁷ "*Çoğu kez endüstriyel kuruluşlarca, standart bir biçim ve ambalaj içinde ve üreticinin koyduğu özel bir adla pazarlanmış ilaç biçimi.*", <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, 13.2.2013.

⁸ Kodeks kelimesi "code" kökünden gelmekte olup ilaçların kanunu, standart kitabı olarak kabul edilmektedir. Kodeksler tedavi etkisi kesin olarak saptanan etken maddelerin ve bunlarla hazırlanan ilaçların formüllerine giren yardımcı maddelerin fiziksel, kimyasal özelliklerini, miktar tayinlerini, saklama şekillerini ve başkaca hususların yanı sıra bazı formülasyonları bildiren kitaptır. YERER AYCAN, Mükerrerrem Betül, s.11.

⁹ RG 19.1.2005, S.25705.

¹⁰ RG 12.8.2005, S.25905.

¹¹ RG 26.8.2011, S.28037.

tanım benimsenmiştir. Burada, önceki tanımlardan farklı olarak nelerin ilaç olabileceği hakkında da sınırlayıcı olmayan bir nitelendirme yapılmıştır. Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'ten önce yürürlükte olan Beşeri Tıbbi İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarların Tıbbi Tanıtım Yönetmeliği¹²'nde ilaç kavramının yanı sıra ispençiyari ve tıbbi müstahzar ve müstahzar kavramları kullanılmış ve bu kavram "*Hastalıktan korunma, teşhis, tedavi veya vücudun herhangi bir fonksiyonunu düzenlemek, düzeltmek, değiştirmek veya vücudun genel sağlık durumunu korumak amacıyla insanda kullanılan kimyasal, bitkisel veya biyolojik kaynaklı maddelerle hazırlanan ve 1262 sayılı Kanun uyarınca Bakanlıkça ruhsatlandırılmış preparatlar...*" şeklinde tanımlanmıştı. Bu uygulama hem terim birliği içermemesi bakımından hem de bir maddeye ilaç denilebilmesi için Avrupa Birliği mevzuatından ayırık olarak Sağlık Bakanlığı tarafından da ruhsatlandırılmış olması şartını gerektirdiği için eleştirilmekteydi¹³. Gerçekten de ruhsat yalnızca bir ilacın piyasaya sürülme şartıyla ilgili bir mesele olmayıp ilacın piyasaya çıkmadan önce devlet eliyle de denetlenmesi amacını taşımakta olduğundan yalnızca şekli bir şarttır. Bir ilaca Bakanlık tarafından ruhsat verilmemiş olması o maddenin tıp ilmi ve tıp uygulayıcıları bakımından kabul görmediği, bilimsel bir değeri olmadığı ve ilaçtan beklenen tedaviyi yerine getirmediği anlamına gelmez. Bu şekilde ele alındığında bu yöndeki eleştirilerin son derece yerinde olduğundan yeni yönetmelikte bu şartın terk edilmiş olması isabetlidir. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik¹⁴ m.4/p'de "*İlaç veya beşeri tıbbi ürün: Hastalığı önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin maddeyi veya maddeler kombinasyonu...*" şeklinde bir ilaç tanımı yer almaktadır. Buradaki tanımla Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliği ve Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'ndeki

¹² RG 7.9.1990, S.20628.

¹³ SEZGİN HUYSAL, Ayşegül, İlaç Patenti, İstanbul 2010, s.8.

¹⁴ RG 13.4.2013, S.28617.

tanımlar arasında çok büyük bir benzerlik bulunmaktadır; ancak bu defa "beşeri tıbbi ürün" ifadesiyle birlikte "ilaç" ifadesi de kullanılmıştır.

1262 sayılı Kanun'da "her türlü iyileştirici ürün" ifadesi kullanılmış olmakla birlikte daha güncel tarihli olan yönetmelikteki ilaç (beşeri tıbbi ürün) tanımları daha anlaşılır ve kapsamlıdır. Bu sebeple tıpkı Alman İlaç Yasası¹⁵'nda olduğu gibi daha genel bir şekilde ifade edilen ve aynı zamanda da günümüz Türkçesi'ne yaraşır bir ilaç tanımının yapılması; ayrıca kavramların kullanımı bakımından ilaç-beşeri tıbbi ürün-tıbbi müstahzar gibi aynı anlama gelen farklı kavramların kullanılmasındansa güncel ve anlaşılır tek bir kavramın kullanılması gerektiği kanısındayız. Bunun yanında son yıllarda ilaç hukukunu düzenleyen yönetmeliklerde yapılan beşeri tıbbi ürün tanımlarının birbirleriyle son derece benzer ve hatta kimi yönetmeliklerde birbirinin aynı olmasının olumlu bir adım olduğunun kabulü gerekmektedir.

İlaçlar insan bedenine birçok farklı yöntemle uygulanırlar. İnsan vücuduna uygulandığı şekle göre farklı formlarda üretilir ve piyasaya sürülür. Bu formlar ilacın katı (toz, kaşe, tablet, kapsül, draje, pilül, süpozituar, sabun), yarı katı (pomat-merhem, yakı, lapa, merhem, transdermal terapötik sistem [TTS]) ve sıvı (solüsyon, tentür, ekstre, şurup, posyon iksir-eliksir, süspansiyon, lavman, gargara, losyon, infüzyon, aerosol, sprey) olmasına göre değişiklik göstermektedir¹⁶. İlaçların farklı formlarda üretilmesindeki amaç ilacın tedavi edilecek hedef organ veya sisteme en etkili biçimde ulaşmasını sağlamaktır. Bu bakımdan incelendiğinde ilacın hastanın kan dolaşımının tamamına karışmadan yalnızca hedef organ veya bölgeye ulaştırıldığı topikal uygulama ve ilacın hastanın kan dolaşımında karıştırıldığı

15 Alman İlaç Kanunu'nda ilaç, "insan veya hayvan vücudunda hastalıkların önlenmesinde, teşhisinde ve tedavisinde veya diğer fiziksel ve ruhsal sorunlarda, vücut tarafından üretilen etken maddelerin veya salgıların yerine geçmek üzere hazırlanan maddeler veya karışımlar" olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre de hastalıkların önlenmesinde, teşhisinde ve tedavisinde kullanılan madde veya karışımlardan bahsedilmektedir. PETEK, Hasan, İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2009, s.123, dn.350.

¹⁶ DÖKMECİ, s.8 vd.

ve bu yolla vücudun tümüne yayıldığı sistemik uygulama yolları bulunmaktadır¹⁷.

İlaç kavramını incelerken nelerin ilaç kapsamına girmediğinin tespitinde de fayda vardır. 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m.2/A bendinde "*Tedavi edici özelliği bulunan sabunlarla ilaç sınıfına girmeyen ve kimyevi maddeleri içermeyen tıbbi gıdalar ve (...)*¹⁸ etkili ve zehirli maddeler içermeyen tuvalet malzemeleri tıbbi müstahzarlardan sayılmazlar." Burada yeri gelmişken belirtmek gerekir ki sabun yukarıda her ne kadar katı ilaç formuna örnek olarak gösterilmişse de 1216 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'na göre çok açık bir şekilde ilaç kavramının dışında tutulmuştur.

Bunların yanı sıra kozmetik ürünlerin de ilaç sayılıp sayılmayacağını incelemek gerekir. Bu konu Kozmetik Yönetmeliği¹⁹'nde ayrıntılı olarak düzenlenmekte ise de bu yönetmelikten bahsetmeden önce kozmetik hususunu açıklığa kavuşturabilmek için 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m.2/A'daki bir hususa dikkat çekmek gerekir. Madde metninde "*...etkili ve zehirli maddeler içermeyen tuvalet malzemeleri*"nden bahsedilmektedir. Bu cümle günümüz Türkçesiyle yorumlandığında tuvalet kelimesi her ne kadar zihinlerde "dışkılama ve boşaltım ihtiyacının görüldüğü yer" olarak algılsa da Kanun'un 1928 yılında yapıldığı ve bu açıdan bakıldığında "tuvalet" kelimesinin günümüzde unutulmuş olan "yıkama, tıraş olma, giyinme, süslenme, tarama işi" veya "vücut temizliği ve bakımı için gereken nesne" gibi anlamlarının²⁰ olduğunu hatırlamak gerekir. Bu sebeple

¹⁷ Topikal uygulama şekli olarak deri üzerine (perkütan), deri içine (intradermik) enjeksiyon, intratekal, oküler (göz yuvarlağının dış yüzeyine) uygulama, kulak-burun-boğaz yollarına, intraartiküler (eklem aralarına), intrakardiyak (kalp kasına), seröz zarlar içine, ürogenital yollara uygulama; sistemik uygulama şekli olarak da oral, sublingual-perlingual (dil altı ve dış-avurt arası), rektal, parenteral (damar ya da doku içine yapılan enjeksiyon), transdermal (ilacın cilt ya da mukozaya tarafından emilmesi için kullanılan pomat veya flaster), inhalasyon (nefesle birlikte içe çekilerek alma) yollardan bahsedilmektedir. DÖKMECİ, s.27 vd.

¹⁸ Parantez içindeki "Saç suları ve boyaları, diş tozları, suları ve macunlarından maada" ibaresi 23/2/1994 tarih ve 3977 sayılı Kanunun 4üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁹ RG 23.5.2005, S.25823.

²⁰ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, 10.2.2013.

madde metninde tuvalet temizleyicilerinden değil kozmetik ürünlerden bahsedildiğini kabul etmek yerinde olur.

Kozmetik Yönetmeliği'nde "*insan vücudunun epiderma, tırnaklar, kıllar, saçlar, dudaklar ve dış genital organlar gibi değişik dış kısımlarına, dişlere ve ağız mukozasına uygulanmak üzere hazırlanmış, tek veya temel amacı bu kısımları temizlemek, koku vermek, görünümünü değiştirmek ve/veya vücut kokularını düzeltmek ve/veya korumak veya iyi bir durumda tutmak olan bütün preparatlar veya maddeler*" kozmetik ürün olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kozmetik ürünlerin amacı vücut temizliği, hoş koku sağlamak ve daha iyi bir görünüm elde etmektir. Bu tip ürünler bir ilaçtan beklenen özellik ve amaçları taşımadığı gibi 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu tarafından da açıkça ilaç kavramının dışında tutulmuşlardır.

Yukarıda anlatılanların tamamından hareketle protez, ortez, tıbbi cihaz veya ilaçların vücuda uygulanması için kullanılan enjektör gibi nesnelere de ilaç kavramının dışında kaldığı sonucuna varılmaktadır.

II. REÇETE KAVRAMI VE REÇETE YAZIM İLKELERİ

A. Reçete Kavramı

Reçete, hekimin hastasının tedavisi için uygun gördüğü ilaçları ve bu ilaçların kullanım şeklini ve dozunu tarif ettiği, eczacıya hitaben yazılmış teknik bir yazıdır²¹. Bazı ülkelerde reçete yalnızca hekim tarafından değil ebe, hemşire ve sağlık memuru gibi hekim dışı sağlık çalışanı tarafından da yazılabilir²². Benzer şekilde, reçetenin muhatabı yalnızca eczacı olmayıp eczacının yanında çalışan ifa yardımcıları da olabilmektedir²³. Reçete yalnızca eczacıyı ilgilendiren bir yazı olmayıp hastanın tedaviye uyumunun sağlanması için hasta tarafından da anlaşılabilir şekilde yazılması gereken bir

²¹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, 10.2.2013.

²² Dünya Sağlık Örgütü, Reçete Yazma Rehberi Pratik El Kitabı, Reçete Yazma Rehberi, s.51, http://www.akilciilac.gov.tr/wp-content/uploads/2013/05/reçete_yazma_rehberi.pdf, 25.11.2013.

²³ Reçete Yazma Rehberi, s.51.

belgedir²⁴. Bu bölümde reçeteyi yalnızca şekli açıdan irdeleyip hekimin reçete düzenlerken nasıl davranması gerektiği hususunu daha sonra²⁵ inceleyeceğiz.

B. Reçete Yazımına İlişkin İlkeler

Tıbbi uygulama bakımından kabul edilebilir bir reçete her hangi bir kâğıdın üzerine yazılabilir. Önceden basılmış bir kâğıdın elle doldurulmasına gerek yoktur. Reçetede öncelikle reçeteyi yazan hekimin adı, soyadı, unvanı, diploma ve varsa uzmanlık belgesi numarası bulunmalıdır²⁶; zira reçetenin bir belge olduğu ve taraflar arasında ileride doğabilecek bir ihtilafta kullanılabileceği tartışmasızdır. Reçetede hasta ve/veya eczacının gerektiğinde doktora ulaşabileceği telefon numarası bulunmalıdır. Eczacı, reçetede ilaçları hazırlarken tereddüte düşerse veya hasta ilacı kullanırken beklenmeyen bir durumla karşılaşursa hekime ulaşabilmelidir.

Reçetede düzenleme tarihinin bulunması önemlidir. Hekimin hastası için reçete düzenledikten sonraki günler içerisinde hastanın durumunda değişiklik olabilir. Aradan geçen zamanda ilaç kullanımı için hekimin hastasını yeniden değerlendirmesi de gerekebilir. Ayrıca ülkemizdeki sosyal güvenlik rejimi bakımından reçete içeriğindeki ilaçların bedelinin devletçe karşılanmasına ilişkin düzenlemeleri içeren Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği²⁷ (SUT) 4.5.2 bendi bakımından da reçete içeriğinin, reçetenin tanzim tarihinden itibaren dört iş günü içerisinde SGK'nın anlaşmalı olduğu eczanelerden alınması gerekmektedir.

Reçetede hastanın adı, soyadı, yaşı, cinsiyeti, adresi, hastalığın tanısı yazılır. Hastanın yaşının yazılması özellikle çocuk ve yaşlı hasta grupları bakımından önem arz eder. Eczacının reçetede yazan ilacın etkili olduğu hastalıkla hastanın yaşı arasında bir çelişki görmesi halinde bu çelişkiyi fark etmesi beklenir. Örneğin bebek yaştaki bir hasta için yazılmış bir reçetede

²⁴ OKTAY, Şule/KAYAALP, S. Oğuz, Reçete Yazma Kuralları ve Rasyonel İlaç Kullanımı, s.9, http://www.kappa-crt.com.tr/file/recete_yazma.pdf, 10.2.2013.

²⁵ Bkz. İkinci Bölüm, II, 5, a, bb.

²⁶ OKTAY/KAYAALP, s.2.

²⁷ RG 24.3.2013 S. 28597.

romatizma ilacında durum böyledir. Bazı ülkelerde reçete üzerine hastalıkla ilgili tanının yazılmasına ilişkin bir zorunluluk yoktur²⁸. Türkiye’de SUT yönünden böyle bir zorunluluk öngörülmüş olup bu kuralın gerek ispat hukuku bakımından gerekse tıbbi uygulama hatalarının azaltılması bakımından son derece yerinde bir düzenleme olduğu kanısındayız.

Reçetede ifade edilmek istenen ilaca ilişkin kısım dört bölümden oluşur. Bunlar süperskripsiyon, inskripsiyon, sabskripsiyon ve instrüksiyondur²⁹.

SUT m.4.1 ve devamında reçete yazımına ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Bu kurallar her ne kadar reçetede yer alan ilaçların bedelinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenmesiyle ilgili kurallar olup bu kurallara uymamanın tek başına hekimin hukuki sorumluluğuna yol açabileceğinden bahsetmek mümkün olmasa da reçete yazımıyla ilgili evrensel bir yazılı kural veya başka bir yasal mevzuat bulunmadığından kabul edilebilir bir reçetenin hangi kurallara göre yazılacağı sorusuna cevap ararken bu düzenlemenin esas alınmasında sakınca olmayacağı kanısındayız.

SUT m.4.1.1³⁰’deki düzenlemeye bakıldığında yukarıda her ne kadar tıbbi uygulama bakımından reçetenin her hangi bir kağıt üzerine yazılabileceği

²⁸ OKTAY/KAYAALP, s.2.

²⁹ Süperskripsiyon kısmı Latincedeki “al” kelimesini ifade eden recipe kelimesinin kısaltması olarak R veya Rp harfinden ibarettir. Bu kısım tamamen geleneksel bir uygulama olup pratik açıdan bir ihtiyacı karşılamamaktadır. İnskripsiyon kısmı ilacın adını, farmasötik şeklini ve yitiliğini içerir. İlaçlar genellikle herkesin sıklıkla eczaneye gidip hazır ambalajlar içerisine aldığı şekilde piyasaya sunulur. Bunlara farmasötik preparat da denir. Bunun dışında günümüzde daha az karşılaşılan ve hekimin yalnızca formülasyonu yazarak reçete ettiği, eczacınsa bu formülasyona uyarak hazırladığı majistral ilaçlar da bulunmaktadır. Her iki durumda da ilacın yitiliği de reçeteye yazılır. Yitilik, ilacın bir farmasötik şekil (draje, tablet, ampul, şurup) içinde bulunan etken madde miktarını ifade eder. Sabskripsiyon ilacın piyasadaki ticari takdim şekillerinden hangisinden kaç paket verileceğini ifade eder. Aynı ilacın piyasada birden fazla farmasötik formu olabilmektedir. Aynı farmasötik formdaki ilacın farklı gramajlarda veya yitilikteki formları da olabilir. Eczacının bunlardan hangisinden kaç tanesini hastaya vermesi gerektiği, sabskripsiyon kısmında yazar. Instrüksiyon kısmı ilacın kullanma talimatıdır. Hasta tarafından günde ne kadar dozun hangi zamanlarda kullanılması gerektiği hususu bu bölümde yazar. OKTAY/KAYAALP, s.2.

³⁰ “(1) İlaçların reçetelendirilmesinde matbu, e-reçete veya elektronik ortamda kayıt altına alınan reçeteler kullanılır. (Bu konuda Sağlık Bakanlığı ve Kurumca yayımlanan mevzuat hükümleri saklıdır.)

(2) Reçetelerde teşhis bilgilerinin yer alması zorunludur. SUT eki “Teşhis Kısaltmaları Listesi” nde (EK-4/Ç) yer alan kısaltmalar hariç teşhislerde kısaltma yapılmayacaktır. Reçetede yazılı ilacın/ilaçların yan etkilerini önlemek ve/veya tedaviyi desteklemek amacıyla reçete edilen ilaçlar için ayrıca teşhis aranmayacaktır.

belirtilmişse de Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından geri ödemesinin sağlanabilmesi için belli formdaki kağıtların veya e-reçete adı verilen sanal reçetelerin kullanılması şartı aranmaktadır. Bu şartın yerine getirilmemesi ve reçetenin adı bir kâğıt parçasının üzerine yazılması reçetenin tıbbi açıdan kabul edilebilirliğini etkilemeyen, yalnızca Sosyal Güvenlik Kurumu'nun aradığı idari nitelikli bir şarttır. Ancak buradaki şartın reçete yazımına belli bir özen ölçütü getirdiği ve hekim veya eczacı cephesinden kaynaklanacak hataların veya sahte reçete yazımının önüne geçmekte etkili olacağı kanısındayız. Reçete yazımında hastalığın adının reçetede yer alması asli bir unsur olmasa da ülkemizde hastalığın adının (teşhisin) reçeteye yazılması gerektiği de burada düzenlenmiştir. Bunlara ek olarak hekimin kimlik bilgileri, hastanın kimlik bilgileri yer alacaktır. Bazı ilaçların yalnızca belirli uzmanlık dallarındaki hekimler veya bu dalda asistan olan hekimler tarafından yazılabileceği ile dış hekimlerinin yalnızca ağız ve diş sağlığıyla ilgili ilaçlar yazacağı da burada düzenlenmiştir.

SUT m.4.1.5'te elektronik reçete hususu düzenlenmiştir.

(3) (Değişik:RG-4/5/2013-28637)⁽³⁾ Reçetelerde hekimin adı soyadı, uzmanlık dalı veya yan uzmanlık dalı, asistanlar için ihtisas yaptığı uzmanlık dalı veya yan uzmanlık dalı, diploma numarası veya diploma tescil numarası bilgileri, ıslak imzası ile reçetenin düzenlendiği sağlık kurum veya kuruluşunun adı mutlaka yer alacaktır.

(4) Reçetelerde hastanın adı soyadı, T.C. Kimlik Numarası veya reçete tanzim tarihi ile birlikte MEDULA takip numarası veya e-reçete numarası veya protokol numarası yer alacaktır.

(5) Yabancı ülkelerle yapılan "Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri" kapsamında Kurum tarafından sağlık hizmeti verilen kişiler için düzenlenecek reçetelere, sağlık yardım hakkını veren ülkenin adı ayrıca yazılacaktır.

(6) Üniversite hastaneleri ile eğitim ve araştırma hastanelerinde ihtisas yapan asistanlar ile üst ihtisas yapmakta olan uzman hekimler, yalnızca ihtisas yapmakta oldukları branşın uzman hekiminin reçete etmesi gereken ilaçlar ile SUT ve eki listelerde uzman hekimlerce yazılabileceği belirtilen ilaçları reçete edebilirler.

(7) SUT'ta belirli bir uzman hekim tarafından reçete edileceği/rapor düzenleneceği belirtilmiş ilaçlar, aynı uzmanlık eğitimi üzerine yan dal uzmanlığı yapmış olan hekimlerce de reçete edilebilir/rapor düzenlenebilir.

(8) Sağlık Bakanlığınca aile hekimliği sözleşmesi yapılan veya yetkilendirilen hekimler, aile hekimliği uzman hekiminin yazabildiği tüm ilaçları reçete edebilirler.

(9) SUT'ta geçen uzmanlık dalları; aksine bir hüküm bulunmadıkça hem erişkin hem de çocuk yan dallarını ifade eder.

(10) Sağlık raporuna istinaden reçete edilecek ilaçlar, SUT ve eki listelerde aksine bir hüküm olmadıkça, bu sağlık raporuna dayanılarak tüm hekimler tarafından reçete edilebilir.

(11) Dış hekimleri yalnızca doğrudan ağız ve diş sağlığı ile ilgili ilaçları reçete edebilir."

III. AKILCI İLAÇ KULLANIMI

Bir hastanın tedavisinde en bilinen yöntemlerden olan ilaç tedavisi kendi içinde çok hassas dengeler barındıran bir alandır. İlaç tedavisi hekimin hastasına özel reçete yazmasıyla başlar, hastanın reçete içeriğini eczaneden alıp kullanmasıyla devam eder. Bazı durumlarda ilaç kullanımı tezgâh üstü ilaçların³¹ hekim tavsiyesi olmaksızın kullanımıyla³² başlar. İlacın hastaya ulaşma sürecinde hem hekimin hem hastanın hem de eczacının bir takım sorumlulukları vardır.

Her türlü tedavide amaç hastanın sağlık durumunun iyileşmesi; iyileşmenin mümkün olamayacağı durumlarda dahi hastalığın semptomlarının kontrol altına alınması ve yaşam kalitesinin arttırılmasıdır. Bu amaca ulaşmaya çalışırken kullanılan ilaçlarsa vücudun çalışma şeklini etkileyen kimyasal veya biyolojik bileşiklerdir. Bu sebeple ilacın hastaya uygulanmasındaki niteliksel ve niceliksel özellikler çok iyi değerlendirilmelidir. Modern tıbbın ve farmakolojin öncülerinden Paracelsus "*Tüm maddeler zehirdir, ilacı zehirden ayıran dozudur.*"³³ sözüyle tıba doz kavramını getirmiştir. Doz kavramı tıp ve farmakolojide öylesine önemli bir kavramdır ki yaşam kaynağı olarak kabul edilen suyun dahi yüksek miktarlarda alınması halinde ölümcül sonuçlar doğuran su zehirlenmesine³⁴ neden olduğu belirtilmektedir.

Akılci (rasyonel) ilaç kullanımı; bir hastalığın önlenmesi, kontrol altına alınması veya tedavi edilmesi için, doğru ilacın, doğru zamanda, uygun dozda

³¹ Sık görülen ve çoğu kez kişinin sağlığını tehdit etmeyen; kısa sürüp kendiliğinden geçen bazı hastalık veya rahatsızlık durumlarında kullanılan ilaçların, kişinin bunları kolayca alıp kendi başına kullanması için, reçetesiz olarak satılmasına izin verilir. Böyle ilaçlara tezgâh üstü ilaç denir. OKTAY/KAYAALP, s.7.

³² Reçeteyle satılması zorunlu olan bir ilacın eczacı tarafından reçete aranmaksızın hastaya verilmesi hukuk tarafından korunmayan bir olgu olduğundan akılcı ilaç kullanımıyla ilgili başlığın altında incelenmeyecektir.

³³ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Zehir>, 18.2.2013. Paracelsus hakkında daha fazla bilgi için bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Paracelsus>.

³⁴ Su zehirlenmesi (water intoxication) hakkında daha fazla bilgi için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Water_intoxication, 18.2.2013.

ve uygun fiyatla kullanılması³⁵; daha yalın bir ifadeyle eksik veya yanlış ilaç kullanımıyla ilgili bir kavramdır³⁶. Dünya Sağlık Örgütü'ne göre akılcı ilaç kullanımı hastaların tıbbi ihtiyaçlarına uygun ilaçları edinebilmelerini; gereksinimlerine uygun dozda, yeterli süre boyunca ve gerek kendilerine gerekse topluma en düşük maliyetle tedavi olmalarını gerektirir³⁷.

Akılcı ilaç kullanımı, standardize edilmiş hastalık tiplerinin o standartlara uygun olarak önceden belirlenmiş ilaçların kullanılması olarak algılanmamalıdır³⁸. Tam tersine ilaç tedavilerinin kişiye özel olarak planlanması, kişinin yaş, beden kütlesi, cinsiyet, kullandığı başka ilaçların olup olmaması, başka hastalıklarının olup olmaması gibi birçok değişkenin göz önünde bulundurularak düzenlenmesi; hastanın tedavi hakkında bilgilendirilmesi ve tedaviye tam olarak uyum ve istenç göstermesi; tedavi süresince hastanın takip edilerek tedavi amacına ne derece yaklaşıldığının, tedavinin yan etkilere yol açıp açmadığının takip edilmesi akılcı ilaç kullanımını sağlayacaktır. Hekimin önerdiği ilacın hasta tarafından erişilebilir olması; bir başka deyişle ilacın hem uygun fiyatlı hem de eczanelere perakende dağıtımının yaygın olarak yapılıyor olması da akılcı ilaç kullanımını sağlayan şartlardandır. Ancak akılcı ilaç kullanımının ucuz ilaçlar kullanmakla aynı anlama geldiğini kabul etmek mümkün değildir³⁹. Hekimden, tedaviden beklenen amacı gerçekleştirecek olan ilaç seçeneklerinin etkinlik, uygunluk, güvenlik ve maliyet açısından karşılaştırılarak en uygun olanının seçilmesi beklenmektedir⁴⁰.

Sağlık sorunu olmayan bireyin ilaç kullanması; yanlış teşhis koyulması veya tedavi öngörülmesi; içeriği hekim tarafından yazılıp eczacı tarafından

³⁵ ÖZATA, Musa/ASLAN, Şebnem/METE, Mustafa, Rasyonel İlaç Kullanımının Hasta Güvenliğine Etkileri: Hekimlerin Rasyonel İlaç Kullanımına Etki Eden Faktörlerin Belirlenmesi, http://www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/sos_mak/articles/2008/20/MO-SA-MM.PDF, s.531, 18.2.2013.

³⁶ ÖZEL, Çağlar/ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., Akılcı İlaç Kullanımından Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/viewFile/10511/9748>, s.330, 31.10.2012

³⁷ Dünya Sağlık Örgütü, Rational Uses of Drugs, Report of Conference of Experts, Nairobi, 25-29 November 1985, s.299, <http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s17054e/s17054e.pdf>, 18.2.2013.

³⁸ ÖZATA/ASLAN/METE, s.531.

³⁹ ÖZATA/ASLAN/METE, s.531.

⁴⁰ OKTAY/KAYAALP, s.13.

hazırlanan (majistral) ilaçlarda ambalaj veya etiketin hatalı olması veya hiç bulunmaması; majistral ilacın karışımının yanlış olması; eksik veya fazla kutu sayısı; kutunun üzerine eksik veya yanlış bilgi yazılması; etkinliği veya güvenliği tam olarak kanıtlanmamış ilaçların tavsiye edilmesi; dozajın, tedavi süresinin veya ilacı kullanım yolunun yanlış uygulanması; hastaya reçetede yazılanın yerine yanlış bir ilaç verilmesi; ilacın kullanımının hastaya yeterince anlatılmaması; ilacın etkilerinin gözlemlenmesi için yeterince vakit ayrılmaması; ilaç firmasıyla hekim arasındaki etkileşimler ve benzeri birçok etken akılcı olmayan ilaç kullanımına yol açacaktır^{41 42}.

Akılcı olmayan ilaç kullanımının en sık karşılaşılan örnekleri gereğinden fazla ilaç yazılması (polifarmasi⁴³), tanıyla ilişkisi olmayan ilaç kullanımı, uygunsuz antibiyotik kullanımı, eş-dost tavsiyesiyle uygunsuz ilaç kullanımındır⁴⁴.

Akılcı olmayan ilaç kullanımı neticesinde doğabilecek tüm zararlar hekimin, eczacının, ilaç firmasının veya hastanın/hasta yakınının sorumluluğunu doğurabilecek cinstendir. Bu sebeple hastanın; hekim, eczacı veya ilaç firması tarafından ilaç kaynaklı bedensel bir zarara uğramaması için akılcı ilaç kullanımına büyük önem verilmelidir.

Hekimin hastaya ilaç önererek reçete yazması için farmakoloji teorisine hakim olmasının yanı sıra pratik bilgi birikimine de sahip olması gerekir⁴⁵. Diğer yandan akılcı tedavi, her zaman ilaç kullanımı yoluyla gerçekleştirilmeyebilir. İlaç kullanımı bir tedavi yöntemi olsa da bilgi-öğüt verme, ilaçsız tedavi ve bir uzmana sevk yöntemleri de bulunmaktadır⁴⁶. Dolayısıyla akılcı tedavi uygulamaları her zaman ilaç kullandırarak

⁴¹ TUNÇTAN, Bahar, Akılcı İlaç Kullanımında Eczacının Rolü, s.1, http://www.e-kutuphane.teb.org.tr/pdf/eczaciodyayinlari/galenova_1_1/6.pdf, 18.2.2013.

⁴² TOKLU, Hale Zerrin/AYANOĞLU DÜLGER, Gül, Akılcı İlaç Kullanımı ve Eczacının Rolü, s.91, http://www.marmaraeczacilikdergisi.com/pdf/pdf_MPJ_271.pdf, 18.2.2013.

⁴³ AKTAY/HANCI/BALSEVEN, s.7.

⁴⁴ TUNÇTAN, s.1.

⁴⁵ Reçete Yazma Rehberi, s.1.

⁴⁶ Reçete Yazma Rehberi, s.7.

gerçekleşmeyecektir. Kimi hastalıklarda⁴⁷ hastaya ilaçlı tedavi yerine bilgi-öğüt verme veya ilaçsız tedavi uygulanabilir. Bu tip tedavilerde hem hasta gereksiz yere vücuduna bir yabancı madde almamış olacak hem de maliyet bakımından uygun bir çözüm sağlanmış olacaktır. Burada maliyet kavramından bahsederken yalnızca hastanın veya hastanın bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşunun ilaç için ödediği para değil sınırlı tıbbi kaynakların adil bir biçimde kullanılmasının⁴⁸ da göz önünde bulundurulması gerekir.

Hastanın ilaca erişimi yalnızca hekimin yazdığı reçete içeriğini eczaneden satın almasıyla olmaz. Bazen hasta, hastalığının tedavisi için hekime başvurmaksızın eczaneye başvurur, eczacının tavsiye ettiği ve reçetesiz satılabilen tezgâh üstü ilaçlardan satın alır. Beşeri Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelik⁴⁹'te reçeteye tabi olmayan ürünler, *"reçetelendirilmesine gerek olmaksızın doğrudan eczanelerden temin edilebilen beşeri tıbbi ürünler"* olarak tanımlanmıştır. Reçetesiz ilaçlarla ilgili bir başka tanım da günlük hayatta sıkça karşılaşılan basit hastalıkların giderilmesi için, hekim müdahalesi olmaksızın, eczacının tavsiyesiyle kullanımında tıbbi sakınca olmayan, kısa bir süre kullanılmak üzere, güvenli ve belirtilen endikasyonlar için etkili oldukları kabul edilmiş ilaçlardır⁵⁰.

Reçetesiz ilaçların kullanıldığı durumlarda hasta kendi isteğiyle veya eczacıya danışarak bir ilaç alır ve bunu kullanır. Reçetesiz satılan ilaçların en az toksik etki, en az yan etki ve kolay uygulanabilirlik gibi özellikleri⁵¹ taşıması aransa da bazen insan hatasından bazen de ilaç kullanıcısının bünyesinden kaynaklanan sebeplerle hastanın vücudunda zarara sebep olabilir. Akılcı ilaç kullanımı; hem eczacının, hastayı satın aldığı reçetesiz ilaç hakkında

⁴⁷ Konstipasyon (kabızlık) rahatsızlığı olan hasta için tedavi yaklaşımı olarak bilgi-öğüt verme yaklaşımı seçildiği takdirde hastaya meyve-sebze gibi lifli gıdalar tüketilmesi, bol su içilmesi, belirli saatlerde tuvalete çıkılması, hastanın ciddi bir rahatsızlığı olmadığı konusunda ikna edilmesi; ilaçsız tedavi yaklaşımı seçildiğinde fiziksel egzersiz önerilmesi; ilaçlı tedavi yaklaşımı seçildiğinde laktasif ilaç önerilmesi; bir uzmana sevk edilmesine ise gerek bulunmadığından bahsedilmektedir. Reçete Yazma Rehberi, s.29.

⁴⁸ Sınırlı tıbbi kaynakların adil biçimde kullanılması konusunda daha fazla bilgi için bkz. AYDIN, Erdem/ERSOY, Nermin, Tıbbi Etik'te "Adalet İlkesi", http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersoy/tibbi_etikte_adalet_ilkesi.pdf, 19.2.2013.

⁴⁹ RG 17.2.2005, S.25730.

⁵⁰ Türkiye Eczacılar Birliği, Reçetesiz İlaçlar ve İlaç Dışı Ürünler: Betimleme ve Müdahale, 2009, s.12.

⁵¹ Türkiye Eczacılar Birliği, Reçetesiz İlaçlar İlkeler Beyanı, <http://www.teb.org.tr/tebdownload.php?file=images/upld2/tebilgeler.doc>, s.3, 20.2.2013.

bilgilendirmesini hem de reçetesiz ilaç kullanan hastanın ilaç kullanımına dair genel bilgi düzeyinin sağlığını riske atıcı davranışlardan uzak durmaya yetecek ölçüde gelişmiş olmasını ifade eder.

Hastanın kendi inisiyatifiyle ilaç kullanması halinde çoklu ilaç kullanımı (polifarmasi) denen bir durum ortaya çıkabilir. Bu durumda hastanın kullandığı ilaçların etkileşimi hastanın sağlığını tehdit edebileceği gibi ölümlerle de sonuçlanabilmektedir. İlaç etkileşimi yalnızca ilaç-ilaç arasında olmamaktadır. İlacın alkol, sigara ve gıda maddeleriyle etkileşerek ilaçtan beklenen etkiyi değiştirdiği belirtilmektedir⁵². Bu yönleriyle de ele alındığında akılcı ilaç kullanımında hastaya da görev düştüğünü göz ardı etmemek gerekir. Zira akılcı olmayan ilaç kullanımları hem sosyal güvenlik sistemi üzerindeki maddi yükü arttırmakta hem de hastaların iyileşme sürelerinin uzaması veya yanlış ilaç kaynaklı başka hastalıklara yakalanmasıyla ortaya çıkan tablo bu sisteme ek yük getirmekte ve sınırlı kaynakların adil biçimde kullanımı ilkesiyle örtüşmeyen bir durum yaratmaktadır.

IV. AYDINLATILMIŞ ONAM

Aydınlatılmış onam⁵³, "informed consent" teriminin Türkçe karşılığı olarak dilimize uyarlanmış en yaygın ifade şeklidir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70 ve Biyotıp Sözleşmesi m.5'te düzenlenen "muafakat" ile Hasta Hakları Yönetmeliği⁵⁴ m.15 ve devamında düzenlenen "bilgi isteme" ile m.24'deki "hastanın rızası ve izin" kavramları da içerik olarak aynı hususa ilişkindir.

⁵² AKTAY/HANCI/BALSEVEN, s.7.

⁵³ Aydınlatılmış onam kavramıyla ilgili daha fazla bilgi için DURAL, Mustafa. "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 24-25 Nisan 2008, İstanbul 2011, s.249 vd.; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.97 vd., s.115; ÖZCAN, Burcu G./ÖZEL, Çağlar, Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, <http://www.sid.hacettepe.edu.tr/Makale/101.3.pdf>, 17.3.2013, s.57 vd.; ÇOBANOĞLU, Nesrin, "Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onam", Sağlık Hukuku Digestası, S.1, Ankara 2009, s.76 vd.; YILMAZ, Battal, "Aydınlatılmış Rıza", Sağlık Hukuku Digestası, S.1, Ankara 2009, s.167 vd.

⁵⁴ RG 1.8.1998, S.23420.

Aydınlatılmış onam kavramı hastanın kendi üzerinde yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermesiyle ilgilidir. Ancak bu rıza "aydınlatılmış onam" kavramının yalnızca "onam" kısmını oluşturur. Hastanın tıbbi müdahaleye onay verebilmesi için öncelikle konu hakkında rıza verip vermeyeceğini tartacak kadar bilgi sahibi olması gerekmektedir. Bu da hekimin hastayı tıbbi müdahale hakkında bilgilendirmesiyle olur.

Hastaya bir tıbbi müdahalede bulunulmadan önce hastanın bu konuda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu bilgilendirmenin ardından hastanın, kendine uygulanacak tıbbi müdahaleye özgür iradesiyle muvafakat/onam vermesi gerekmektedir. Hastanın bu muvafakati vermesiyle tıbbi müdahale hukuka uygun hale gelir.

Aydınlatılmış onamın şekliyle ilgili bir kural olmamakla beraber⁵⁵ Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70'te büyük cerrahi girişimler bakımından yazılı şekil öngörülmüştür. Bunun dışında kalan durumlar bakımından da yazılı şekil ispat yönünden daha elverişli olmakla birlikte, aydınlatılmış onam hakkında yazılı bir belgenin olması tek başına hem amaç hem de sorumluluk bakımından yetersizdir⁵⁶. Günümüzde bazı sağlık kuruluşunda, daha doktorla yüz yüze gelmeden, hasta kayıt bankalarında matbu aydınlatılmış onam formları göze çarpmaktadır. Oysa bu şekildeki formlar çoğu zaman somut olaya ilişkin değil genel nitelikli bir aydınlatma ihtiva etmektedir. Bu tip aydınlatmalar geçersizdir. Hasta yakalanmış olduğu hastalığın özelliklerini veya hekimin muayeneye ilişkin bulgularının sonuçlarını öğrenmeli; tedavinin türü, içeriği, tedavi edilmediğinde meydana gelebilecek olumsuz sonuçlar hakkında bilgi sahibi olmalıdır⁵⁷.

Çalışmamızın konusu reçete ve ilaç olduğundan belirtmek gerekir ki reçeteye ilaç tavsiye eden hekimin ilacın yan etkileri, kullanım şekli ve dozu, ilacı kullanırken almaması gereken başka ilaçlar veya gıdalar⁵⁸, ilacın araç

⁵⁵ ÖZKAN, Hasan/ÖNER AKYILDIZ, Sunay, Açıklamalı İctihatlı Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, Ankara 2008, s.41.

⁵⁶ AYAN, s.28.

⁵⁷ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.97.

⁵⁸ Bkz. Birinci Bölüm, III.

kullanımına etkileri hastaya bildirilmelidir. İlaç kullanımında ilaç etkileşimlerinin son derece ciddi zararlara yol açtığına ve bunların kimi zaman bireyi ölüme kadar götürdüğüne yukarıda değinmiştik⁵⁹. Hekimin bu riski en aza indirmek için hastanın ilaç kullandığı süre boyunca kullanmaktan kaçınması gereken başka ilaçlar varsa bunlar hakkında hastayı uyarması gerekmektedir.

İlacın kullanımı hastanın alışık olmadığı şekilde gerçekleştiriliyorsa hekimin ilaç kullanımı hakkında da hastayı bilgilendirmesi gerekir. Ayakta tedavilerde hastaların en sık kullandığı ilaçlar ağız yoluyla alınan tabletler veya şuruplar olsa da çok çeşitli ilaç kullanım yöntemleri vardır⁶⁰. Bu yöntemlerin bazılarıyla hasta hayatında ilk defa karşılaşılıyor olabilir. Bu tip durumlarda da hastanın ilaç kullanımı bakımından aydınlatılması önemlidir.

Tedavinin riski arttıkça hekimin aydınlatma borcunun da sınırı genişlediğinden bu tip durumlarda en seyrek görülen riskler dahi hastaya anlatılmalıdır⁶¹.

Hastanın aydınlatılması şayet sağlığına kötü etki yapacaksa bu durumda aydınlatmanın sınırı daraltılabilir; hastalığın vahim görülen akıbet ve seyri hastadan saklanabilir (TDN m.14) Hastanın aydınlatılmayı istemediği durumlarda da aydınlatma yükümlülüğünün kalktığından bahsedilmekte⁶² ise de hastanın bundan vazgeçmesi için bile neden vazgeçtiğini bilecek bilgi düzeyinde olması; o düzeyde değilse de hekim tarafından bu hususta aydınlatılması gerektiği kanısındayız. Hastanın aydınlatılmayı istemediği durumlarda ortaya çıkacak ihtilafların doktorun haksız biçimde yararlanmaması gerekir⁶³. Riskin düşük olduğu durumlarda, hastanın

⁵⁹ Bkz. Birinci Bölüm, III.

⁶⁰ Bkz. dn.17.

⁶¹ HANCI, İ.Hamit, Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006, s.153.

⁶² AYAN, s.34.

⁶³ AYAN, s.34.

önceden konu hakkında bilgi sahibi olduğu durumlarda ve acil durumlarda da aydınlatmanın sınırının daraldığı ve hatta kalktığından bahsedilmektedir⁶⁴.

Hastanın tıbbi müdahaleye rıza vermesinin ardından hekimin tıp ilminin gereklerine uygun biçimde müdahalede bulunma zorunluluğu devam etmektedir; zira rıza, her türlü zararı hukuka uygun hale getirmemektedir⁶⁵.

⁶⁴ AYAN, s.34 vd; HANCI, s.154; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.104,105 vd.

⁶⁵ KÖPRÜLÜ, s.596.

İKİNCİ BÖLÜM

AYAKTA TEDAVİ YAPILAN ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARININ VE HEKİMİN SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK

Hukuki sorumluluğun çeşitli kaynakları vardır. Sözleşmeye aykırı davranmak sorumluluğun kaynağı olabileceği gibi daha sözleşme kurulmadan önce yani sözleşme müzakereleri sırasında da sorumluluk doğabilmektedir. Vekâletsiz iş görme, haksız fiil veya adam çalıştıranın sorumluluğu da hukuki sorumluluğun kaynağı olabilmektedir.

Özel sağlık kuruluşunun ve hekimin sorumluluğu, ayakta tedavilerde sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmakta ise de sözleşmeye aykırı birçok davranış aynı zamanda bir haksız fiildir. Bu sebeple sorumluluğu ele alırken hem sözleşmeye aykırılık konusuna hem de haksız fiil sorumluluğuna değineceğiz.

Hekimin sözleşmeye aykırı davranışından dolayı sorumluluğu yalnızca hekimin sözleşmeye taraf olduğu durumlarda söz konusudur. Hekim sözleşmenin tarafı değilse o zaman sözleşmeye aykırılıktan değil haksız fiilden sorumlu tutulabilir⁶⁶ ve sözleşmenin tarafı olan özel sağlık kuruluşu bakımından da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk esası geçerlidir⁶⁷.

II. AYAKTA TEDAVİ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

A. Ayakta Tedavi Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Hastasına ilaç reçete yazan hekim; bu işi hastasını tedavi etmek amacıyla yapar. Zira hekimle hasta arasındaki ilişkinin amacı hastanın şifa

⁶⁶ Bkz. İkinci Bölüm, III, B, 1.

⁶⁷ Bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2.

bulmasıdır. Ancak bu ilişkiyi incelerken öncelikle bu ilişkinin hukuki mahiyetini ortaya koymak gerekir.

Hekimin hastayı tedavi etmeyi üstlendiği, hastanın ise bunun karşılığında hekime ücret ödemeyi kabul ettiği sözleşme tipi Borçlar Kanunu bakımından düzenlenmiş bir sözleşme tipi değildir. Bu sebeple hastayla hekim arasındaki tedavi sözleşmesi⁶⁸ Borçlar Kanunu'ndaki diğer sözleşme tipleri içerisinde aranmış ve ayakta tedavi sözleşmesinin eser sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesi olduğu yönünde farklı görüşler ortaya çıkmıştır⁶⁹.

Hasta-hekim arasındaki her sözleşme tedavi amacı taşımamaktadır. Örneğin bir patoloğun görevi hastayı iyileştirmek değil hastadan alınan doku parçasını inceleyerek o dokuda bir hastalık olup olmadığını tespit ve teşhis etmektir. Bu ayırmadan dolayı da doktrinde "teşhis ve tedavi sözleşmesi" tanımlanmış⁷⁰ ve bunun yanı sıra tedavi amacı içermeyen ve salt teşhise yönelik olan sözleşmelerin de olabileceği vurgulanmıştır⁷¹. Bu görüşe göre "teşhis ve tedavi sözleşmesi" ifadesi, özel sağlık kuruluşunun yerine getireceği tüm edimleri kapsamaktadır. Oysa ayakta tedavi sözleşmeleri bakımından her türlü teşhisin, tedaviyi amaçlayan ve ana edime hazırlık amacıyla yapılan yardımcı edimler olduğunu kabul etmenin daha isabetli olduğu görüşündeyiz. Gerçekten de tıbbi görüntüleme veya laboratuvar ortamında yapılan incelemeler, tek başına bir tedavi edimi değildir. Hekim, tıbbi görüntüleme teknikleri veya laboratuvar ortamında yapılan incelemelerle elde edilen verileri kullanarak tedaviyi planlayacaktır.

Tedavi sözleşmelerinin kimi hallerinde sözleşme eser sözleşmesinin özelliklerini de taşıyabilir. Bir çocuğun sünnet edilmesi, bir hastanın beyin tümörünün ameliyatla alınması, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, dış

⁶⁸ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2.

⁶⁹ Hastayla hekim arasındaki ilişkinin hukuki mahiyetiyle ilgili görüşler için bkz. KURT, Ekrem, "Hekimlik Sözleşmeleri", Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 24-25 Nisan 2008, İstanbul 2011, s.60.

⁷⁰ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.51.

⁷¹ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.41 vd.

hekiminin dolgu, köprü, kaplama⁷² yapması ve benzer şekilde belli bir sonuca yönelik tıbbi girişimlerin hukuki mahiyeti tartışmalı⁷³ olmakla beraber, kanımız bunların eser sözleşmesine benzerlik gösterdiği yönündedir. Yargıtay da estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin eser sözleşmesine örnek teşkil ettiği görüşündedir⁷⁴.

Çalışmamızın konusu genel anlamdaki tedavi sözleşmeleri değil, daha dar bir kapsamda kalan ayakta tedavi sözleşmeleridir. Bu sebeple ayakta tedavi sözleşmesini incelerken genel olarak vekâlet sözleşmesi hükümlerini göz önüne alacağız.

2. Hukuki Niteliği

Hekim olabilmek için gerek 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un düzenlemesi gerekse mesleğin son derece geniş bir bilgi birikimi gerektirmesi sebebiyle tıp fakültesinden mezun olmak şarttır.

Tıp eğitimi almamış bir bireyin böylesine büyük bir bilgi yığını hafızasında barındırması ve kendi hastalıklarına çare aramakta kullanması beklenemez. Kaldı ki hekimlik gibi mesleklerde yalnızca bilgi sahibi olmak yetmez. Bu mesleği yapan kişilerin mesleği uzun süredir yapmaktan ve bazı girişimleri çok kere tekrar etmekten kaynaklanan bir mesleki sezgisinin de

⁷² ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu, Diş Hekimi, http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2011_1_8.pdf, 17.3.2013, s.186.

⁷³ Eser sözleşmesi olduğu yönünde bkz. ERMAN, Hasan, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, s.144; BELGESAY, Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1953, s.77; AKINCI, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s.85; SARIAL, Enis, Sağlık Arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuki İlişkiler, İstanbul 1986, s.43; PETEK, Hasan, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergi8-1/pdf/petek7.pdf>, 17.3.2013, s.192; ÖZAY, Merta, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s.47 vd.; KURT, s.74; AKARTEPE, Alpaslan, "Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s.22; ÖZEL, Çağlar, "Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişki", Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 7-8 Kasım 2008, s.251. Eser sözleşmesi olmayacağı görüşünde bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.436; TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Borçlar, C.II, İstanbul 2010, s.40-41; AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s.18.

⁷⁴ Y.13.HD E:2011/11359, K:2012/12808 K 21.5.2012 T. Corpus İçtihat Veritabanı, 19.3.2013.

olması lazımdır. Bireyin yalnızca kendi hastalıklarını tedavi etmek üzere tıp fakültesi mezunu olması gibi bir ütopyanın gerçekleştiğini kabul etsek bile bu birey her zaman mesleki sezgiden yoksun kalacaktır. Bu sebeple hasta birey, sağlığına kavuşmak için tıp fakültesinde okumak yerine tıbbi bilgi birikimini kendisi adına kullanacak olan hekime başvurur. Hekim, bilgisini hasta adına kullanarak hastasını muayene eder, hastasının sıkıntı çekmesine yol açan şey her ne ise onu bulmaya ve ardından da bunu düzeltmeye çalışır.

"Vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme" TBK'de vekâlet sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Bunun yanında vekâlet sözleşmesi, vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kısıtlamasına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosu vekâlet verene ait olmak üzere, vekile yükleyen sözleşme olarak da tanımlanmıştır⁷⁵.

Ayakta tedavi sözleşmelerinin vekâlet sözleşmesi olduğu hususu genel olarak doktrinde⁷⁶ kabul edilmekle birlikte Yargıtay'ın da benimsediği görüş de bu yöndedir.

Gerçekten de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında *"Hasta, tedavi olmak üzere doktora başvurmakla, bir "vekâlet ilişkisi" kurulmuş olacağından normal şartlarda doktorla hasta arasındaki uyumsuzluklarda*

⁷⁵ TANDOĞAN, Borçlar, s.356. Ayrıca bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.522. *"Vekâlet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile belirlenen işi görmeyi veya işlemi yapmayı borçlandığı ve vekilin yerine getireceği edimin kanun hükümleriyle düzenlenen akitlerden herhangi birinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teamül olan durumlarda vekilin ücrete hak kazandığı bir sözleşmedir."*; GÜMÜŞ; Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, İstanbul 2012 s.116. *"Vekâlet sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, vekil, vekâlet veren ile arasındaki özel güven ilişkisine dayalı şekilde, vekâlet verenin menfaatine ve hesabına olarak ve nispeten yersel, zamansal veya maddi bağımsızlık içerisindeki bir iş veya hizmeti, ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmış ya da teamül varsa ücretli olarak görmeyi borçlanır."*

⁷⁶ TANDOĞAN, Borçlar, s.360; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.523; KURT, s.75, BAŞPINAR, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s.59; ERMAN, s.143; AŞÇIOĞLU, s.15; AKINCI, s.87; AKARTEPE, s.22. Ayrıca "sui generis" bir sözleşme olduğu hususunda bkz. ÖZAY, s.46; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.71.

*vekâlet sözleşmesi HÜKÜMLERİ GEÇERLİDİR.*⁷⁷ şeklinde içtihat oluşturmuştur.

Kanımızca ayakta tedavi sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olduğunun kabulü son derece yerinde olmakla birlikte aksi yönde düşünülse dahi 6098 sayılı TBK m.502/2'de "*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*" denmekle hastayla hekim arasındaki tedavi ilişkilerine vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği düzenlenmiştir.

Ayakta tedavi sözleşmesinin mevzuatta öngörülmüş bir tanımı olmaması sebebiyle doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmıştır.

Hayrünnisa ÖZDEMİR, yatarak tedavileri de içine alacak şekilde "teşhis ve tedavi sözleşmesi" kavramını ele almış ve bunu, teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirecek özel sağlık kurum ve kuruluşlarıyla hasta veya yasal temsilcisi arasında gerçekleştirilen ve hasta veya kanuni temsilcisinin tıbbi teşhis ve tedavi ediminin karşılığını oluşturan belli bir ücret ödemeyi üstlendiği rızai bir sözleşme olarak tanımlamıştır⁷⁸. Bu tanımlamayla yalnızca tıbbi edimleri gerçekleştiren özel hukuk kişileri kastedilmek istenmişse de "kurum" kelimesi daha ziyade idare hukukunun alanına giren ve devlet eliyle kurulan kamusal örgütleri ifade etmektedir.

Mehmet DEMİR, hastaneye kabul sözleşmesiyle hekimlik sözleşmesi kavramlarını farklı iki kavram olarak ele almış ve hekimlik sözleşmesini serbest çalışan hekimle, hasta ya da onun temsilcisi arasında kurulan ve hekimi kendine ödenecek bir bedel karşılığında tıbbi teşhis ve tedavi edimini yerine getirme yükümlülüğü altına sokan bir iş görme sözleşmesi olarak tanımlamıştır⁷⁹. Bu tanımlamada serbest çalışan bir hekim veya onun işlettiği

⁷⁷ Y.HGK E:2007/4-800, K:2007/797, T. 31.10.2007; ayrıca bkz. "*(...) davanın temeli vekillik sözleşmesi olup dava özen borcuna aykırılığa dayandırılmaktadır.*" Y.HGK E:2010/13-717, K:2011/129, T. 13.4.2011 Corpus İctihat Veri Tabanı, 20.10.2012.

⁷⁸ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.51.

⁷⁹ DEMİR, Mehmet, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", Hekim, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-demir.pdf>, 17.3.2013, s.232.

bir tıp merkezi, özel hastane, poliklinik kastedilmişse⁸⁰ de özel sağlık kuruluşunun tüzel kişiliğiyle bunun sahibi veya hissedarı olan hekimin kişiliği tamamen birbirinden bağımsız iki farklı özel hukuk süjesidir.

Ayakta tedavi hizmeti veren sağlık kuruluşunun⁸¹ hastayı muayene ederek teşhis koyduğu ve hastasını ayakta tedavi ettiği, hastanın ise bunun karşılığında sağlık kuruluşunda ücret ödediği sözleşmeye, ayakta tedavi sözleşmesi; hastanın yataklı tedavi merkezlerinde yatışının sağlanarak tedavi edildiği sözleşmeye ise yataklı (yatarak) tedavi sözleşmesi; her iki kavrama ise genel olarak tedavi sözleşmesi denmesinin yerinde olduğu kanısındayız⁸².

Bu çalışmamızın konusu özellikle ayakta tedavi sözleşmelerinde yazılan reçete ve ilaçlar olduğundan dar kapsamlı bir tanımlamanın daha uygun düşeceği kanısındayız: Ayakta tedavi sözleşmesi, hekim veya özel sağlık kuruluşuyla, hasta veya temsilcisi arasında kurulan; ayakta teşhis veya tedavi ediminin karşılığında hasta veya temsilcisinin belirli bir ücret ödediği sözleşmedir.

3. Tarafları

Ayakta Tedavi Sözleşmesinin tarafları ayakta tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşu ve hastadır.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik⁸³'te ayakta teşhis ve tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşları; tıp merkezleri, poliklinik ve muayenehaneler olarak sayılmıştır⁸⁴.

⁸⁰ DEMİR, Hekim, s.233.

⁸¹ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 3.

⁸² Bu ayrımın "hekimlik sözleşmesi-hastaneye kabul sözleşmesi" şeklinde yapılmasıyla ilgili bkz. KURT, s.59 vd.; ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Teşhis ve Tedavi, Ankara 2004, s.51; DEMİR, Hekim, s.232.

⁸³ RG 15.2.2008, S.26788.

⁸⁴ ATTYÖSKHY'de RG 6.1.2012, S.27805'de yapılan değişiklikle ayakta teşhis ve tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşlarına laboratuvar ve müesseseler eklenmişse de Danıştay 10. D. 6.5.2012 T., E:2008/2745, K:2012/2065 sayılı kararıyla bu değişiklik iptal edilmiştir.

Tıp merkezleri Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen kadrolarda en az dört klinisyen uzmanla açılan sağlık kuruluşlarıdır (ATTYÖSKHY m.6).

Muayenehane, bir tabip tarafından mesleğini serbest olarak icra etmek üzere açılan, cerrahi ve girişimsel tıbbi işlemlerin yapılmadığı işyeri olarak tanımlanmıştır (ATTYÖSKHY m.7/2).

Poliklinik, en az iki tabip tarafından müştereken açılan, hizmet birimleri doğrudan birbiriyle bağlantılı olacak şekilde oluşturulan ve Yönetmelik'le belirlenen asgari şartları taşıyan sağlık kuruluşu olarak tanımlanmıştır (ATTYÖSKHY m.7/1).

ATTYÖSKHY'deki tanımlamaya göre tedavi hizmetinin hekimin kendi muayenehanesinde veya tam teşekküllü bir hastanenin polikliniğinde sunulması bakımından bir ayırım gözetilmeksizin her türlü sağlık kuruluşuna genel olarak "ayakta teşhis ve tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşu" adı verilmektedir.

Ayakta tedavi sözleşmesinin diğer tarafı da hastadır. HHY m.4/b'de hasta, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse olarak tanımlanmıştır. Türk Dil Kurumu'nun hasta tanımı ise "*Sağlığı bozuk olan, esenliği yerinde olmayan, hastalanmış, rahatsız*" şeklindedir⁸⁵.

4. Unsurları

Ayakta tedavi sözleşmesinin unsurlarını ele alırken vekâlet sözleşmesinin özelliklerini de göz önünde bulundurduğumuzda sağlık hukukuna ilişkin pek çok mevzuatta bu unsurları destekleyen veya düzenleyen hükümlerle karşılaşmaktayız. Örneğin vekilin yaptığı işin olumlu bir sonuçla sonuçlanmamasından sorumlu tutulamaması unsuruna benzer bir şekilde TDN m.13'te tedavinin şifayla sonuçlanmamasından hekimin sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir.

⁸⁵ <http://tdkterim.gov.tr/bts>, 26.10.2013.

Biz bu bölümde genel olarak vekâlet sözleşmesi unsurlarını sıralamak yerine ayakta tedavi sözleşmelerinin unsurlarını inceleyeceğiz.

a. Tıbbi Edimlerin Ayakta Tedavi Hizmeti Veren Özel Sağlık Kuruluşu Tarafından İfa Edilmesi

Ayakta tedavi hizmeti veren sağlık kuruluşlarının kimler olduğuna yukarıda değinmiştik⁸⁶. Buna göre muayenehane işleten hekim, poliklinikler ve tıp merkezleri ayakta tedavi sözleşmesinin tarafı olabilirler. Bunun yanında Özel Hastaneler Yönetmeliği⁸⁷'ne göre özel hastanelerin de bünyesinde poliklinikler bulunmaktadır (m.23). Bu özel sağlık kuruluşlarının dışında kalan kamu hastanelerinin polikliniklerinde de ayakta tedavi hizmeti veriliyorsa da buradaki sorumluluk idare hukukunun alanına girdiğinden ayrı bir çalışmanın konusudur.

Burada sözleşmenin esas unsuru hekimdir. Ancak hastayla kurulan sözleşmenin tarafı kimi zaman özel muayenehanesinde münferiden çalışan hekim olabileceği gibi kimi zaman da tıp merkezi veya polikliniğin hükmi şahsıdır. Hastanın karşısındaki kim olursa olsun sözleşmedeki asli edimleri bir hekim ifa etmektedir.

Gerçekten de Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.25 ve devamında bu kanuna göre tıbbi müdahalede bulunmaya ehliyetli olmayan veya bu ehliyetini yitirmiş kişilerin tıbbi girişimde bulunmaları veya tabip unvanı takınmaları yasaklanmıştır.

b. Ayakta Tedaviye İlişkin Edimlerin İfası

Tedavi amacıyla hastaya uygulanan tıbbi müdahaleler tedavi sözleşmelerinin asli unsurlarındandır. Hastanın tedavisi için yapılmayan girişimlerse tedavi sözleşmesinin unsuru değildir. Örneğin tıbbi görüntüleme veya tahlillerle bir hasta tedavi edilemez ancak bu yolla hastalığına teşhis koyulabilir. Benzer şekilde bir kişinin tansiyonunun ölçülmesi o kişiyi tedavi

⁸⁶ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 3.

⁸⁷ RG 27.3.2002, S.24708.

etmez fakat tansiyonuyla ilgili bir anormallik olup olmadığını göstererek hekimin hastaya bir teşhis koymasını sağlar.

Teşhise yönelik edimlerince tedaviye yönelik edimlere hazırlık amacıyla yapılan edimler olduğunun kabulü gerekir. Zira her teşhisin amacı tedavidir. Bu tedavi kimi zaman hastanın bozulan sağlığına kavuşması, kimi zaman yaşamının son dönemindeki hastanın ıstırabının azaltılması⁸⁸, kimi zaman da mevcut sağlığın korunmasıdır.

Ayakta tedavinin sözlük anlamı hastanın yatağa yatırılmasına gerek görülmeyerek kendisine ayakta yapılan tedavidir⁸⁹. Ayakta tedavi sözleşmesinin unsuru da ayakta tedavi amacıyla yapılan tıbbi girişimlerdir. Yataklı tedavi kurumlarında yapılan tedaviler ayakta tedavi sözleşmesinin konusuna girmez. Örneğin soğuk algınlığı, hafif yanık gibi hastalıkların tedavisinde hastanın ayakta tedavisi mümkünken kişinin yaşamını tehdit eden zatürre, ağır yanık gibi hastalıkların tedavisi için hastanın bir süre sağlık kuruluşundaki yataklı tedavi ünitelerinde yatırılarak tedavisi sağlanır.

c. Ücret

Ücret unsuru, vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsurlarından değildir⁹⁰. TBK m.502/3'teki "*Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.*" ifadesinden ücretin vekâlet sözleşmesinde uygulanması için sözleşmede ücret kararlaştırılması veya o işte vekâlet ücreti uygulanmasının teamül haline gelmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak bir iş veya hizmetin profesyonel olarak görülmesi halinde kural, ivazsızlık değil, tam tersine ivazlılıktır⁹¹.

Ücret konusunu hekimlik mesleği bakımından incelediğimizde ise ücrete ilişkin birçok düzenleme olduğunu görmekteyiz. 6023 sayılı Türk

⁸⁸ Bkz. Birinci Bölüm, I.

⁸⁹ <http://tdkterim.gov.tr/bts>, 8.4.2013. "Hastanın hastane veya tedavi merkezinde kalmasını gerektirmeyen (psikiyatrik, tıbbi, psikolojik vs.) her türlü tedavi." <http://bpd.about.com/od/glossary/g/outpatient.htm>, 8.4.2013.

⁹⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.527; TANDOĞAN, Borçlar, s.364; BAŞPINAR, s.83.

⁹¹ GÜMÜŞ, s.41; ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003, s.409.

Tabipler Birliği Kanunu m.28/II'de Birliğin ücret tarifesi düzenleme yetkisi; 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.71'de hasta-hekim arasında ücrete ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak yargı yolu, m.74'te hasta-hekim arasındaki ücret uyuşmazlıklarında uygulanmak üzere ücret tarifeleri hazırlanması düzenlenmiştir. Diğer yandan 1219 sayılı Kanun'un yukarıda saydığımız hükümleri dışında m.11'de mahkemelerce görüşlerine başvurulacak hekimlerin hak kazanacakları ücrete ilişkin düzenlemeyi içermektedir. Ayrıca TDN (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi) m.21/3'deki "*Hasta tarafından çağırılmamış olan müdavi tabip veya diş tabibi, ameliyatta hazır bulunmaktan dolayı ayrıca ücret isteyemez.*" ifadesinin zıt anlam itibariyle yorumundan hekimin hastadan ücret isteyebileceği; m.30'da konsültasyon yapan her hekimin ücrete hak kazanacağı; m.31'de asgari ücret tarifesi uygulanan yerlerde tarifenin altında ücret kabul edilemeyeceği; m.32'de ücret almadan bakabileceği hastaların kimler olduğu; m.35'te acil müdahalede bulunan hekimin ücretini sonradan isteyebileceği düzenlenmiştir.

Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları m.29'da hekimin, meslek örgütünün belirlediği asgari tarifenin altında ücret alamayacağı düzenlenmiştir.

Tüm bu düzenlemelere bakarak hekimin ücret hakkını mevzuattan aldığını söylemek mümkündür⁹²; zira mevzuatta ücrete ilişkin birçok düzenleme olmasının yanında TDN m.32'de "*Tabip ve diş tabibinin, kendi meslekdaşları ile bunların bakmakla mükellef oldukları usul ve furuunun ve karı veya kocalarının muayene ve tedavileri için ücret almaması uygundur.*" şeklindeki düzenleme zıt anlamıyla yorumlandığında hekimlerin maddede sayılanlar dışındaki kişilerden ücret alması gerektiği anlaşılmaktadır.

Hekimin alacağı ücret taraflarca kararlaştırılmamışsa hekim bir ücret belirler. Hasta, bu ücreti itiraz etmeksizin öderse bunu zimnen kabul etmiş

⁹² Hekimin ücret hakkının mevzuattan değil teamülden kaynaklandığı hakkında bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.528. "Ücret karşılığında iş görmenin teamülden olduğu durumlar da vardır. Örneğin hekimlerin (...) faaliyetleri karşılığı ücret istemi teamül gereğidir." Ayrıca bkz. TANDOĞAN, Borçlar, s.366. "Ücret karşılığı iş görmenin teamülden olduğu hallere hekimlerin (...) hizmetleri örnek olarak gösterilebilir." Aksi yönde bkz. GÜMÜŞ s.124.

olur. Ancak hasta hekimin belirlediği miktara itiraz ederse hâkimin teamülü ve fiyat tarifelerini göz önünde bulundurarak ücret takdir etmesi gerekir⁹³.

d. Taraflar Arasında Anlaşma

Ayakta tedavi sözleşmesinin kurulabilmesi için her sözleşmede olduğu gibi taraflar arasında bir irade uyuşması olmalıdır. Bu sebeple özel sağlık kuruluşuyla hasta arasında tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşme bulunmaktadır⁹⁴. Tarafların borçlanma iradesi olmaksızın bir işi üstlenmesi, bedava ve ücret almadan, sorumluluk olmaksızın ya da istenilmeden tavsiye verilmesi halinde sözleşmeden söz edilemez⁹⁵. Dolayısıyla hekimin tıbbi yardım talep etmeyen bir kişiye tıbbi tavsiyelerde bulunması halinde ayakta tedavi sözleşmesinden bahsedilemez.

Vekâlet sözleşmesinde şekil serbestisi⁹⁶ kabul edildiği gibi ayakta tedavi sözleşmelerinde de bir şekil şartı söz konusu değildir.

TBK m.503'te vekilin zimni kabulüyle ilgili "*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sifata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, bir işi yapma konusunda resmi sifata sahip olan kişilerin, bir işin yapılması o kişinin mesleğinin gereği olanların veya belirli bir işi yapmayı duyurmuş olan kişiler kendilerine teklif edilen işi yapmayı hemen reddetmedikçe işi zımnen kabul ettikleri varsayılmaktadır. Hekimlik mesleği 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunla düzenlenmiş olduğundan hekimler hem resmi sifata sahiptirler hem tedavi hizmeti mesleklerinin gereğidir hem de hasta kabul ettiklerini duyurduklarında TBK m.503'e göre

⁹³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.528; TANDOĞAN, Borçlar, s.368.

⁹⁴ DEMİR, Hekim, s.235.

⁹⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.527.

⁹⁶ TANDOĞAN, Borçlar, s.364, 390; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.533; GÜMÜŞ, C.II, s.132; Y.HGK E:2003/19-265, K:2003/267, T. 2.4.2003; Y.3.HD E:2004/2385, K:2004/2082, T.15.3.2004, Corpus İçtihat Veri Tabanı, 26.10.2013.

hekimler kendilerine başvuran hastanın tedavisini derhal reddetmedikçe tedavi sözleşmesi kurulmuş sayılır.

Ahlaka ve hukuka aykırı sözleşme yapılamayacağı için vekâlet sözleşmesinin konusu da ahlaka ve hukuka aykırı olamaz. Örneğin hekimin, hastaya zarar verecek ve tıbbi yararı olmayan bir işlemi hastanın muvafakati üzerine dahi olsa yapması TDN'yle yasaklanmışsa da böyle bir düzenleme olmasaydı bile, hekimin bu müdahalesi ahlaka ve hukuka aykırı olacağından böyle bir işlemin ayakta tedavi sözleşmesinin konusu olması mümkün değildir.

DEMİR, geçerli bir hekimlik sözleşmesinden bahsedebilmek için aydınlatılmış onam kapsamında hastanın kendisine yönelecek tıbbi girişime izin verdiği yönündeki iradesini hukuka uygun olarak açıklaması gerektiğini belirtmiştir⁹⁷. Gerçekten de Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70'te de hekimlere her türlü tıbbi girişimde hastanın muvafakatini alma görevi yüklenmiş; cerrahi müdahalelerde ise buna yazılı şekil şartı getirilmiştir. Ancak ayakta tedavilerde çoğu zaman hekimin tıbbi müdahalesi hastanın sıkıntısını dinleyip muayene ettikten sonra reçeteye ilaç yazmaktan öteye geçmez. Bu gibi hallerde rızanın zımni olarak verildiği kabul edilmelidir⁹⁸.

e. Tedavinin Sonucundan Sorumlu Olmama

Vekâlet sözleşmesinin yapılan işin başarılı bir sonuçla sonuçlanıp sonuçlanmamasından bağımsız olması kanuni tanımda yer almamakla birlikte bu unsurun da zıt anlam yorumu itibariyle m.502/2'den anlaşıldığı belirtilmektedir⁹⁹. İş görenin amaçlanan sonucun meydana gelmemesi rizikosunundan sorumlu olduğu sözleşme tipi eser (istisna) sözleşmesi olması göz önüne alındığında vekâlet sözleşmesinde vekilin sonuç sorumluluğu

⁹⁷ DEMİR, Hekim, s.236.

⁹⁸ KÖPRÜLÜ, Ömer, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", İBD, C.58, S.10-11-12, 1984, s.595. Aydınlatılmış onamla ilgili bkz. Birinci Bölüm, IV.

⁹⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.526; TANDOĞAN, Borçlar, s.363; Benzer görüşte bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.592.; Y.HGK E:2009/13-290, K: 2009/350, T.15.7.2009, Corpus İçtihat Veritabanı, 26.10.2013.

altında olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Vekilin buradaki yükümlülüğü vekâlet görevini özen yükümlülüğüne uygun olarak ifa etmek olup bu şekilde davranan vekilin arzu edilen sonucun meydana gelmemesi dolayısıyla sorumluluğuna başvurulamaz.

Ayakta tedavi sözleşmesi bakımından bir değerlendirme yaptığımızda ise hekimin hastanın sağlığına kavuşacağı (şifa taahhüdü) yönünde bir sonuç taahhüdü vermesi beklenmemektedir. Zira tıp biliminin ulaştığı en yüksek nokta dahi kimi hastalara şifa vermede yetersiz kalmaktadır. Hayatta hiçbir şey ilelebet sürmediği gibi hayatın kendisi de sonsuz değildir. Hal böyleyken hekimin her hastaya şifa vermesi mümkün olsaydı insan yaşamı başı olan ama sonu olmayan bir sürece dönüşürdü.

Ayakta tedavi sözleşmesinde hekimden beklenen, çağdaş tıbbın ulaştığı bilgi seviyesinde hastasını azami özen ve ihtimamla muayene ve tedavi etmesidir. TDN m.13'te "*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.*" denmekle hekimin tıbbın gerektirdiği şekilde teşhis koymas ve gereken tedaviyi uygulaması gerektiği; bu girişimlerinin şifayla sonuçlanmaması halinde ise deontoloji bakımından eleştirilemeyeceği düzenlenmiştir.

5. Tarafların Borçları

a. Ayakta Tedavi Hizmeti Veren Özel Sağlık Kuruluşunun Borçları

Ayakta tedavi sözleşmelerindeki tedavi hizmeti veren kuruluşun borçlarıyla vekâlet sözleşmesindeki vekilin borçları bazı yönlerden benzerlik göstermekte, bazı yönlerden de sağlık kuruluşunun borçları daha özel tanımlamalar gerektirmektedir.

aa. Tedavi Borcu

Tedavi sözleşmelerinde tarafların borçları arasında en tipik borç sağlık kuruluşunun hastayı tedavi borcudur. Tedavinin amacı hastanın sağlığına kavuşması, mevcut sağlığın korunması veya hastanın acılarının azaltılması olsa da sağlık kuruluşunun borcu hastayı sağlığına kavuşturmak değil sağlığına kavuşturmak için gerekli tedavi edimini özen borcuna uygun biçimde ifa etmektir¹⁰⁰. Hastanın sağlığına kavuşması için çaba harcamak en temel borçtur¹⁰¹. Bunu yaparken hekimin tıp mesleğinin standartlarına ve yükümlülüklerine uygun davranması gerekir (Biyotıp Sözleşmesi m.4; TDN m.13).

Hekim, tedavi borcunu ifa ederken hiçbir tesire kapılmaksızın, kendi mesleki ve vicdani kanısına uygun bir biçimde uygulayacağı tedaviyi serbestçe seçer (TDN m.6).

Hastaya uygulanacak birden fazla tedavi yöntemi varsa hekimin bunlar arasından hasta için en kolay uygulanabilir, en çok faydalı ve en az yan etkili olanını tercih etmesi gerekir¹⁰². Hekimin bu muhakemeyi yaparken hastanın yaş, tıbbi geçmiş, kullandığı başka ilaçlar gibi unsurlarını hastadan sorarak çok dikkatli bir biçimde irdelemesi gerekir.

Bazı yazarlar¹⁰³ teşhis ve tedaviyi iki ayrı edim olarak değerlendirmekte ise de hastaya yönelik her türlü tıbbi müdahale, tedavi amaçlıdır. Teşhis amaçlı girişimler dahi tedaviye giden doğru yolun bulunması amacıyla yapılmaktadır. Bu sebeple de doğru tedavi için doğru teşhisin koyulması şarttır. Bunun için de hekimin hastanın hikayesini (anamnezini¹⁰⁴) çok iyi bir biçimde alması, hastayı dikkatle muayene etmesi, hastalığın çıkış

¹⁰⁰ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 5, a, aa. Ayrıca bkz. AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.64.

¹⁰¹ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.89.

¹⁰² ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.90.

¹⁰³ Teşhis ve tedavinin iki ayrı edim olarak ele alınması hakkında bkz. AYAN, s.65; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.41 vd.; ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2007, s.37 vd.

¹⁰⁴ Hastanın hastalığı ve geçmişi hakkında verdiği bilgidir. <http://tdkterim.gov.tr/bts>, 26.10.2013.

sebebiyle ilgili olarak hasta veya hasta yakınlarıyla istişare etmesi ve gerekiyorsa tıbbi tahlil ve görüntüleme metotlarından yararlanması gerekir¹⁰⁵.

Vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi ayakta tedavi sözleşmesinde de hekimin borcunu şahsen ifa etmesi gereklidir. Gerçekten de hekimin muayenehanesinde kendi adına bir başka meslektaşını çalıştırması yasaktır (TDN m.43). Bazı durumlarda hasta, hekimin mesleğindeki başarılarını, önceki hastaları tarafından yayılan şöhretini duyarak; hekimin yazılı ve görsel basındaki beyanlarından haberdar olarak o hekimi tercih etmektedir. Bu durumda hasta yetkili kılmadığı müddetçe hekimin tedaviyi şahsen uygulama borcunun istisnasından söz etmek mümkün olmayabilir.

Tedavi sözleşmesinde, şahsen ifanın istisnası olmak üzere, hasta hekime doğrudan veya zımni olarak yetki vererek seçtiği hekimin dışında başka hekimlerin tedavi etmesine imkân tanıyabilir veya bu yetkiyi yalnızca belirli hekimlerin belirli şartlar altında tedaviyi üstlenmesine yönelik sınırlı bir yetki de verebilir¹⁰⁶. Tedavinin, müdavi hekim dışındaki bir hekim tarafından gerçekleştirilmesini hastanın hoş karşılaması durumunda yeni hekim yetkili kılınmış olmakla kalmaz, üçüncü kişiyle hasta arasında bir vekâlet sözleşmesi doğmuş olur. Ayrıca, yeni hekim, tedavi sözleşmesinden doğan taleplerini hastaya doğrudan yöneltme hakkını kazanır¹⁰⁷.

Hekimin uzmanlık alanının dışındaki bir uzmanlık alanından veya hekimin sahip olduğu uzmanlık düzeyinin daha üzerindeki uzmanlık seviyesindeki bir uzmandan yardım gerekiyorsa burada teamülden kaynaklanan bir istisna vardır. Hekimin özen borcu başka bir hekimden yardım almasını zorunlu kılmaktadır¹⁰⁸.

TDN m.24/2 *"Müdavi tabip veya dış tabibi, konsültasyon yapılmasına lüzum gördüğü takdirde, keyfiyeti hastaya bildirir. Bu teklifin kabul edilmemesi halinde, müdavi tabip veya dış tabibi, hastasını bırakabilir."*

¹⁰⁵ AYAN, s.65.

¹⁰⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.548; TANDOĞAN, Borçlar, s.457.

¹⁰⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.548; TANDOĞAN, Borçlar, s.457.

¹⁰⁸ TANDOĞAN, Borçlar, s.457.

şeklindeki düzenlemelerde de hekimin şahsen ifa borcunun istisnası düzenlenmiştir. M.24/2'deki düzenlemeye göre hekimin konsültasyon teklifini hastanın reddetmesi durumunda hekimin hastasını bırakabileceği düzenlenmiştir¹⁰⁹.

Hekimin konsültasyon talep ettiği durumlar ancak kendi uzmanlık alanının dışındaki dallardan biriyle ilgili konu(lar)da olabilir. Konsültasyon yapılmaksızın tıbbi müdahaleye devam edilmesi neticesinde hastanın tıbbi durumuyla ilgili eksik bir değerlendirme yapılabilir. Bu şekilde eksik bir değerlendirme neticesinde planlanan tedaviden hasta zarar görebilir. Bu sebeple hekimin bir başka hekimden konsültasyon alınmasını talep ettiği durumlarda hastanın bunu reddetmesi halinde hekimin hastasını bırakabilmesi kanımızca son derece yerindedir. Ancak hekimin konsültasyon istediği hekimin uzmanlık alanı da kendi uzmanlık alanıyla aynı ise hekimin ancak tıbbi bilgi birikimi daha yüksek olan bir hekimden (örneğin müdavi hekim yalnızca göğüs hastalıkları doktoru unvanına sahipse konsültan hekimin de aynı alanda doçentlik veya profesörlük unvanına sahip olması veyahut da göğüs hastalıklarının yan dallarından sayılan immünoloji ve alerji hastalıkları¹¹⁰ uzmanı olması) konsültasyon istemeye hakkının olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi halde hekimin konsültasyon isteme hakkını kısıtlamak dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Hekimin, konsültasyon isteme hakkını özen borcuna uygun bir biçimde ve tedavi maliyetlerini lüzumsuz şekilde arttırmamaya özen göstererek yapması beklenmelidir¹¹¹.

Şahsen ifa borcunun üçüncü istisnası olarak durumun zorunlu kıldığı durumlara da hekimin hasta olması¹¹², tatile gitmesi¹¹³ veya bir başka zorunlu bir sebepten dolayı görevini ifa edemeyecek durumda olması halleri örnek

¹⁰⁹ Hasta, hekimin uygun gördüğü tedaviyi benimsemediğinden, hekimin de hastanın tedavisine devam edemeyeceği belirtilmektedir. AKBENLİOĞLU, Sevgi, Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İstanbul 2010, s.47.

¹¹⁰ İmmünoloji ve alerji hastalıkları dalı, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un ekindeki tablo Ek-3'e göre göğüs hastalıkları, iç hastalıkları ve deri ve zührevi hastalıkları ana dallarına bağlı bir yan daldır.

¹¹¹ Bkz. Birinci Bölüm, III.

¹¹² TANDOĞAN, Borçlar, s.458.

¹¹³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.548.

verilebilir. Böyle durumlarda hekimin tedaviyi bir başka hekime gördürmesi caizdir. Bu hususta TDN m.43'te de benzer yöndeki düzenlemeyle geçici bir süre yerinde bulunmayan hekimin yerine bir başka meslektaşını görevlendirmesine imkân tanınmıştır. Bu durumda dahi özen borcunun gerekliliği olarak hekimin en azından kendisiyle aynı uzmanlık seviyesinde olan bir hekime tedaviyi gördürmesi gerekir.

Hekimin hemşire, hasta bakıcı, ebe gibi ifa yardımcıları kullanması caiz olup, bu durum TBK m.506'ya değil m.116'ya tabidir¹¹⁴. Zira burada hekim teşhis ve tedavi borcunu asaleten kendi ifa etmektedir. Gerçekten de TDN m.21'deki "*Başkalarının yardımı ile yapılacak cerrahi ameliyeler ile diğer tedavilerde, operatör, müdavi tabip ve dış tabibi, beraber çalışacağı elemanları seçmekte serbesttir.*" şeklindeki düzenlemeden, hekimin ifa yardımcısı kullanmasının uygun olduğu anlaşılmaktadır.

Hekim, şayet yetkisi dışına çıkarak tedaviyi başka bir hekime gördürmüştü, m.507/1'e göre, üçüncü kişi olan hekimin yol açtığı zarardan kendi fiili gibi sorumludur¹¹⁵. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de hekim şayet tedaviyi üçüncü kişi olan hekime gördürmeye m.506'ya göre yetkili ise bu durumda da yalnızca üçüncü kişi hekimi seçmede ve ona talimat vermede gerekli özeni göstermediği takdirde sorumlu tutulacaktır¹¹⁶. Hekimin hastalık gibi zorunlu bir sebeple üçüncü kişi hekimi yerine ikame ettiği durumlarda talimat vermedeki özen borcuna değil, yalnızca hekimi seçmedeki özen borcunun yerine getirilip getirilmediğine bakılır¹¹⁷.

Her iki sorumluluk halinde de hekim, sorumluluğu üçüncü kişi olan hekime rücu edebilir.

¹¹⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.548; TANDOĞAN, Borçlar, s.459.

¹¹⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.549.

¹¹⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.549.

¹¹⁷ TANDOĞAN, Borçlar, s.467.

bb. Sadakat ve Özen Borcu

TBK m.506/2'de "*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*" denmekle vekilin özen borcu düzenlenmiş; özen borcunun çerçevesinin belirlenmesinde ise benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı öngörülmüştür.

Sadakat borcu, hastanın sağlığının korunması için gereken her şeyin yapılması ve zarar verecek şeylerden kaçınılması; ayrıca hastaya dürüst davranmak ve hastanın güvenini sarsacak hareketlerden kaçınmak olarak yorumlanmaktadır¹¹⁸. Doktrinde vekilin menfaat ve iradesine uygun ifa borcu ve diğer bazı borçlarının sadakat borcundan kaynaklandığı belirtilmektedir¹¹⁹. Vekilin kendi maddi çıkarlarını vekil edenin çıkarlarından üstün tutmaması da sadakat borcunun gereğidir¹²⁰. Sırf tedavi giderlerinin artması için hastaya yanlış bilgi verilmesi veya tedavinin uzatılması¹²¹, hastanın sağlığı için gerekli olmayan bir tedavinin sırf para kazanmak maksadıyla uygulanması¹²²;hekimin uygun fiyatlı olan bir ilaç yerine sırf ilaç firmasıyla arasındaki etkileşim sebebiyle pahalı olan eşdeğerini reçete etmesi, hekimin sadakat borcuyla bağdaşmayan davranışlardır.

Sadakat borcu, sağlık hukukuna ilişkin mevzuatta da yer bulmaktadır. Hekimin hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın vicdani ve mesleki kanısına göre serbestçe tedavi seçmesi (TDN m.6; Meslek Etiği Kuralları m.8); reklam ve ticaret yapmaktan kaçınması (TDN m.8; Meslek Etiği Kuralları m.11); güvenilirliği kanıtlanmamış tıbbi yöntemleri uygulamaktan ve bunlar hakkında yanlış kanı uyandırıcı davranışlardan kaçınması (TDN m.10; Meslek Etiği Kuralları m.12) gerekmektedir. Hekimin hastalara haksız menfaatlerde bulunması; hasta temini maksadıyla aracılık faaliyetlerinden yararlanması, menfaat veya hukuk dışı amaçlarla ilaç, tıbbi gereç veya tedavi tavsiye

¹¹⁸ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.123.

¹¹⁹ TANDOĞAN, Borçlar, s.408.

¹²⁰ TANDOĞAN, Borçlar, s.408. Ayrıca bkz. AYAN, s.87.

¹²¹ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.124.

¹²² TANDOĞAN, Borçlar, s.408, dn.5.

etmeleri ve hasta sevk etmeleri, yatırmaları caiz değildir (TDN m.12; Meslek Etiği Kuralları m.14). Hekimin tıbbi kural ve ilkelere aykırı teşhis ve tedavi yapması; hastanın talebi üzerine bile olsa, tedavi veya koruma amacı olmaksızın hastanın bedensel veya ruhsal direncini zayıflatıcı girişimlerde bulunması yasaktır (TDN m.13). Böyle bir girişim aynı zamanda hastanın kişilik hakkına da saldırı niteliğindedir.

Hekim hastanın sağlık durumunun gerektirdiği tıbbi bakımı gösterir. Hastanın iyileşmesi mümkün olmasa dahi ıstırabını azaltmak zorundadır. Hekim hastasına ümit vererek onu teselli eder. Şayet hastanın psikolojisi veya sağlığı üzerinde olumsuz etki doğurmayacaksa teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya bildirilmesi gerekir; aksi taktirde bunların hastadan gizlenmesi uygundur (TDN m.14). Hekimin faydasızlığını bildiği ilacı hastasına vermesi caiz olmasa da esaslı bir tedavi yapılamayan durumlarda hekim, teselli amaçlı bazı ilaçlar tavsiye edebilir (TDN m.20).

Hekim, hastayı muayene etmesi üzerine edindiği kaniya göre tıbbi rapor verir; hatır için veya özel bir maksatla rapor veya belge veremez (TDN m.16).

Konsültasyona katılan hekimin, meslektaşını kayırma veya başka bir sebeple lüzumsuz övgülerden kaçınarak, kanısını açıkça söylemesi gerekir (TDN m.25/3)

Hekimin diğer meslektaşlarının hastasını elde etmeye yönelik davranışlardan da kaçınması gerekir (TDN m39).

Hekimin, ilaç endüstrileriyle ilişkilerinde çıkar sağlaması (Meslek Etiği Kuralları m.15), hastası üzerindeki etkisini tıbbi amaçlar dışında kullanması (Meslek Etiği Kuralları m.24), tıbbi zorunluluk olmadıkça hastaya pahalı ilaçlar verme ve gereksiz harcamalar yaptırması (Meslek Etiği Kuralları m.30) yasaklanmıştır.

Vekilin özen borcunun sözleşmeyle yüklenilen işin gerçekleşip gerçekleşmemesinden bağımsız olduğuna ve bu durumun hekim bakımından

da geçerli olduğuna yukarıda değinmiştik¹²³. Hekimin özen borcu TBK'daki bu düzenlemelere tabi olmakla birlikte bir takım özel düzenlemeler de bu hususta belirleyici olmaktadır.

TDN m.2'de insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermek hekimin başta gelen vazifesi olarak düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise hekimin, hastaların arasında cinsiyet, ırk, milliyet, din ve mezhep, ahlaki düşünce, karakter ve şahsiyet, gelir durumu, konumu ve siyasi görüşüne göre ayırım yapmaksızın muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermesi gerektiği belirtilmiştir. TDN m.13'de de tıbbi ilkelere uygun teşhis ve tedavi yapması gerektiği düzenlenmiş ve bunlara aykırı veya aldatıcı teşhis ve tedavi uygulanması yasaklanmıştır. TDN m.14'te hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi bakımı uygulaması, ancak hastanın iyileşmesinin veya sağlığının korunmasının mümkün olmadığı durumda dahi hastanın acısını hafifletici biçimde müdahalede bulunması gerektiği düzenlenmiştir.

Hekim, tedavinin başarıyla sonuçlanmamasından sorumlu tutulamamakta ise de başarılı sonucu almak için gereken her tür davranışı özen borcuna uygun bir biçimde gerçekleştirmesi gerekir¹²⁴. Özen borcunun derecesinin tespitinde TBK m.506/3'te objektif bir kriter olarak benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınmıştır. Buna göre de hekimin özen borcunun sınırını belirlerken de basiretli bir hekimin göstermesi gereken davranış kriterine bakmak gerekir. Hekimin uzmanlık alanı arttıkça özen yükümlülüğünün de ağırlaştığı belirtilmekte¹²⁵ ise de bunun yalnızca hekimin uzman olduğu dal bakımından geçerli olduğunu kabul etmenin daha yerinde olduğu kanısındayız. Zira bir uzman hekimin uzman olduğu daldaki bilgi birikiminin pratisyen hekime oranla daha fazla olacağından, uzmanlık dalına ilişkin özen borcunun da pratisyen hekime göre daha fazla olacağı tartışmasızdır. Ancak uzman hekim tıbbın belirli bir dalında uzman olmuşsa da tıbbın diğer dallarında pratisyen hekimlikten doğan

¹²³ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 4, e.

¹²⁴ TANDOĞAN, Borçlar, s.410.

¹²⁵ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.127.

haklarını muhafaza etmektedir. Örneğin bir göğüs hastalıkları uzmanının bu dala ilişkin özen borcu pratisyen hekime göre daha ağırsa da bu uzmanın uzmanlık dalı dışında olan ortopedi dalına ilişkin özen yükümlülüğü bir pratisyen hekiminkiyle aynıdır. Hatta böyle bir durumda pratisyen hekim ortopedi konusunda göğüs hastalıkları uzmanından daha bilgili dahi olabilir. Bu sebeple göğüs hastalıkları uzmanı olan hekim bir şekilde ortopedik sorunu olan hastayı tedavi etmeye giriştiğinde özen borcunun belirlenmesi bakımından pratisyen hekimin özen borcuna bakmak gerekir. TTB Meslek Etiği Kuralları m.18'e göre de hekim, acil durumlar dışında mesleki yetkililiği dışında bir konuda özel bilgi ve tecrübe gerektiren müdahalede bulunamaz.

Tıbbın her gün biraz daha ilerlemesi neticesinde hekimin de tıp fakültesinden mezun olduğu günkü bilgi birikimiyle kalması ve bu bilgilerini güncellemeden yıllar yılı hasta tedavi etmesi kabul edilebilir değildir. Hekimin bilgilerini güncellemesi ve gelişen tıbbı uyum sağlaması gereklidir¹²⁶. Bu sebeple de basiretli bir hekimin sahip olması gereken bilgi birikiminin ne olduğuna bakmak gerekir. Bu husus değerlendirilirken ülkemizin kimi ücra köşelerinde maddi olanaksızlıklarla mesleğini ifa etmeye çalışan hekimlerin durumu göz önünde bulundurulmalıdır¹²⁷.

Hastanın tıbbi durumu şayet hekimin tıbbi bilgisini aşıyorsa hekimin hastayı uzman hekime sevk etmesi veya uzman hekimden görüş alarak hastayı tedavi etmesi gerekir¹²⁸.

Hekimin özen borcunun en belirgin sonucu tedaviye yönelik edimleri ifa ederken tıp bilimi ve uygulamasının genel kabul görmüş ilkelerini bilmesi gerektiğidir; çünkü hekim sorumluluktan kurtulmak için tıbbın bir kuralını bilmediğini ve hastanın da bu durumdan haberdar olduğunu ileri süremez¹²⁹.

Hekimin reçete yazarken seçtiği ilaçlar bakımından akılcı ilaç kullanım ilkelerini göz önünde bulundurması da özen yükümlülüğünün bir parçasıdır.

¹²⁶ AYAN, s.90.

¹²⁷ TANDOĞAN, Borçlar, s.421, dn.58.

¹²⁸ TANDOĞAN, Borçlar, s.421; ÖZDEMİR. Teşhis ve Tedavi, s.128; AYAN, s.90.

¹²⁹ AYAN, s.90.

Hekimin burada hastanın hem tıbbi durumunu hem de yaşam tarzını dikkatle sorgulaması; hastanın da hekimin sorularına dürüstlikle cevap vermesi gerekir. Hastanın bu sorulara gerçeğe aykırı biçimde veya eksik cevap vermesi neticesinde doğacak zarardan hekim sorumlu tutulamayacaksa da gerekli soruları sormamaktan ve araştırmayı yapmamaktan dolayı hastanın eksik bilgi vermesi durumunda doğacak zarardan hekim sorumludur. Örneğin hekim hastasına ilaç yazarken kullanmakta olduğu başka bir ilaç olup olmadığını sormalıdır. Şayet hasta ilaç kullandığı halde hekime bunu bildirmezse hekimin reçete ettiği ilaçla hastanın önceden beri kullandığı ilacın etkileşmesi sonucu doğacak zarardan hekim sorumlu tutulamaz. Bu tip ihtilafların ispatı bakımından tıbbi kayıtların da özenli bir biçimde tutulması gerekmektedir. Tıbbi kayıtların usulüne uygun biçimde tutulması hem özen borcunun bir parçası hem de ihtilaf vukuunda hekim için kusursuzluğunu ispat aracıdır.

Hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirmediğini ispat külfeti hastaya aittir. Bunu ispatlarken hasta, hekimin arzu edilen sonuca ulaşamadığını ispatlayarak bu borcundan kurtulamaz; çünkü hekim, arzu edilen sonucun gerçekleştirilememesinden sorumlu tutulamaz. Burada hastanın, hekimin basiretli bir hekimin göstermesi gereken davranışı göstermediğini de ispat etmesi gerekecektir. Hekimin de somut olaydaki davranışının basiretli bir hekimin göstermesi gereken davranıştan sapma niteliği taşımadığını kanıtlaması gerekir¹³⁰.

cc. Kayıt Tutma Borcu

Hekimin, hastasıyla ilgili bir takım kayıtlar tutması hem yasal bir zorunluluk hem de tedaviyi gerektiği gibi takip edebilmesi için bir gerekliliktir. Hekimin her hastasının tedaviye etki edecek bireysel özelliklerini sorup soruşturması beklense de yüzlerce hastasının özellikli durumlarını her an hatırında tutması beklenemeyebilir. Diğer yandan hastanın hekim değiştirmesi, başka bir uzmanlık dalının hekimine başvurması, hekimin görev

¹³⁰ TANDOĞAN, Borçlar, s.432.

yerini değiştirmesi veya hastayı bir başka hekime sevk etmesi, hastalığın nüksetmesi gibi birçok sebeple bir hasta birbirinden farklı hekimlerle karşılaşabilir. Bu gibi durumlarda hekimin imdadına tıbbi kayıtlar yetişecektir.

Tababet ve şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.72’de hekimlerin Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenen ve il sağlık müdürlükleri tarafından onaylanan, hastaların isim ve kimliklerini tutmaya özgü bir protokol defteri tutma zorunluluğu getirmiştir. Bu kayıtlar ücrete ilişkin uyuşmazlıklarda da delil teşkil edecektir.

ATTYÖSKHY m.27’de bu kuruluşların tutması gereken kayıt ve defterler düzenlenmiştir. Bu defterler protokol defteri başta olmak üzere adli rapor kayıt defteri, cerrahi müdahale kayıt defteri, laboratuvar kayıt defteri, pansuman ve enjeksiyon kayıt defteri ve son olarak teftiş ve denetim defteridir. Hastalarla ilgili her türlü teşhis ve tedavi bilgiler, cerrahi müdahaleler ve gözlemler hastanın adına açılmış dosyaya ve ilgili defterlere işlenir (f.2). Bu kayıtlar elektronik ortamda da tutulabilir (f.3).

Tıbbi kayıtlar yalnızca ATTYÖSKHY m.27’de sayılanlarla sınırlı değildir. Hastanın, zel sağlık kuruluşunda geçirdiği süre boyunca hastanın tedavisiyle ilgilenen sağlık personelinin kağıt üzerinde veya elektronik ortamda tutmuş olduğu tıbbi kayıtlara resim, röntgen, bilgisayar ıktıları, hekimin tuttuğu her türlü not, doldurulan resmi formlar da dahildir¹³¹.

Hekimin veya sağlık kuruluşunun tuttuğu tıbbi kayıtlar aynı zamanda ihtilaf vukuunda ispat aracı olarak da kullanılır¹³². Tıbbi kayıtların gerektiği gibi tutulmaması halinde hekim veya sağlık kuruluşu meydana gelecek her türlü zarardan sorumlu olur¹³³. Taraflar arasındaki ihtilaflarda ispat yükünün hastada olduğu durumlarda dahi tıbbi kayıtlar hekim veya sağlık kuruluşunun

¹³¹ SOMER, Pervin, “Tıbbi Kayıtlar”, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara 2011, 526-553, s.528.

¹³² ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.133.

¹³³ AYAN, s.95.

elinde olduğu için delillere iktidar prensibi gereği ispat yükünün hekimde veya sağlık kuruluşunda olduğu söylenebilir¹³⁴.

Hekim, bir vekil olduğu için vekil sıfatıyla yaptıklarını kayıt altına alması hem iyi niyet kuralına bağlılığın hem de hesap verme yükümlülüğünün geređidir¹³⁵. TBK m.508'de vekilin hesap verme borcu "*Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğu işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre vekil konumunda olan hekimin tıbbi girişimleri hakkında hastaya ve kanuni temsilcisine bilgi vermesi gerekmektedir¹³⁶.

Tıbbi kayıtların tutulmasında her zaman hasta mahremiyetine saygılı davranılmalıdır. Tıbbi kayıtların özenli biçimde tutulmasının tıbben ve hukuken birçok faydası olmakla birlikte bu yükümlülük yerine getirilirken başka yükümlülüklerin ihlal edilmemesi gerekir. Söz gelimi bir reçetede hastanın adı ve hastalığın adı yazıldığında kimin hangi hastalığa yakalandığı reçete içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu sebeple tutulan tıbbi kayıtların sağlık çalışanı olmayan kişilerden ve hatta söz konusu hastanın tedavisiyle ilgisi olmayan sağlık çalışanları dışındaki kişilerden gizlenmesi gerekir.

dd. Sır Saklama Borcu

Sır saklama borcu TBK'da açıkça düzenlenmemekle birlikte hekim, sadakat borcunun bir sonucu olarak ifa sebebiyle edindiği sırları saklamakla yükümlüdür¹³⁷. Bu yükümlülük yalnızca TBK'daki sadakat yükümlülüğünden kaynaklanmamaktadır. TCK m.134'de özel hayatın gizliliğini ihlal veya m.136'da kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme suçunu oluşturmakla birlikte hekimlik mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak yapıldığı için m.137'ye göre nitelikli hal sayılacağı düzenlenmiştir. Bunların yanında Biyotıp

¹³⁴ Ameliyat esnasında yaşamını yitiren hastayla ameliyatı yapan hekimin arasında akdi ilişki olmasa bile teknik eleman olan ve işin inceliğini bilen hekimin kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir. TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.577.

¹³⁵ BELGESAY, Tıbbi Mesuliyet, s.130; AYAN, s.95.

¹³⁶ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.133.

¹³⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.554; TANDOĞAN, Borçlar, s.450.

Sözleşmesi m.10/1'de herkesin kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından özel yaşamına saygı gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği m.5/f'de kanunla düzenlenen haller ve tıbbi zorunluluklar dışında kişinin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine müdahale edilemeyeceği; m.21'de hasta mahremiyetine saygı gösterilmesi, hastanın bunu açıkça talep edebileceği ve mahremiyet kavramının kapsamı düzenlenmiştir. Yine aynı yönetmelik m.23'te sağlık hizmetleriyle ilgili olarak edinilen bilgilerin kanunla müsaade edilen haller dışında açıklanamayacağı, böyle bir durumda kişinin rızası olsa bile kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, sınırlandırılması veya devri sonucunu doğuran hallerde bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunun devam edeceği, hukuki veya geçerli bir sebep olmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bu açıklamanın sağlık personeliyle diğer kişilerin hukuki ve cezai sorumluluğunu doğuracağı düzenlenmiştir. TDN m.4'te de hekimin mesleğini icrası sebebiyle öğrendiği sırları kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemeyeceği düzenlenmiştir.

Gerçekten de sır saklama yükümlülüğünün kapsamı somut olaya göre değişebilir; vekâlet verenin kişiliğine ve onun öngörülebilir menfaatlerine göre sır saklama borcunun kapsamı son derece daralabilir¹³⁸. Bazı durumlarda hastanın bir hekime başvurmasının bilinmesi bile hastaya zarar verebilir. Yönetmelik m.21/b'de de benzer şekilde muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hastayla doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesi, tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesi, tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmaması, sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulması halleri de hasta mahremiyetinin korunmasının kapsamını oluşturur. Maddede ayrıca ölüm olgusunun hasta mahremiyetini ortadan kaldırmayacağı düzenlenmiştir.

Hekimin kanunun verdiği bir emri yerine getirmek üzere hastayla ilgili bilgileri üçüncü kişilerle paylaşması sır saklama yükümlülüğünün ihlali

¹³⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.554

anlamına gelmez. Örneğin TCK. m.280’de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme suçunda, görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiğine dair belirtiyile karşılaşmasına rağmen bunu yetkili makamlara bildirmeyen sağlık mesleği mensuplarının cezalandırılması öngörülmüştür. Buna göre hekimin muayenehanesine muayene olmaya gelen ve bedeninde darp, cinsel tecavüz bulguları taşıyan kişiyi –bu kişinin bu hususta bir yakınması olmasa dahi- yetkili makamlara bildirmeyen hekim bakımından bu suçun işlenmesi mümkün olabilir.

Hekimin konsültasyon talebini kabul eden hastanın tedavisiyle ilgili bilgi ve belgelerin konsültan hekime verilmesi veya hekimin ifa yardımcılarının hastanın sırlarını öğrenmesinin sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmeyeceği teamül olarak kabul edilmelidir; ancak bu kişilerin de sır saklama yükümlülüğünün olduğu hususu yukarıda atıf yaptığımız mevzuat metinlerinden anlaşılmaktadır.

Hastaya verilen ilaçlar da sır kapsamında değerlendirilebilir; çünkü bir ilacın etkisinden ilacı kullananın hastalığının ne olduğu çoğunlukla anlaşılabilir. Elbette ki hastanın kullandığı ilaç hekime karşı bir sır niteliğinde kabul edilemez çünkü hekim hastasının önceden beri kullandığı ilacı bilmeden tedavi düzenlerse ilaç etkileşimi neticesinde hasta zarar görebilir. Hekimin reçeteye yazdığı ilaç da eczacıya karşı bir sır olarak kabul edilmemelidir; aksi takdirde hastanın ilaca ulaşması çok zor bir hal alır.

b. Hastanın Borçları

aa. Ücret Ödeme Borcu

Ücretin vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsurlarından biri olmadığına yukarıda¹³⁹ değinmiştik. Bu yaklaşımın vekâlet akdinde işin ücretsiz görülmesini kural sayan Roma Hukuku’ndan geldiği belirtilmektedir¹⁴⁰.

¹³⁹ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 4, c.

¹⁴⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.560; TANDOĞAN, Borçlar, s.574.

Gerçekten de Roma Hukukunda avukatlık, hekimlik gibi mesleklerde verilen hizmetleri yüksek hizmet (operae liberales) sayar ve hiçbir zaman hizmet sözleşmesine konu olamayacaklarından bahisle bunları her zaman vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirirlerdi. Şayet burada vekile bir ücret ödenmişse bunu sıradan bir ücret değil şeref ücreti (honorarium) olarak adlandırır ve şeref ücretinin işin başında ödenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda normal takip yollarıyla değil sistem dışı takip yollarıyla (cognitio extra ordinem) takip ederlerdi¹⁴¹.

Günümüzde vekâlet ilişkilerinin büyük bir çoğunluğunun ücretli vekâlet ilişkisi olması ve hasta-hekim arasındaki ilişkinin mahiyeti bakımından ücretin mevzuattan kaynaklanan bir unsur olmasının kabulüyle birlikte hekimin ücret almaksızın tedavi yapmasının da özen yükümlülüğünün sınırını değiştirmeyeceğinin kabulü gerekir.

Ayakta tedavi sözleşmesinde ücretten bahsedebilmek için geçerli bir ayakta tedavi sözleşmesi ve hekimin bu sözleşmedeki borcunu gerektiği gibi ifa etmesi gerekir. Hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmelerin yanı sıra ifa imkânsızlığı içeren veya vekilin ehliyetsizliği (vekilin hekim olmaması veya hekimin uzmanlık gerektiren bir tedavi yapmasına rağmen hekimin o dalda uzman olmaması) durumlarında geçerli bir sözleşmeden bahsedilemeyeceğinden dolayı ücret tahakkuk etmeyecektir¹⁴².

bb. Hastanın Diğer Borçları

Ayakta tedavi sözleşmesi bir vekâlet sözleşmesi olduğu için hastanın borçlarını incelerken vekil edenin borçlarından yola çıkmakta fayda vardır. TBK m.510'da vekilin borçları "*Vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklenildiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.*" şeklinde düzenlenmiştir. Hekim çoğu zaman hastasına bir takım ilaçları reçete etmekle

¹⁴¹ EMİROĞLU, Haluk, Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatium) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1080/1659.pdf, 13.3.2013, s.105.

¹⁴² TANDOĞAN, Borçlar, s.575.

yetindiği için bu aşamada hekimin hastası adına harcama yapmaz veya onun adına borç altına girmez. Yine de hekim kimi zaman hastasından bir takım ilaç veya tıbbi malzemeyi tedarik ederek gelmesini zira muayene ve tedavi esnasında bu ilaç veya malzemeyi kendisine tatbik edeceğini söyleyebilir. Bu durumda harcama hasta tarafından yapılmış olacağı için hekimin bir gider yapmasından bahsedemeyiz. Ancak hekimin kendi muayenehanesinin deposunda bulunan serumu hastasına bağlaması, ilacı kendi sağlaması, tıbbi görüntüleme araçlarından yararlanması gibi durumlarda masraf hekim tarafından yapılmış olacağından hastanın bu gideri ödemesi gerekmektedir. Bu ödeme yalnızca yapılan masrafın bedeli olmayıp işlemin yapıldığı tarihten itibaren işleyecek faizi de kapsamalıdır¹⁴³.

Hekimin görevini kullandığı eldiven, abeslang çubuğu, reçete yaprağı, tansiyon aleti gibi araç gereçler için harcadığı paralarla yardımcı personeli için harcadığı para genel giderler kalemi içinde olup ayrı ayrı hastalara bölünmek yerine muayene ücreti içinde uygun bir oranda yer alır¹⁴⁴.

Vekilin yaptığı masraflarla uğradığı zararın birbiriyle karıştırılmaması gerekir; zira zararın tazmini bakımından vekil edenin bunda bir kusurunun olmadığını ispatlamakla sorumluluktan kurtulacağı m.510/2'den anlaşılmaktadır¹⁴⁵. Oysa vekilin yaptığı gideri ödemekten kurtuluş için böyle bir yolu yoktur. Gider ve zararın birbirinden ayrılması her zaman kolay olmadığından giderin malvarlığındaki iradi eksilmeleri, zararına malvarlığındaki iradi olmayan eksilmeleri ifade ettiği belirtilmektedir¹⁴⁶.

Vekilin uğradığı zararın tazminini talep edebilmesi¹⁴⁷ için zararlar vekâletin arasında uygun illiyet bağının olması, vekilin vekâleti gerektiği gibi ifa etmesi, ücretli vekâlette müvekkilin kusurunun bulunmadığının kanıtlanamaması gerekir. Sanatoryumdaki hekimin tüberküloz hastalığı kapması, bu tip hastalarla çok yakın olduğu için uygun illiyet bağının

¹⁴³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.560.

¹⁴⁴ TANDOĞAN, Borçlar, s.579.

¹⁴⁵ TANDOĞAN, Borçlar, s.580.

¹⁴⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.562.

¹⁴⁷ TANDOĞAN, Borçlar, s.599 vd.

kurulmuş olduğu şeklinde yorumlanmıştır¹⁴⁸. Ancak hekim bulaşıcı hastalık taşıyan hastadan hastalık kapmamak için gereken önlemleri almamış örneğin yüzüne maske takmamışsa bu durumda hastanın kusurunun bulunmadığı kanıtlanmış olacağından hekimin zarar giderimi istemesi, kanımızca mümkün olmayacaktır.

Hastanın buradaki tazminat borcu zararın gerçekleştiği andan itibaren vekâlet tamamlanmamış olsa dahi doğmuş olacak ve bu tarihten itibaren tazminata faiz işletilebilecektir¹⁴⁹.

TBK'daki vekil edenin borçlarına ilişkin düzenlemelerin dışında borçları da vardır. Hastanın sorulan sorulara doğru cevap vermesi böyledir¹⁵⁰. Hasta çeşitli sebeplerle derdini hekime gerçeğe aykırı şekilde aktarabilir. Böyle davranarak doktoru şaşırtan hasta sebep olduğu neticeye katlanmak zorundadır. Bunun dışında hasta, hekimin tavsiyelerine harfiyen uymalıdır¹⁵¹. Hekimin söylediklerine uymadığı için zarar gören hasta, hekimi sorumlu tutamaz.

B. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

1. Genel Olarak

Ayakta tedavi sözleşmeleri bakımından sorumluluğun koşullarına bakıldığında konuyu dar bir çerçevede ele almak gerekir. Ayakta tedavi sözleşmelerinde hekimin vekâletsiz iş görme sebebiyle sorumluluğu karşılaşılan bir sorumluluk türü değildir. Ayrıca reçete yazmak 1219 sayılı Kanun'la münhasıran hekimlere verilen bir yetki olduğundan hekimin yanında çalıştırdığı yardımcı elemanın reçeteyle ilaç vermesi söz konusu olmayacaktır.

Vekâletsiz iş görme, hastanın rıza veremeyecek durumda olduğu acil tıbbi müdahalelerde veya ameliyat esnasında ortaya çıkan, ameliyatın kapsamını genişletme ihtiyacının doğduğu zamanlarda gündeme gelen bir

¹⁴⁸ TANDOĞAN, Borçlar, s.599.

¹⁴⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.562; TANDOĞAN, Borçlar s.603.

¹⁵⁰ ATABEK, Reşat/SEZEN, Merih, "Hekimin Mesuliyeti", İBD, C. 28, İstanbul 1954, s.152.

¹⁵¹ ATABEK/SEZEN, s.153; HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2009, s.277 vd.

durumdur¹⁵². Çalışmamızın kapsamı ayakta tedavileri kapsadığından hastanın rızasını açıklamasının mümkün olmadığı acil müdahale, ameliyatın genişletilmesi halleri ve bunlara bağlı olarak vekâletsiz iş görme konuları çalışmamızın konusunun dışında kalmaktadır.

Sorumluluğun koşullarını incelerken hekimin ifa yardımcısı konumunda olduğu özel hastaneler bakımından TBK m.116'da düzenlenen sorumluluğu inceleyeceğiz. Devamında hekimin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğunu da ele alacağız.

2. Özel Sağlık Kuruluşunun Sorumluluğu

a. Genel Olarak

Hastayla özel sağlık kuruluşu arasındaki ayakta tedavi sözleşmelerinde sözleşmenin tarafı özel sağlık kuruluşu ise de sözleşmedeki edimleri ifa eden hekimdir. Hekim, bir özel sağlık kuruluşunda hizmet sözleşmesiyle bağlı olarak çalışıyorsa bu durumda ayakta tedavi sözleşmesinin ifası sırasında hastanın uğradığı her türlü zarardan özel sağlık kuruluşu TBK m.116'ya göre kusursuz sorumludur¹⁵³.

Özel sağlık kuruluşunun sorumluluğu hekimin yol açtığı zararların yanı sıra hekim dışındaki sağlık çalışanlarının yol açtığı zarar için de söz konusudur. Örneğin hemşirenin ayakta tedavi gören hastaya yaptığı iğneden dolayı hasta zarara uğrarsa burada da özel sağlık kuruluşunun kusursuz sorumluluğu söz konusudur.

b. Sorumluluğun Şartları

aa. Hekimin Yardımcı Şahıs Sıfatıyla Hareket Etmesi

Ayakta tedavi sözleşmesinde ilaç kaynaklı bir zarar doğduğunda özel hastanenin kusursuz sorumlu tutulabilmesi için hekimin burada ifa yardımcısı

¹⁵² AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.113 vd.

¹⁵³ Şayet burada sözleşmeye aykırılığa değil de haksız fiile dayanılıyorsa bu durumda özel sağlık kuruluşunun kusursuz sorumluluğu TBK m.66'ya dayandırılabilir.

rolü üstlenmesi gereklidir. Hekimin ifa yardımcısı değil de sözleşmenin tarafı olduğu durumlarda TBK m.116 yerine m.112'ye göre hekim doğrudan sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle sorumlu tutulacaktır.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik m.6 ve devamında tıp merkezi ve polikliniklerin yanı sıra tek bir hekimin mesleğini serbest olarak icra etmek üzere müstakilen faaliyet gösterdiği muayenehaneler de ayakta teşhis ve tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşu sayılmakta ise de buradaki hekim, ifa yardımcısı değil, sözleşmenin tarafı olduğundan TBK m.116'yı uygulama olanağı yoktur.

bb. Yardımcı Şahıs Kullanımının Borca Aykırı Olmaması

TBK m.116'ya göre özel sağlık kuruluşunun kusursuz sorumluluğundan bahsedilebilmesi için hekimin ifa yardımcısı olarak kullanılmasının borca aykırılık teşkil etmemesi gereklidir. Zira bu durum borca aykırı ise kusursuz sorumluluk değil m.112'ye göre özel hastanenin borca aykırı davranışından sorumluluğu söz konusu olur. Örneğin bir tıp öğrencisinin hastanede istihdam edilmesi halinde tıp öğrencisinin hakkı olmadığı halde hekim yerine hastaları tedavi edip onlara ilaç yazması hastanenin sözleşmeye aykırı davranışını ifade eder.

cc. Hekimin, Özel Sağlık Kuruluşunun Borcuna Aykırı Davranışla Zarar Vermesi

Hekimin zarar verici davranışının özel sağlık kuruluşuyla hasta arasındaki sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Özel sağlık kuruluşunun hastayı tedavi etme borcu olmakla birlikte bu borç özel sağlık kuruluşunun istihdam ettiği hekimin eliyle yapılır. Bir başka ifadeyle tedavi borcu özel sağlık kuruluşunun olmakla birlikte bunu yerine getirecek olan kişi özel sağlık kuruluşunda istihdam edilen hekimdir. Şayet hekim, tedavi borcuna aykırı davranışla; söz gelimi özel sağlık kuruluşuna başvuran hastanın yaşına, boyuna ve kilosuna uygun olmayan dozda ilaç reçete ederek hastaya zarar verirse bu durumda TBK m.116'ya göre özel sağlık kuruluşunun sorumluluğundan bahsedilebilir. Ancak hekim haftanın belirli günlerinde özel

sağlık kuruluşunda çalışıyor ve diğer günlerinde kendi muayenehanesinde hasta bakıyorsa kendi muayenesinde baktığı hastayı tedavi borcu bakımından özel sağlık kuruluşunun m.116'ya göre sorumluluğu söz konusu olmaz. Hekimin borca aykırı davranışından dolayı m.112 kapsamında sorumluluğu söz konusu olur.

dd. Sorumluluğu Daraltan veya Kaldıran Anlaşmaların Olmaması

TBK m.116/2'de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu daraltıcı veya tamamen ortadan kaldıracı sözleşmelerin yapılması mümkünse de 3'üncü fıkradaki istisna sağlık hukuku bakımından önemli bir istisnadır. Hekim ve hemşire gibi belirli bir makamın verdiği izin ve ruhsatla mesleki faaliyette bulunabilen yardımcı şahısların fiillerinden özel sağlık kuruluşunun sorumlu olmayacağına ilişkin olarak düzenlenen sorumsuzluk anlaşmaları TBK M.116/3'e göre kesin olarak hükümsüzdür. Bu sebeple özel sağlık kuruluşunun sorumluluğunu daraltan veya tamamen kaldıran sözleşmelerin sorumluluğa etkisi yoktur.

3. Hekimin Sorumluluğu

a. Genel Olarak

Hekimin ayakta tedavi sözleşmesinin ifası sırasındaki hemen her türlü edimi hastanın vücut bütünlüğünü hedef alır.

Zararın haksız fiile dayandırıldığı durumlarda şayet zarara hemşire, hastabakıcı gibi ifa yardımcıları sebep olmuşsa bu durumda TBK m.66/2'ye göre ifa yardımcısını seçme, talimat verme, gözetleme ve denetlemede gereken özeni gösterdiğini ispat etmekle sorumluluktan kurtulacaktır.

Sözleşmesel sorumlulukta ise hekim her halükarda ifa yardımcısının sözleşmenin ifası sırasında karşı tarafa verdiği zararı tazminle yükümlüdür (TBK m.116). Ayakta tedavi sözleşmesini ifa eden şahıslar uzmanlığı gerektiren bir mesleği kanun veya yetkili makamların verdiği izinle

yapmaktadırlar. Bu kişilerin hafif kusurundan sorumlu olmayacaklarına dair sözleşme yapılmasına 818 sayılı BK m.100 imkân tanımakta ise de TBK m.116 bakımından sorumsuzluğa ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.

b. Sorumluluğun Şartları

aa. Sözleşmeye Aykırı Davranış

Hekimin sözleşmeye aykırı davranışından bahsedebilmek için öncelikle hastayla hekim arasında geçerli bir sözleşme olmalıdır. Sözleşmenin olmaması halinde sorumluluğun kaynağı haksız fiil olacaktır. Taraflar arasında bir sözleşme varsa hekimin sözleşmeye aykırı davranışından sorumlu tutulabilmesi için sözleşmeye (borca) aykırı bir davranış sergilemesi gerekir.

Hekimin ayakta tedavi sözleşmesine aykırı davrandığı durumlar genellikle borcun hiç ifa edilmemesi şeklinde değil de borcun gerektiği gibi ifa edilmemesi¹⁵⁴ (kötü ifa) şeklinde ortaya çıkar. Zira bu tip sözleşmelerde hekimin edimi genellikle reçeteye ilaç yazma şeklinde ortaya çıktığından zaten hekim tarafından yerine getirilmiş bir edimin olduğunu kabul etmek gerekir. Tartışılması gereken konu bu edimin sözleşmeye uygun olarak yapıp yapılmadığıdır. Bu hususa bir sonraki başlıkta değineceğiz.

TBK m.112'ye göre hastanın borcun ifa edilmediğini veya kötü ifa edildiğini ispat etmesi yeterli olup ayrıca hekimin kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekmez. Buna karşın hekimin de borcun ifa edilmemesinde veya kötü ifa edilmesinde kusurunun olmadığını ispat etmesi gerekir¹⁵⁵.

bb. Kusur

Sözleşmeye aykırılıkta borçlu, borca aykırı sonucu öngörür ve ister veya bu sonucu göze alarak hareket eder veya borca aykırı sonucu önlemek

¹⁵⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.483 vd; NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s.256 vd.

¹⁵⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.417; NOMER, s.242.

için gerekli özeni göstermezse kusurludur¹⁵⁶. Borca aykırı sonucu öngörerek ve isteyerek veya sonucu göze alarak hareket ettiği zaman kast; gerekli özeni göstermediği zaman da ihmâl söz konusudur¹⁵⁷. Özenin derecesinin belirlenmesinde benzer alanda faaliyet gösteren basiretli bir hekimin göstermesi gereken davranış esas alınır¹⁵⁸ (TBK m.506/3).

Hekim kural olarak her türlü kusurundan; yani kast, ağır ihmâl ve hafif ihmâlden sorumludur¹⁵⁹. Bu sebeple doktorun kusurunun derecesi yalnızca ödenecek tazminat bakımından önemlidir¹⁶⁰.

Tıbbın bir hastalıkta birden fazla tedavi yöntemi öngörmesi mümkündür. Bunların bir kısmı tıbben genel kabul görmüş olmakla birlikte bir kısmı henüz kabul görmüş olmayabilir; ancak konu reçeteye ilaç yazmak olduğunda piyasada satılan tüm ilaçların İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu, Beşeri Tıbbi İlaçlar Ruhsatlandırma Yönetmeliği ve diğer mevzuata uygun olduğunu kabul etmek gerektiğinden hekim tarafından yazılan tüm ilaçların tıbben genel kabul görmüş olduğunun kabulü gerekir. Hekimin somut olay bakımından yazdığı reçetenin benzer alanlarda faaliyet gösteren bir hekimin yazacağı reçeteye benzerlik gösterip göstermemesi ise kusurun tespiti bakımından önemlidir.

Hekim, şayet hastasını muayene ettikten sonra ona bir takım ilaçlar yazmak yerine bilgi-öğüt vermekle yetinmişse burada borcun ifa edilmemesinden değil borcun kötü ifa edildiğinden bahsetmek gerekir. Bunun tam tersi gerçekleştiğinde de yani hekim hastasına bilgi-öğüt vermek yerine

¹⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.416.

¹⁵⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.416; AYAN, s.101, 102; DOĞAN, s.43 vd.

¹⁵⁸ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 5, a, bb.

¹⁵⁹ ERMAN, s. 149. “ (...) doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlar da, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir.”. Y 13.HD E:2004/12088, K:2005/1728, T.7.2.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 2.7.2013.

¹⁶⁰ AYAN, s.101; DOĞAN, Murat, “Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, s.43.

ilaç yazması durumunda da kötü ifa vardır; çünkü hastasının gereksiz yere kimyasal madde olarak zarar görmesine sebep olmaktadır. Bu ikinci durumda hasta fiilen bir zarara uğradığını hissetmese de her ilacın bir zehir olduğu; her ilacın yan etkilerinin olduğu, yan etki olmadan iyileştirici etki de olmayacağı¹⁶¹ göz önüne alındığında kötü ifanın varlığını kabul etmek gerekir. Gerçekten de yan etkiler kimi zaman sağlığı ciddi anlamda tehdit eder; kimi zaman da ciltte kızarıklık, kaşıntı, sindirim problemi gibi çok basit gözükken ve hatta ilaç kullanmayan kişilerin bile yaşamında sık sık karşılaştığı şekilde tezahür eder. Bu tip durumlarda hastanın yaşamı tehlikeye girmese dahi yaşam kalitesinin azaldığı bir gerçektir.

Hekimin hastaya doğru tıbbi müdahaleyi uyguladığı durumlarda da bir takım istenmeyen etkiler ortaya çıkabilir. Hekimin bu tip durumları öngörerek gereken önlemleri önceden alması gerekir. Şayet buradaki zarar öngörülebilir nitelikte değilse hekimin bu zararın önlenmesi veya neticelerinin hafifletilmesi için derhal harekete geçmesi gerekir. Buna rağmen zarar gerçekleşirse hekim bundan sorumlu tutulamaz. Bu durumda TBK m.63/2'ye göre bir zorunluluk halinin olduğu kabul edilmelidir. Hekim, özen borcuna aykırı bir şekilde, hem gereken tıbbi önlemleri almamış, hem de hatalı teşhis ve tedavide bulunmuşsa bundan dolayı sorumludur¹⁶².

Haksız fiil sorumluluğunun aksine sözleşmeye aykırılıkta zarar görenin hekimin kusurlu olduğunu ispatlamasına lüzum yoktur¹⁶³. TBK m.112'nin lafzına göre hekimin borcu hiç veya gerektiği gibi ifa etmediğinin ispat edilmesi yeterlidir.

cc. Zarar

Ayakta tedavi sözleşmesinde hekimin sözleşmeye aykırı davranışının bir tazminat yükümlülüğüne sebep olabilmesi için söz konusu kusurlu

¹⁶¹ NAMAL, Arın, “Hastanın İlaç Kullanma Kararına Etki Eden Sorunlu Araçlar: Sağlık Portalleri ve İlaç Prospektüsleri – Etik Bakışın Düşündürdükleri”, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, 8 Ekim 2008, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No. 15, İstanbul, 2008, s. 216.

¹⁶² ERMAN, s.149.

¹⁶³ Bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2, b.

davranışın zarara sebebiyet vermesi gereklidir. Bu zarar bedensel olabileceği gibi eşyaya ilişkin de olabilir. Ayrıca manevi zararın meydana gelmesi de manevi tazminat yükümlülüğüne sebep olabilir¹⁶⁴. Bu konuya sorumluluğun sonuçlarına ilişkin kısımda yeniden değineceğiz.

dd. İlliyet Bağı

Hekimin sözleşmeye aykırı davranışından doğan sorumluluğundan söz edebilmek için sözleşmeye aykırı kusurlu eylemle zarar arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Söz gelimi hekim hastaya reçete yazarken öngördüğü doz tıbben hastaya ağır gelecek düzeyde ise hastanın bu sebeple uğradığı zarardan hekim sorumludur. Hekimin planladığı doz hastaya uygun olmasına rağmen hekimin planladığının dışında bir doz uygulayan hastanın uğradığı zarardan ise hekim sorumlu tutulamaz; çünkü hasta burada kendi kusuru neticesinde zarara uğramıştır. Bu ikinci durumda uygun illiyet bağı olmadığı için hekimin sözleşmeye aykırı davrandığından bahsedilemez.

III. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

A. Özel Sağlık Kuruluşunun Haksız Fiil Sorumluluğu

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğuna başvurulamadığı durumlarda haksız fiile başvurma imkânı olduğuna yukarıda değinmiştik¹⁶⁵. Hekimin istihdam edilen konumunda olduğu durumlarda haksız fiillerinden, çalıştığı özel sağlık kuruluşunun kusursuz sorumluluğu söz konusudur. TBK m.66'ya göre özel sağlık kuruluşu hekimin görevi esnasında hukuka aykırı davranışlarıyla başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Hekimin bu zarardan özel sağlık kuruluşunun sorumlu tutulabilmesi için hekim, özel sağlık kuruluşunun işini görürken, işle bağlantılı olarak üçüncü kişiye bir zarar vermiş olmalıdır¹⁶⁶. Söz gelimi özel sağlık kuruluşunda çalışan hekimin hastasının tedavisini yanlış planlaması işi görürken, işle bağlantılı bir zarardır.

¹⁶⁴ Bkz. Dördüncü Bölüm, III.

¹⁶⁵ Bkz. İkinci Bölüm, I.

¹⁶⁶ NOMER, s.134; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.146.

Aynı hekimin bir hasta yakınına tartaklaması ise işi görürken verilmiş bir zarar olarak kabul edilmemelidir.

Özel sağlık kuruluşu, hekimi seçmede, hekime talimat vermede, gözetim ve denetimde bulunurken zararın doğmasını engellemek için gereken özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz (TBK m.66/2). Buradaki özenin derecesi objektiftir; sağlık kuruluşunun zararın meydana gelmemesi için alınması gereken tüm tedbirleri almış olması gerekmektedir¹⁶⁷. Ancak sağlık kuruluşunun, hekimin istihdam edilmesinde azami ihtimamı gösterdiği ispat edilebilse bile hekime talimat vermesi, hekimin yaptığı işin gözetim ve denetimini gerçekleştirilmesi mümkün olmayabilir. Hekim, ihtisas sahibi bir çalışan olduğu için sağlık kuruluşunun hekime talimat vermesi, hekimin yaptığı işleri gözlemleyip bir hata yaptığı vakit onu ikaz etmesi beklenemez¹⁶⁸.

Sağlık kuruluşu TBK m.66/2'deki özeni gösterdiğini ispat etse dahi sağlık kuruluşunun çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu da ispat etmesi gerekir. Aksi takdirde sağlık kuruluşunun işleyişi nedeniyle meydana gelen zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m.66/3).

Sağlık kuruluşu, zarar görene ödediği tazminatı hukuka aykırı davranışıyla zarara sebebiyet veren hekime kusuru oranında rücu edebilir (TBK m.66/4).

Sağlık kuruluşu, adam çalıştırmanın sıfatıyla değil de kendi haksız fiilinden dolayı da zarara sebebiyet verebilir. Sağlık kuruluşunun kendine yükletilen tıbbi organizasyon kusurlarıyla bizzat ve doğrudan haksız fiil sorumlusu olması mümkündür¹⁶⁹. Örneğin, hastane enfeksiyonuna karşı gerekli önlemi almayarak hastaların hastane enfeksiyonuna maruz kalmalarına sebebiyet veren sağlık kuruluşu bu zarardan doğrudan doğruya kendi kusurlu eylemi olduğu için TBK m.49'a göre sorumludur¹⁷⁰.

¹⁶⁷ TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Mesuliyet, İstanbul 2010, s.118.

¹⁶⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.119.

¹⁶⁹ DEMİR, Mehmet, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Organizasyon, Ankara 2010, s.179 vd.

¹⁷⁰ DEMİR, Organizasyon, s.180.

B. Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Hekimin haksız fiil sorumluluğu ayakta tedavi sözleşmesinin tarafı olarak tedavi edimini gerçekleştirirken doğabilir. Sözleşmenin tarafının özel sağlık kuruluşu olduğu durumlarda çalışan konumunda olan hekimin sözleşmeye aykırı davranışıyla verdiği zarar bakımından da hekimin haksız fiil sorumluluğundan bahsedilebilir.

Hekim, genel olarak kusurlu ve hukuka aykırı bir fiiliyle bir başkasına zarar verirse bundan sorumludur (TBK m.49) Şayet zarar verdiği kişiyle arasında bir tedavi sözleşmesi varsa bu durumda haksız fiil sorumluluğuyla sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğunun yarısacağına daha sonra deđineceğiz¹⁷¹. Gebe bir kadını tedavi eden hekimin kusurlu bir tedavi uygulayarak hem kadının hem karnındaki bebeğin zarar görmesine sebebiyet verdiği durumu inceleyelim. Şayet kadınla hekim arasında bir sözleşme varsa kadın, hekimin ister haksız fiil sorumluluğuna ister sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğuna başvurabilir. TMK m.28'e göre kişilik hakkına kavuşan bebek bakımından ise hekimin yalnızca haksız fiil sorumluluğuna başvurma imkânı vardır; çünkü hekimle bebek arasında bir sözleşme yoktur.

Sözleşmenin tarafı hekim değil de özel sağlık kuruluşu ise bu durumda hekimin sözleşmeyi ifa ederken verdiği zarardan dolayı hekimin yalnızca haksız fiil sorumluluğuna başvurulabilir. Böyle bir durumda hekimle hasta arasında bir sözleşme olmadığından sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanamaz. Borcun ifası sırasında hekim hastaya zarar vermişse hekimin haksız fiil sorumluluğuyla birlikte sözleşmenin tarafı olan özel sağlık kuruluşunun da TBK m.116'ya göre kusursuz sorumluluğu söz konusu olur. Gebe kadınla ilgili yukarıda verdiğimiz örnekte sözleşmenin tarafının hekim değil de özel sağlık kuruluşu olduğu durumda kadın bakımından, hekimin haksız fiil sorumluluğu; özel sağlık kuruluşunun ise yardımcı kişilerinin

¹⁷¹ Bkz. Dördüncü Bölüm, IV.

fiillerinden sorumluluğu söz konusu olur. Bebekle özel sağlık kuruluşu arasında bir sözleşme olmadığı için TBK m.116'nın uygulanma imkânı yoktur.

Özel sağlık kuruluşuyla kurulmuş bir sözleşme olmayabilir veya hastayla özel sağlık kuruluşu arasında kurulmuş bir sözleşme bulunmakla birlikte somut olay bakımından sorumluluğu sözleşmeye aykırılık yerine haksız fiil sorumluluğuna dayandırmak zarar görene daha iyi bir giderim imkânı sağlıyor olabilir. Böyle bir durumda hekim, özel sağlık kuruluşunun kendisine verdiği işi gerçekleştirirken başkalarına zarar verirse TBK m.49'a göre sorumlu olurken hekimi çalıştıran özel sağlık kuruluşu da TBK m.66'ya göre kusursuz sorumludur. Gebe kadın örneğinde özel sağlık kuruluşuyla bebek arasında bir sözleşme olmadığı için TBK m.116'nın uygulanma imkânının olmadığından bahsetmiştik. Bu durumda TBK m.66 uygulanır. Gerçekten de özel sağlık kuruluşu, hekimin kendisine verilen işi yapması sırasında (sözleşmenin tarafı olmayan) bebeğe verdiği zarardan sorumludur. Bu durumda hem kadın hasta, hem de zarar gören bebek, hekimin haksız fiil sorumluluğuna başvurabilir.

2. Sorumluluğun Şartları

a. Hukuka Aykırı Eylem

Hekimin haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için hukuk düzeninin yasakladığı bir eylemin gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹⁷². Bir kimsenin hukuk mevzuatıyla yapmak zorunda olduğu bir şeyi yapmaması veya kaçınmak zorunda olduğu bir eylemi yapması hukuka aykırı eylemi ifade eder¹⁷³. Bu tanıma göre hukuka aykırı eylem bir davranışta bulunmak şeklinde gerçekleşebileceği gibi bir davranışta bulunmamak, hareketsiz kalmak şeklinde de gerçekleşebilir.

Hekimlik mesleği doğası gereği kişinin vücut bütünlüğünü hedef alan bir meslektir ancak vücut bütünlüğüne yönelik edimler tıbbi gerekliliklere

¹⁷² OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.15; NOMER, s.111; ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2013, s.431.

¹⁷³ BELGESAY, Tıbbi Mesuliyet, s.84; NOMER, s.110 vd.

uygun olarak yapıldığı müddetçe bir mesele yoktur; çünkü bu tip müdahalelere hukuk düzeni izin vermektedir. Hekimin tıbbi gerekliliklere uygun olmayan müdahaleleri ise birer hukuka aykırı eylemdir.

Aşağıda ayakta tedavi hizmeti veren hekimin reçeteye verdiği ilaçlar bakımından bazı hukuka aykırı eylem örnekleri yer almaktadır.

aa. Yanlış İlaç Yazılması

Ayakta tedavi sözleşmesinde hekim kaynaklı hatalardan biri hekimin yanlış ilaç yazmasıdır. Burada hekimin piyasadaki ilaçlarla ilgili bilgisizliğinden kaynaklı bir kusur olabileceği gibi yanlış teşhis koyulmasından kaynaklı olarak yanlış tedavi öngörülmesinin bir sonucu olarak yanlış ilaç yazılması şeklinde bir kusurdan da bahsedilebilir. Örneğin halsizlik, burun akıntısı gibi belirtiler soğuk algınlığı gibi basit tedavi edilebilen bir hastalığın belirtileri olabileceği gibi soğuk algınlığına benzer belirtiler gösteren fakat daha tehditkâr bir hastalığın belirtisi de olabilir. Bu tip bir durumda hekimden gerekli ayrımı yapabilmek adına vakayı özenli bir biçimde ele alması beklenir. Kolay tedavi edilen bir hastalık varsa mesele yoktur; fakat basit bir hastalığın semptomlarına benzer semptomlar gösteren fakat yaşamı tehdit edebilecek bir hastalık söz konusu ise ve yalnızca semptomları gidermeye yönelik bir tedavi planlandı ise burada boşa geçen sürede yaşamı tehdit eden hastalık ilerlemeye devam edebilir.

Hekimin ilaçla ilgili bilgisizliği hekimin kendini geliştirmesiyle ilgili bir meseledir. Hasta Hakları Yönetmeliği m.11'e göre de hastanın modern tıbbi bilgi ve teknolojilere uygun şekilde tedavi edilmesi gerekmektedir. Benzer şekilde TDN m.13'te hekime ilmi icaplara uygun olarak teşhis ve tedavi yapma yükümlülüğü getirilmektedir.

bb. Yanlış Tedavi Yolunun Öngörülmesi

Ayakta tedavilerde hastaya ilaç yazılması tek tedavi yolu değildir. Bilgi-öğüt verme, ilaçsız tedavi ve bir uzmana sevk yöntemleri de birer tedavi

yöntemidir¹⁷⁴. Gerçekten de bazı durumlarda ilaçla tedaviye gerek olmayıp yukarıdaki diğer tedavi yöntemlerinden biri gerekebilir. Örneğin hekim hastasına beslenme konusunda tavsiye verebilir veya fiziksel egzersizler önerebilir. Böyle bir durumda gerekmediği halde hekimin hastaya ilaç yazması hastanın gereksiz yere vücuduna bir zehir alması anlamına gelir. Şayet hastanın durumu uzmanlık gerektiren bir özellik arz ediyorsa bu durumda da hekimin hastayı bir uzmana sevk etmesi gerekir. Hekimin hastayı bir uzman hekime sevk etmediği durumda tıpkı yukarıda bahsettiğimiz yanlış ilaç yazılmasında¹⁷⁵ olduğu gibi, hasta doğru tedaviye ulaşıncaya kadar hastalığı ilerleyeceğinden dolayı zarara uğramaktadır.

Hastaya ilaç tedavisi uygulanması gerektiği halde ilaçsız tedavi, bilgi-öğüt verme gibi yöntemlere başvurulduğunda hasta doğru tedaviye ulaşamadığı için iyileşme süresi uzayabileceği gibi bu süreçte hastalığı ilerleyebilecektir. Hekim, hastayı ilaç tedavi yerine bir uzmana sevk ederse hem hastanın doğru tedaviye ulaşma süresi uzar hem de sınırlı kaynakların adil kullanımı ilkesine aykırı davranılmış olunur.

cc. İlaç Kullanımının Yanlış Tarifi Edilmesi

İlaç prospektüslerini incelediğimizde kullanım şekline ilişkin bölümün her zaman "doktor tarafından başka şekilde kullanımı tavsiye edilmediği taktirde..." ifadesiyle başladığını görürüz. Gerçekten de hastayı gören, gözlemleyen, hikayesini alan hekim hastanın kişisel özelliklerini de hesaba katarak en doğru tedaviyi öngörebilecek yegâne kişidir. Bu yüzden ki TDN m.16'da hekimin hastayı bizzat muayene edeceği düzenlenmiştir.

Hekim hastasına ilaç yazmanın yanında bunun kullanımını hastasına tarif etmekle, gereken uyarıları yapmakla yükümlüdür. Esasen tüm bunlar hastadan hekimin verdiği ilacı kullanmasını beklemek şeklinde değil de "tedavinin planlanması" olarak ele alınmaktadır.

¹⁷⁴ Bkz. Birinci Bölüm, III.

¹⁷⁵ Bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2, a, aa.

Hekimin ilacın kullanımıyla ilgili olarak reçeteye “tarif üzerine” yazması veya tarifini hiç yazmamasının reçeteyle ilgili sık yapılan hatalardan olduğu belirtilmektedir¹⁷⁶.

Tablet veya şurup gibi ağızdan alınan ilaçların yanı sıra kullanımı daha özellikli ilaçlar¹⁷⁷ da vardır. Burada da bu özellik arz eden kullanımın hastaya izah edilmesi gerekir. Kullanımı ne kadar basit olursa olsun ilaç gerektiği gibi kullanılmadığı takdirde hastanın sağlığına kavuşması gecikeceği gibi doğrudan yanlış kullanımın¹⁷⁸ doğuracağı zararlar da olabilecektir. Bu sebeple hekimin ilacın kullanımını tarif ederken hastanın algı düzeyini de göz önünde bulundurması gerekir.

dd. Tedavinin Hatalı Planlanması

Hekim, hastaya özgü tedaviyi planlarken ilacın özellikleriyle hastanın özelliklerini birlikte değerlendirmelidir. İlaç kullanımından doğan muhtemel zarar türlerinin¹⁷⁹ büyük bir çoğunluğu hekimin doğru bir biçimde yapabileceği tedavi planlamasıyla önlenabilir.

Hekimin ilacın kontrendikasyonu ve etkileşimiyle ilgili yetersiz bilgisinden dolayı yaptığı uygunsuz tedavi planlamaları neticesinde hasta zarar görebilmektedir¹⁸⁰. İlacın beklenen yan etkilerini, alerjiye sebep olma ihtimalini, diğer ilaçlarla veya gıdalarla etkileşimini değerlendirebilecek tek kişi hekim olduğundan hekimin farmakoloji bilgisinin yeterli düzeyde olması gerekir. İlaç etkileşimlerinin önlenmesi için hekimin hastaya başka bir ilaç kullanıp kullanmadığını sorması da beklenir.

¹⁷⁶ OKTAY/KAYAALP, s.4.

¹⁷⁷ Bkz. Birinci Bölüm, I.

¹⁷⁸ Greyfurt suyuyla birlikte alınan ilacın zararlı etkiler doğurması hakkındaki örnek için bkz. AKTAY/HANCI/BALSEVEN, s.262.

¹⁷⁹ İlaçtan kaynaklanan muhtemel zarar türleri özetle yan etkiler, alerjik tepkimeler, ilaç etkileşimleri, ilacın beklenen etkiyi doğurmaması, ilacın kötüye kullanımı ve bağımlılık, ilacın ayıplı olması, hatalı ilaç kullanımı olarak sayılmıştır. AKKANAT, Halil, “İlaç Kullanımından Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk Açısından Hasta – Hekim – Üretici İlişkileri”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, s.76 vd.

¹⁸⁰ OKTAY/KAYAALP, s.5.

Doz ve yitiliğin ayarlanması; etkileşim ve kontrendikasyon ihtimallerinin hasta bakımından değerlendirilmesi; ilacın hastada alerjik etki yapması ihtimali varsa buna ilişkin şüphenin giderilmesi doğru bir tedavi planlamasının gerekleri olup hekimin özen yükümlülüğünün en tipik görünüş şeklidir.

ee. Reçetedeki Maddi Hatalar

Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'ndeki değişikliklerle ülkemizde e-reçete sistemi yaygınlaşmış ve bu vesileyle bedeli SGK tarafından karşılanacak reçetelerin e-reçete olarak düzenlenmesine başlanmıştır. Madde 4.1.5/2 bendinde istisnalar dışında elektronik ortamda düzenlenmeyen reçetelerin bedellerinin SGK tarafından karşılanmayacağı düzenlenmiş ve e-reçete, yurt genelinde geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Ancak SUT'ta düzenlenen e-reçete uygulaması yalnızca ilaç bedellerinin SGK tarafından geri ödemesine ilişkin bir husus olup reçetenin tıbbi geçerliliğini değiştiren bir düzenleme değildir. SUT m.4.1.5/3 ve devamında sayılan istisnai durumların yanı sıra SGK'nın geri ödemelerinden yararlanmayan bireyler için düzenlenen reçeteler manuel reçetenin güncelliğini korumasına sebep olmaktadır. Bu sebeple reçetedeki maddi hatalara da değinmek gerekmektedir.

Reçetelerdeki okunaksız el yazıları ilacın temini aşamasında zorluk çıkarabilmekte ve hatta yanlış ilaç verilmesine sebep olabilmektedir. Ayrıca ülkemizde reçetelerde ilaçların çoğu kez etken maddesiyle değil ticari adının yazması; buna karşın birbirlerinden farklı etken maddeye sahip olan ilaçların birbirine benzer ticari adlarla piyasaya sunulması; ilacın etken maddesinin miktar ve birimlerinin belirtilmemesi veya yanlış belirtilmesi de karışıklığa sebep olabilmektedir¹⁸¹.

¹⁸¹ OKTAY/KAYAALP, s.5.

b. Kusur

Hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesi için hukuka aykırı eylemin hekimin kusuruyla meydana gelmiş olması gerekir. TBK m.49'da "*kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışla*" denmekle haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesi için hukuka aykırı eylemin yanında kusurun da aranacağı öngörülmüştür. Gerçekten de hekim, tedavide olumlu sonuç alınabilmesi için gereken tüm çabayı azami özenle sarf etmiş olsa bile hasta şifaya kavuşamayabilir; ancak bu durumda hekimin kusuru bulunmadığı için haksız fiil sorumluluğundan bahsetme imkânı yoktur. Tedavi esnasında hekimin tüm özenli çabalarına rağmen hasta kendi bünyesinden kaynaklanan bir sebeple zarar görüyorsa hekimin hastayı bu zararla baş başa bırakmaması gerekir. Bu zararın önlenmesi veya azaltılması için çaba sarf etmek de hekimin sorumluluk alanındadır. Hastanın zarar görmesine göz yummak da hekim bakımından kusurlu bir davranıştır.

Haksız fiil sorumluluğunda hekimin kusurlu olduğunu ispat yükü kural olarak zarar görene aittir (TBK m50/1). Ancak burada zararın ispatı için gerekli olan tüm deliller, yani tıbbi kayıtlar, hekimin veya özel sağlık kuruluşunun elindedir. Kaldı ki böyle olmasa bile hekimin kusurunun ispatı için tıbbi bilgi birikimi de gerekir. Zarar gören hasta ise çoğu zaman böyle bir bilgi birikiminden yoksundur. Bu sebeple delillere iktidar prensibi¹⁸² gereği ispat yükünün zarara sebebiyet veren tarafta olması ve sorumlunun kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir.

c. Zarar

Hekimin haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için hukuka aykırı eyleminin neticesinde meydana gelen bir zararın olması gerekmektedir. Zarar, hukuken korunan maddi ve manevi varlıkların, bunlara yönelik bir tecavüzün gerçekleşmesinden önce ve sonraki halleri arasındaki fark olarak tanımlanmıştır¹⁸³. Hekimin yanlışlıkla yüksek dozda ilaç yazması sebebiyle

¹⁸² Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 5, a, cc.

¹⁸³ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.63.

ilacın zehirli etkisine maruz kalan hastanın içine düştüğü durumla bu tedavi doğru planlansaydı hastanın içinde bulunacağı durum arasındaki fark zararı ifade eder.

d. İlliyet Bağı

aa. Genel Olarak

Hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesi için bir zararın gerçekleşmiş olması yetmez. Zararla eylem arasında uygun illiyet bağının da olması gerekir. Uygun illiyet bağı, failin davranışının zararlı sonucun meydana gelme olasılığı bakımından hayatın olağan akışına göre elverişli olmasıdır¹⁸⁴. Örneğin hekimin yazdığı ilacın satıldığı eczanedeki uygunsuz koşullar neticesinde ilaç bozulmuşsa bu ilacı kullanan hastanın uğradığı zararlar hekimin eylemi arasında uygun illiyet bağı olmadığından hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilemez.

bb. İlliyet Bağının Kesilmesi

Hem sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumlulukta hem de haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukta fiille zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.

aaa. Zarar Görenin Ağır Kusuru

Zarar görenin kusurunun derecesi tazminat miktarının indirilmesine sebebiyet verebileceği gibi ağır ihmal veya kastıyla sebebiyet verdiği zarar illiyet bağına keseceğinden tazminata hükmedilmemesini de gerektirebilir¹⁸⁵. Gerçekten de zararın meydana gelmesinde başlıca etken zarar görenin kusuru ise zararlar fail arasındaki illiyet bağı kesileceği söylenebilir. Örneğin doktorun reçeteyle verdiği bütün uyku ilaçlarını intihar maksadıyla bir kerede içen kişinin kastı, illiyet bağına keser. İntihar amacı olmamakla birlikte az önce

¹⁸⁴ ATAMER, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramı, İstanbul 1996, s.33.

¹⁸⁵ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s.764; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.121; NOMER, s.173.

uyku ilacı içtiğini unutup bir tane daha içenirse ağır ihmalden söz edilebilir¹⁸⁶.

bbb. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

Üçüncü kişinin kusurunda üçüncü kişi kasten veya ihmal sonucu zarara sebebiyet verebilir. Hafif ihmal, illiyet bağına kesmeyecekse de ağır ihmal veya kast varsa, faille eylem arasındaki illiyet bağı üçüncü kişinin kusurlu eylemiyle kesilebilir.

Üçüncü kişinin kusuru illiyet bağına kesmiş ve zarara tek başına sebep olmuşsa bu durumda tazminattan yalnızca üçüncü kişi sorumlu olur¹⁸⁷.

Hekimin reçeteyle verdiği ilaçtan dolayı hasta zarar gördüğünde şayet bu durum hekimin tedaviyi planlamasından değil de ilacın üretiminden kaynaklanan bir bozukluktan ileri gelmişse ilaç üreticisinin sorumluluğu hekimin eylemiyle zarar arasındaki illiyet bağına keser; çünkü zarara doğrudan doğruya ilacın yapısındaki bozukluk etki etmiştir.

ccc. Mücbir Sebep

Sorumlu veya borçlunun hâkimiyet alanı dışında meydana gelen, genel bir davranış kuralının ihlalini kaçınılmaz şekilde zorunlu kılan, öngörülmesi veya engellenmesi mümkün olmayan olağanüstü olay, mücbir sebep olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁸.

Deprem, şiddetli kış, şiddetli ve anormal yağmurlar, kuraklık, anormal fırtına gibi doğa olayları; savaş, grev, devlet veya hükûmet tarafından yapılan tasarruflarla koyulan yasak ve sınırlamalar, ambargo gibi durumlar uygulamadaki mücbir sebep örnekleridir¹⁸⁹. Söz gelimi sağlık kuruluşunu silahlı teröristler istila eder ve herkesi rehin alırsa tedavisi gerçekleşmeyen ve durumu ağırlaşan kişi uğradığı zararı sağlık kuruluşundan veya hekimden

¹⁸⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.121.

¹⁸⁷ EREN, s.566.

¹⁸⁸ EREN, s.557; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.466.

¹⁸⁹ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.466.

talep edemeyecektir. Terör saldırısı, hekimin davranışıyla zararlı sonuç arasındaki illiyet bağıını keser.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ECZACININ VE İLAÇ ÜRETİCİSİNİN SORUMLULUĞU

I. ECZACININ SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Reçeteyle verilen ilaçtan kaynaklanan hukuki sorumluluk hekim-hasta arasındaki ilişkiden doğabileceği gibi eczacı (veya eczacının ifa yardımcısı) ve hasta (veya hasta yakını) arasındaki ilişkiden de doğabilmektedir.

Gerçekten de eczaneler ilaç firması tarafından üretilip ambalajlanmış hazır ilaçların satışının yapıldığı alelade dükkânlar değildir. 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun m.1/2'ye göre ülkemizde eczane açma yetkisi münhasıran eczacılara tanınmış bir yetkidir. M.4'te ise eczacı olmanın koşulları sayılmış olup bu koşullardan biri de eczacılık fakültesi mezunu olmaktır.

Eczacıların hastaya ilaç temini sürecinde de yapılacak hatalar tıpkı hekimin vazifesini ifa ederken yaptığı hatalar gibi hastanın yaşamını tehdit eden neticelere yol açabilir. Bu sebeple bu mesleği yapanların akademik ve mesleki bilgi birikimlerinin belirli bir olgunluk düzeyine erişmiş olmasının aranması son derece isabetlidir.

Bu çalışmada bahsettiğimiz eczacı, yalnızca 6197 sayılı kanun m.5'te bahsedilen serbest eczacılık yapan eczacıları kapsamakta olup ilaç endüstrisinde görev yapan veya kamu görevi ifa eden eczacılar¹⁹⁰ bu çalışmanın konusu dışındadır.

B. Eczacıyla Hasta Arasındaki İlişki

Eczacıyla hasta (veya hasta yakını) arasındaki hukuki ilişki satım sözleşmesine benzer bir nitelik taşır; ancak eczacılık mesleği teknik bilgi gerektiren bir meslek olduğundan eczacının özen yükümlülüğü satım

¹⁹⁰ Serbest eczacılık hakkında bkz. ŞENTÜRK, s.55 vd.

sözleşmesindekinden daha yüksek bir derecededir¹⁹¹. Gerçekten de bu ilişkide eczacının ilacın teslim borcunun yanı sıra sır saklama, aydınlatma ve yüksek derecede bir özen borcu bulunmaktadır. Aynı zamanda eczacının sonuç sorumluluğu yoktur. Bu sebeple vekâlet sözleşmesine benzer yönleri de vardır.

Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü¹⁹² m.3 ve devamında eczacının diğer eczacılarla, hekimlerle ve hastalarla ilişkilerinde uyacağı kurallar düzenlenmiştir. Buna göre m.3'te eczacının eşit davranma ve özen yükümlülüğü düzenlenmiştir. M.4'te sır saklama yükümlülüğü, m.5'te hekimin yazdığı reçeteye bağlılık kuralı düzenlenmiştir. M.7'de tıpkı vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi eczacının sonuç sorumluluğunun olmadığı düzenlenmiştir.

Eczacının, hekimin reçeteye verdiği ilacı değiştirmeksizin hastaya verme yükümlülüğü olsa da reçetesiz satılan ilaçlarda eczacının mesleki bilgisinin önemi artmaktadır. Beşeri Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelik m.4/d'ye göre reçetelendirilmesine gerek olmaksızın doğrudan eczaneden temin edilebilen ilaçlar reçeteye tabi ilaçlara göre daha tehlikesiz olsa da eczacının bu tip ilaçlarda dahi hastayı bilinçlendirmesi gerekir ve tıpkı hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünde olduğu gibi eczacının da hastayı aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olur¹⁹³. Bu tip durumlarda eczacı-hasta arasındaki vekâlet ilişkisi daha fazla önem arz eder. Burada eczacının tıpkı bir vekil gibi mesleki bilgisini hasta adına kullanarak doğru ilacı seçme veya ilacın olumsuz etkilerinden korunma hususunda hastayı bilgilendirmesi söz konusu olup bu bilgilendirme bir yan edim olmaktan ziyade temel edim konumundadır¹⁹⁴.

¹⁹¹ Ayrıca bkz. AKKANAT, s.78.

¹⁹² RG 27.7.1967, S.12961.

¹⁹³ Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yanı sıra hastadan onam (rıza) almasından bahsedilse de eczacının hastayı aydınlattıktan sonra hastanın rızasını almasına lüzum yoktur; çünkü eczacı hastanın vücut bütünlüğüne yönelik herhangi bir girişimde bulunmamaktadır. Böyle bir girişimin yapılmasını gerektiren durumda hasta bunu ya kendi kendine (örneğin hap yutma, şurup içme vs.) gerçekleştirecek veya sağlık çalışanına yaptıracaktır (enjeksiyon, aşı vb.). Aydınlatılmış onamla ilgili olarak bkz. Birinci Bölüm, IV.

¹⁹⁴ AKKANAT, s.78.

Günümüz eczacılık uygulamasında çok nadiren karşılaşılsa da majistral ilaçlar¹⁹⁵ bakımından eczacıyla hasta arasındaki ilişkinin bir eser sözleşmesi olduğunu kabul etmek gerekir. TBK m.470 vd. hükümlerine göre hastanın (iş sahibi) eczacıya (yüklenici) bir bedel karşılığında bir ilaç (eser) yaptırmasının gerçekten de tipik bir eser sözleşmesi örneği olduğu kanısındayız. Bu çalışmanın konusunu majistral ilaçlardan ziyade farmasötik preparatlar¹⁹⁶ oluşturduğundan ilaç kavramıyla ağırlıklı olarak farmasötik preparatları kastetmekteyiz.

Görüldüğü gibi eczacı-hasta arasındaki ilişki TBK m.207 vd. anlamında satım sözleşmesinin özelliklerini göstermekle birlikte satıcı konumundaki eczacının sorumluluğu adi bir satım sözleşmesindeki satıcıdan çok daha niteliklidir. Satım sözleşmesinde satıcı malı sözleşmeye uygun biçimde alıcıya teslim etmekle sorumluluğunu yerine getirmekte ise de eczacı ilacı sözleşmeye uygun biçimde hastaya teslim etmekle sorumluluktan kurtulmaz. Söz gelimi reçeteye tabi bir ilacı hastaya reçete aramaksızın satan eczacı, hastanın ilaçtan zarar görmesi halinde satım sözleşmesine uygun davrandığını ispat etmekle sorumluluktan kurtulamayacaktır; çünkü reçeteye tabi olan ilacı reçete olmadan satmaması eczacının hem özen borcunun hem de idari sorumluluğunun bir parçasıdır. Özen borcunun satım sözleşmesindeki oranla daha belirgin olması nedeniyle, eczacı-hasta arasındaki ilişkide satım sözleşmesinin yanı sıra vekâlet sözleşmesinin özellikleri de göze çarpmaktadır. Bu sebeple M.502/2'nin göndermesiyle eczacı-hasta arasındaki satım sözleşmesine, niteliği uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabilir.

¹⁹⁵ Bkz. Birinci Bölüm, I.

¹⁹⁶ Bkz. Birinci Bölüm, I.

C. Eczacının Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Eczacı, sattığı ilacın ayıbından 4077 sayılı TKHK m.4/2'ye göre sorumludur. 6502 sayılı TKHK m.9'da satıcının malı sözleşmeye uygun olarak tüketiciye teslim edeceği düzenlenmiştir¹⁹⁷.

Hekimin yazdığı reçetenin, doğru bir şekilde hazırlanarak hasta veya hasta yakınına verilmesi gerekir (TEDT m.5); ancak eczacının tek yükümlülüğü reçetede bulunan ilaçların hastaya teslim edilmesi değildir. Hekimin yazdığı ilaçların kullanımı hakkında hastaları uyarma yükümlülüğü bulunduğu dair bir düzenleme yoksa da reçetesiz satılan ilaçlar bakımından eczacının böyle bir sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmek gerekir¹⁹⁸. Aşağıda da değineceğimiz üzere eczacının özen yükümlülüğü satıcınıninkine oranla daha nitelikli bir haldedir¹⁹⁹. Bu sebeple eczacıyla hasta arasındaki sözleşmenin satım sözleşmesinin yanı sıra vekâlet sözleşmesinin de özelliklerini taşıyan karma nitelikli bir sözleşme olduğu görüşündeyiz. Eczacının majistral ilaç hazırladığı durumlar ise eser sözleşmesine benzerlik göstermektedir.

Eczacının borca aykırı davranması sorumluluğunun doğması için yeterli olup hastanın ayrıca kusuru ispat etmesine gerek yoktur. Buna karşılık eczacı, borca aykırılığın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir²⁰⁰.

¹⁹⁷ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 28.11.2013 tarihli 28835 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Kanun'un 86'ncı maddesine göre yayımlandıktan 6 ay sonra, yani 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu tarihe kadar 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğü devam edecektir. Bu çalışmanın hazırlandığı tarihte 4077 sayılı TKHK halen yürürlükte olmakla birlikte 6502 sayılı TKHK çalışmada esas alınmış fakat 4077 sayılı TKHK'daki değişiklikler mukayeseli olarak sunulmuştur.

¹⁹⁸ DEMİR, Mehmet, "İlaç Kullanımı Sonucu Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu", İlaç, TBB Dergisi, S.89, 2010, s.121. "...önüne gelen reçetede yazılan ilacı uygun dozda ve hekimin tavsiyesine göre hastaya tarif etmek hekimin sorumluluğudur." AKKANAT, s.78; ŞENTÜRK, İsmail Hakkı, Eczacının Hukuki Açısından Sorumluluğu, T.C. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997, s.7.

¹⁹⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, C, 2, a, bb.

²⁰⁰ Bkz. İkinci Bölüm, II, B, 3, b, bb.

Aşağıda hem sözleşmeye aykırılıktan doğan, hem de ayıptan kaynaklanan sorumluluğun şartlarını inceleyeceğiz.

2. Sözleşmeye Aykırılıktan Kaynaklanan Sorumluluk

a. Sorumluluğun Şartları

aa. Sözleşmeye Aykırı Davranış

Eczacının sözleşmeye aykırı davranışı sıradan bir satım sözleşmesindeki orana göre daha fazla çeşitlilik gösterebilir. Sıradan bir satım sözleşmesinde satıcı satılanın mülkiyetini alıcıya teslim etmekle borcunu ifa etmiş sayılsa da eczacının yükümlülükleri daha fazladır. Eczacı, ihtisas sahibi bir kimse olduğu ve sattığı ürünün de tehlike potansiyeli taşıdığı için özen yükümlülüğü daha ağırdır.

Eczacının sattığı ilacın reçetede yazandan farklı olması; reçetesiz bir ilaç satarken hastaya uygun olmayan bir ilaç vermesi sözleşmeye aykırılığa örnek durumlardır.

bb. Kusur

Eczacının, sözleşmeyle yüklendiği mükellefiyetleri kasten veya ihmalen yerine getirmemesi kusurlu olduğunu gösterir²⁰¹. Eczacı uzmanlığı gerektiren bir iş yaptığı için TBK m.115/3'e göre hafif kusurundan dahi sorumlu tutulur. Esasen kusurun derecesi eczacının sorumluluğuna etki etmeyecek, sadece tayin edilecek tazminatın miktarının belirlenmesinde rol oynayacaktır.

İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m.1/2'ye göre reçeteye tabi ilaçların yalnızca hekim tarafından yazılan reçeteye verilmesi düzenlenmiş

²⁰¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.415.

olup buna riayet etmeyerek satılan ilaçtan hastanın zarar görmesi halinde eczacı sorumludur²⁰².

Eczacının hekimin reçeteyle yazdığı ilaçları hatalı veya eksik olarak hastaya vermesi kusurlu bir davranıştır. Reçetenin okunaklı bir el yazısıyla yazılması hekimin sorumluluğunda olsa da düzgün bir yazıyla yazıldığı halde reçetenin yanlış okunarak hekimin yazdığı ilaçlardan başka ilaçların verilmesi eczacının kusurudur²⁰³.

Reçetede yazılı hastalıkla reçetede bulunan ilaçların etkili oldukları hastalıklar birbirleriyle çelişiyorsa eczacının özen yükümlülüğü gereği bu hususu sorgulaması gerektiği kanısındayız. Ancak burada eczacı bir hata olduğunu düşünüyorsa bile TEDT m.5 gereği hekimin iznini almadan başka bir ilaç veremeyeceği yasal bir zorunluluk olmakla birlikte özen yükümlülüğünün de bir gereği olduğunu kabul etmek gerekir.

Her ne kadar TEDT m.5'te eczacının, hekimin isteği dışında hastaya veya hasta yakınlarına tavsiyede bulunamayacağı düzenlenmişse de bazı durumlarda eczacının, hastaya veya hasta yakınına hekimin yaptığı açıklamalar veya prospektüste yazılanlarla yetinmeksizin ayrıca bilgi vermesi gerekebilir²⁰⁴; hatta böyle bir bilgilendirmenin yapılmadığı durumda hasta zarara uğrarsa eczacı da bundan sorumlu tutulabilir²⁰⁵.

Eczaneler ve Eczacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik m.15'te ecza maddelerinin saklanması düzenlenmiştir. Buna göre bütün kimyevi maddeler, hazır ilaçlar, aşı ve serumlar, kodeksteki özellikleri ve ambalaj üzerinde belirtilen saklama özellikleri gözetilerek saklanacaktır. İlacın

²⁰² GÖÇMEN, Erkin/GÖÇMEN, Ali, “İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu”, İBD, C.77, S.3, 2003, s.641.

²⁰³ BELGESAY, Tıbbi Mesuliyet, s.39.

²⁰⁴ Hasta veya hasta yakınlarının ilaç satışı esnasında bir kez daha aydınlatılmayışi, bu konudaki olası yanlışlıkların giderilmeye çalışılmaması, hastanın hekimden aldığı bilgilerin veya ilacın kontrol edilmeyişi ilacın kullanım ve muhafazası hakkında hastaya bilgi verilmeyişi, hekimle eczacının yeterli işbirliği yapmaması eczacıdan kaynaklanan bilgilendirme hakkı ihlalleridir. Vatandaşın genel bilgi ve eğitim eksikliği ise bu süreçte olumsuz rol oynamakta ve hekimle eczacının işini zorlaştırmaktadır. SÜTLAŞ, Mustafa, “İlaç ve Hasta Hakları”, Toplum ve Hekim, Eylül-Ekim 2004, C.19, S.5, s.367.

²⁰⁵ PETEK, İlaç, s.291.

gerektiği gibi saklanmaması neticesinde hastanın zarar görmesinden eczacı TBK m.219'a göre sorumludur²⁰⁶.

6197 sayılı kanun m.29'da acil tedavilerde kullanılan maddelerin piyasada bulunduğu ölçüde eczanede bulundurulması öngörölmüştür. Bu düzenlemeye paralel olarak Yönetmelik m.16'da da her eczanede bulundurulması mecburi olan ilaçları bulundurmayan eczanelerin kapatılması müeyyidesi düzenlenmekle beraber bu ilaçların bulundurulmaması sebebiyle zarara uğrayan hasta, giderim için eczacıya başvurabilir.

Yönetmelik m.21'e göre miadı geçmiş olan ilaçların imha edilmesi veya değiştirilmesi gerekir. Bunların bulundurulması da eczacının idari sorumluluğunu doğurmakla beraber şayet miadı dolmuş bu ilaçlar hastaya satılırsa ve hasta bunu kullanıp da zarar görürse, miadı dolmuş ilaç ayıplı mal kabul edileceğinden dolayı, bundan doğan zarardan eczacı mesûldür. Benzer şekilde 6197 sayılı kanun m.22'ye göre uygun koşullarda saklanmayan ilaçtan da eczacı sorumludur.

Çalışmamızın başında reçete yazımına ilişkin ilkelere kısaca değinmiş ve burada öncelikle reçeteyi yazan hekimin adı, soyadı, unvanı, diploma ve varsa uzmanlık belgesi numarasının bulunması gerektiğini belirtmiştik²⁰⁷. Yönetmelik m.22'de yalnızca diş hekim, hekim ve veteriner hekimlerin düzenlediği reçetelerin kabul edilebileceği belirtilmiştir. Bu sebeple eczacının reçetede reçeteyi yazan hekimin adı, soyadı, unvanı, diploma ve varsa uzmanlık belgesi numarası gibi unsurları araması gerektiği anlaşılmaktadır. Yetkili olmayan bir kişinin yazdığı sözde reçetede ki ilaçların hastaya verilmesi neticesinde hastanın zarar görmesi halinde eczacı bundan sorumlu olacaktır.

M.22'nin devamında okunaksız reçetelerin düzeltilmesi için eczacının ilgili hekime başvurması gerektiği düzenlenmiştir. Günümüzde her ne kadar e-reçete uygulaması gün be gün yaygınlaşmakta ise de e-reçetenin kullanılmadığı istisnaların çok geniş bir alan kapladığına yukarıda

²⁰⁶ Ayrıca bkz. GÖÇMEN /GÖÇMEN, s.642.

²⁰⁷ Bkz. Birinci Bölüm, II, B.

değınmiřtik²⁰⁸. Bu sebeple e-reçetenin düzenlenemediği durumlarda el yazısıyla düzenlenmiş bir reçete söz konusu ise ve reçetede okunaksızlık varsa bu durum giderilmeden reçete içeriği hastaya verilmemelidir.

M.22/2'de "*İnternet, faks, telefon, kurye, komisyoncu ve benzeri yollarla eczanelere gelen reçeteler kabul edilmez. Eczanelere bu yolla gelen ilaç talepleri karşılanmaz.*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kanımızca bu düzenleme, eczacının özen borcunun ne derece yüksek olduğunu gözler önüne sermektedir. Eczacının hastayı muayene etme gibi bir imkânı olmasa da eczaneye gelen hastayı gözlemleyebilir veya hasta yakınına gerektiğinde hastayla ilgili sorular sorabilir. Buradan edindiği izlenimi, reçetede ki teşhisi ve yazılan ilaçları mesleki tecrübesi ve sezgisiyle birleştirerek bir kanı sahibi olur. Şayet reçeteyle verilen ilaçlar söz konusu ise bu durumda hastaya yanlış ilaç verilmesi veya benzeri bir hatanın meydana gelme ihtimali daha da azalır. Diğer yandan reçetesiz bir ilaç verilecekse de bu durumda eczacı hasta için gerekli olan en uygun ilacı en uygun dozda tavsiye etme imkânı bulur. Yukarıda belirttiğimiz özen derecesine uygun davranmayan eczacı hastanın uğradığı zarardan mesûldür.

Eczacının, uyuşturucu veya bağımlılık yapıcı ilaçları da yalnızca özel reçeteyle²⁰⁹ (kırmızı veya yeşil reçete) yazılması halinde hastaya vermesi gerektiği hususu Yönetmelik m.23'te düzenlenmiştir. Bu tip ilaçların etkileri ağır olduğundan bu ilaçların reçeteyle yazılması da hastaya verilmesi de özel usullere bağlıdır.

Şayet hekim, hastaya bir majistral ilaç önermişse ve ilacın etken maddesinin kodekste yazandan²¹⁰ daha yüksek dozda olmasını öngörmüşse bu durumda 6197 sayılı kanun m.25'teki düzenlemeye göre bu ilacın altının hekim tarafından iki kez çizilip imzalanması düzenlenmiştir. Şayet reçete bu

²⁰⁸ Bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2, a, ee.

²⁰⁹ Kırmızı reçeteye tabi ilaç listesi için bkz: http://www.iegm.gov.tr/Default.aspx?sayfa=kirmizi_recete&lang=tr-tr; yeşil reçeteye tabi ilaçlar için bkz: http://www.iegm.gov.tr/Default.aspx?sayfa=yesil_recete&lang=tr-tr, 15.10.2013

²¹⁰ Kırmızı veya yeşil reçeteyle verilen ilaçların maksimal dozları için bkz: http://www.iegm.gov.tr/Default.aspx?sayfa=maksimal_do&lang=tr-tr, 15.10.2013.

özelliği haiz değilse ve ilgili hekimle temas kurulamamışsa eczacı majistral ilacı kodekste yazan azami doza göre hazırlayıp hastaya verir ve durumu mahallin en yüksek sağlık amirliğine bildirir. M.25'teki unsuru taşımadığı halde kodekste yazanın üzerinde bir dozla majistral ilacı hazırlayan eczacı hastanın bundan dolayı uğradığı zarardan sorumludur.

Majistral ilaçların haricen kullanılanlarının etiketlerinin kırmızı ve iğilerek kullanılanlarının renklerinin beyaz renkte olacağı Yönetmelik m.26'da düzenlenmiştir. Gerçekten de majistral ilaçların farmasötik preparatlarda olduğu gibi uyarı ve açıklamalar iğereren hazır ambalajları olmadığından böyle bir ayrımın olması isabetlidir. Bu ayrıma uygun hareket etmeyen eczacı hastanın uğradığı zarardan da sorumludur.

Eczacının reçeteye tabi olmayan ilaçların satımında özen yükümlülüğü daha fazla önem arz eder²¹¹; çünkü reçeteye verilen ilacı hekim bir muayene sürecinin ardından vermişse de eczacıyla hasta arasında böyle bir ilişki mümkün değildir. Eczacının hastayı muayene etmesi 1219 sayılı kanun m.25 ve 26'ya göre ceza hukuku bakımından yaptırıma tabidir. Her ne kadar reçeteye tabi olmayan ilaçlar olanlara göre daha zararsız kabul edilse de her ilaç bir zehir olduğundan reçetesiz ilaç konusu, eczacının mesleki kusuruyla bir zarara sebep olmasına çok müsaittir. Bu tip ilaçlarda eczacının hastayı bilgilendirmesi ve bu bilgilendirmeyi reçetesiz ilacın prospektüsüne uygun bir biçimde yapması gerekir. Ancak prospektüste gösterilmeyen bir yan etki ortaya çıkar da hasta bundan zarar görürse burada eczacının sorumluluğu yoktur. Bunun yanında eczacının prospektüsten ayrı olarak yaptığı ağıklamalara göre ilacı kullanan hastanın uğradığı zarardan eczacı sorumludur²¹².

cc. Zarar

Eczacının kusurlu bir şekilde sözleşmeye aykırı davranması neticesinde hastanın zarara uğraması gerekir. Zarar, çoğunlukla beden

²¹¹ ÖZEL/ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s.340.

²¹² PETEK, İlaç, s.287. Ayrıca bkz. AKKANAT, s.79.

bütünlüğüne ilişkin olacağından TBK m.114/2'nin göndermesiyle TBK m.56'ya göre zarar gören manevi tazminat da talep edebilir.

dd. İlliyet Bağı

Eczacının sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için sözleşmeye aykırı ve kusurlu davranışla zarar arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Söz gelimi hasta eczaneden aldığı ilacı evinde miadı doluncaya kadar uzunca bir süre bekletir ve miadı dolmuş ilacı yutup bundan zarar görürse burada uygun illiyet bağı olmadığından dolayı eczacının sorumluluğuna başvurulamaz.

b. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

Eczacının yanında çalışan yardımcı kişi şayet sözleşmeye aykırı bir davranışıyla hastanın zarara uğramasına sebebiyet verirse bu durumda TBK m.116'ya göre mesûl müdür eczacı da bu zararı gidermekle yükümlü olur. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında sorumsuzluk anlaşmaları düzenlenmişse de üçüncü fıkradaki istisnai durum eczacılık mesleği için uygulanamaz. Gerçekten de eczacının yanında istihdam edilmesi hukuken caiz olan kişilerin uzmanlığı gerektiren ve ancak kanun veya yetkili makamlarca verilen izinle yürütülen bir meslek icra etmesi sebebiyle burada sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün değildir.

Eczacının sorumluluğunu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçerli olmayacağından, eczacının sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir. Gerçekten de TBK m.112'nin yorumuyla borçlu borcun ifa edilememesinin kendisinin kusurundan kaynaklanmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir. Şayet borçlu borcun bir olağanüstü hal²¹³, mücbir sebep²¹⁴, zarar görenin ağır kusuru²¹⁵ veya üçüncü kişinin ağır kusurundan²¹⁶

²¹³ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.460.

²¹⁴ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.463.

²¹⁵ PETEK, İlaç, s.342; BAYSAL, Başak, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012, s.155 vd.; EREN, s.563.

²¹⁶ PETEK, İlaç, s.345. Üçüncü şahsın kusuru bazen illiyet bağı keser; bazen zararın doğmasında kısmi etken, bazen de zararın artmasına sebep olur. O zaman da zarara sebebiyet verdiği ve faillin kusurunu daha hafif gösterdiği oranda üçüncü şahsın kusuru bir indirim sebebi teşkil eder. TANDOĞAN, Mesuliyet, s.329.

dolayı ifa edilemediğini ispat ederse bu durumda borcun ifa edilememesinin kendi kusurundan dolayı kaynaklanmadığını da ispat etmiş olur.

3. Ayıptan Kaynaklanan Sorumluluk

a. Genel Olarak

Ayıplı malı satın alan tüketicinin ayıba karşı kimlere başvuracağı, seçimlik hakları ve ayıplı malın neden olduğu zarara karşı başvuru imkânı 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.11'de düzenlenmiştir.

Kanunun 8'inci maddesinde ayıplı mal "*tüketicie teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan mal*" olarak tanımlanmıştır²¹⁷. Maddenin ikinci fıkrasında "*ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar*"ın da ayıplı olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.8'deki ayıplı mal tanımı ise 6502'deki tanıma nispeten daha dar içeriğe sahiptir. Buna göre "*Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilânlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar*" ayıplı maldır. 4077 sayılı TKHK'deki ayıplı mal tanımı esas olarak 6502 sayılı TKHK m.8/2'deki düzenlemeyle hemen hemen aynıdır. 6502 sayılı kanunda teknolojinin çağdaş seviyesi göz önüne

²¹⁷ "*Mal*" terimi 6502 sayılı TKHK m.3/h bendinde "*Alışverişe konu olan; taşınır eşya (...)*" olarak tanımlanmıştır.

alınarak ürünlerin internet portallarında ilan edilen özelliklerin de ayıbın tespitinde göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiştir. Ayıbın tespitinde göz önünde bulundurulacak bir diğer ölçüt de o malın muadili olan malların kullanım amacını taşıyıp taşıyamamasıdır. Bu durumda yeni düzenlemede bir malın ayıplı olup olmadığını araştırırken o malın muadili olan malların kullanım amacına da bakılacaktır.

Hastanın eczaneden satın aldığı ilaç da TKHK m.3/h kapsamında mal kabul edilmelidir²¹⁸. Ayıplı ilacı satın alan hastanın ilacı satın aldıktan sonraki 6 ay içerisinde ayıbı eczacıya bildirmesi gerekir. İlacı aldıktan sonra 6 ay içerisinde ortaya çıkan ayıp, ilacın hastaya teslimi tarihinde var sayılır (TKHK m.10/1). 4077 sayılı TKHK m.4/2'de bu süre 30 gün olarak düzenlenmiştir.

b. Sorumluluğun Şartları

TBK m.219 ve devamında ayıptan sorumluluk hususu düzenlenmiştir. 4077 sayılı TKHK m.4/2 ve 6502 sayılı TKHK m.8 vd.'da tüketici işlemleri bakımından ayıp hususu düzenlenmiştir. Tüketici Mevzuatındaki düzenlemeler özel nitelikli olduğu için eczacı-hasta arasındaki ilişkide öncelikli olarak uygulanacaktır. Tüketici Mevzuatında hüküm bulunmayan durumlarda ise genel hükümlere başvurulabilir.

Satıcının ayıptan haberdar olmaması sorumluluğun doğumunu etkilemez. Ayıptan kaynaklanan sorumluluktan söz edilebilmesi için ayıbın ilacın hastaya teslimi sırasında var olması, ayıbın önemli olması ve bildirim süresi içinde eczacıya bildirilmesi gerekir

²¹⁸ Kan, organ ve dokunun eşya hukuku anlamında taşınır eşya sayılamayacağı; bunların yalnızca bağışlanabileceği ve bağışlamanın da ivazsız bir işlem olması sebebiyle bunun bir tüketici işlemi sayılamayacağı hakkında bkz. HAVUTÇU, s.121. Kan ürünlerinin kandan farklı olarak kanın insan bedeninden ayrıldıktan sonra işlenerek meydana getirilen yeni bir ürün olduğu ve bu sebeple üreticinin sorumluluğu anlamında taşınır eşya yani ürün sayılabileceği hakkında bkz. PETEK, İlaç, s.102 dn.304.

aa. Ayıbın İlacın Hastaya (Tüketiciye) Teslimi Sırasında Var Olması

Ayıp, malın tüketiciye tesliminden sonra ortaya çıkmışsa kural olarak satıcı sorumlu olmaz. Örneğin eczacı, belli bir sıcaklık derecesinin altında saklanması gereken aşuları belirlenen sıcaklık aralığında saklamadığı için aşı bozulur. Bu aşı hastaya satılırken ayıplı olduğundan eczacı bundan sorumludur. Ancak aşuyu sağlam şekilde teslim alan hasta bunu belirlenen sıcaklık aralığında muhafaza etmezse veya aşının sıcaklığı yükselmeden bunu vücuduna zerk ettirmezse, ayıp, aşının hastaya tesliminden sonra ortaya çıkmış olur²¹⁹.

Miadı dolmamış olmakla birlikte dolmasına çok kısa süre kalan ilacın ayıplı olarak kabul edilmesi gerekir. Söz gelimi içinde otuz tane alerji hapi bulunan ve her gün bir tanesi yutulmuş ilacın son kullanma tarihinin gelmesine bir hafta kalmışsa bu ilacın ayıplı olduğunu kabul etmek gerekir. Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelik m.21’de zamanla bozulan ve müddeti geçen ilaçların zaman geçmeden yenileriyle değiştirilmesi ve imha edilmesi öngörülmüştür. Bu sebeple hastanın ilaçtaki ayıbı bilerek ilacı aldığı kabul edilse bile bu durum hem eczacı bakımından mesleki kusur sayılır hem de hastanın kişilik haklarını ihlal eder.

Kural olarak miktardaki eksiklik ayıp olarak değil eksik ifa olarak kabul edilmektedir²²⁰. Bir ilacın miktarındaki eksiklik ise çoğunlukla ayıp olarak kabul edilmelidir. Hasta, hekimin “yalnızca başın ağrıdığı zaman günde 1 tane ağız yoluyla al!” dediği ağrı kesici bir hap kutusunda üzerinde yazandan az sayıda hap varsa bunun bir eksik ifa olduğunu ve ayıp olmadığını kabul etmek mümkündür. Aşı ve serumdaki miktar eksikliği veya ilacın yitiliğinin belirtilenden az olması ise önemli ayıp olarak kabul edilmelidir. Örneğin hekim

²¹⁹ Belirli bir ısı aralığında saklanması gereken ilaç örneğinde eğer ilaç hekim tarafından reçete edilmişse hekimin hastayı ilacın muhafazası konusunda da aydınlatması gerekir. Hekimden sonra eczacının da bu bilgilendirmeyi yapması gerekir. Şayet bu ilaç reçeteyle satılan ilaçlardan değilse eczacının aydınlatma borcu daha da önem kazanır. Bu konuda bilgilendirilmeyen hasta bozulan ilaçtan zarar görürse hekimden ve eczacıdan zararın tazminini isteyebilir.

²²⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.70.

hastasına yetişkinlere uygun dozda bir öksürük şurubu yazdığı halde eczacı hastaya aynı şurubun çocuklara yönelik ve yarı yarıya düşük dozda olanını vermişse eksik ifadan değil ayıplı maldan söz edilir.

Hekimin reçete ettiği ilacın yerine başka bir ilacın verilmesi veya hastanın eczacıdan istediği reçetesiz ilaçtan başka bir ilacı vermesi durumunda ayıptan değil aliudtan söz edilir. Böyle bir durumda sözleşme hiç ifa edilmemiş olur.

bb. Ayıbın Önemli Olması

Ayıplı mal kavramı 4077 sayılı TKHK m.4/1 ve 6502 sayılı TKHK m.8'de tanımlanmıştır. Bir ilaç prospektüsünde yazan ve hasta için makul olarak beklenen özellikleri taşıyorsa ilaçtaki ayıbın önemli olduğunu kabul etmek gerekir.

Hekimin ilaç olarak reçeteye yazdığı veya eczacının eczanede ilaç diye sattığı maddenin Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'ne göre ruhsatlandırılmış olması gerektiği halde ruhsatlandırılmamış olduğu durumda bir hukuki ayıbın olduğunu kabul etmek gerekir.

İlaç, hastanın iyileşmesi için gereken özellikleri taşımakla birlikte sözelimi bir parti ilacın kutusunun rengi diğerlerine kıyasla daha soluksa ilaçta önemli bir ayıp olduğundan bahsedilemez²²¹. Böyle bir farklılık ilacın kullanım amacına veya ilaçtan beklenen etkiyi etkilemeyecektir.

cc. Ayıbın Bildirim Süresi İçinde Eczacıya Bildirilmesi

4077 sayılı TKHK'de tüketiciye malı muayene yükümlülüğü yüklenmemekle birlikte ayıplı malın teslim tarihinden itibaren otuz gün içinde satıcıya bildirim yükümlülüğü yüklemiştir (m.4/2). 6502 sayılı TKHK m.10'da malın tesliminden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların malın teslim tarihinde var olduğu düzenlenmiştir. Her iki düzenlemenin istisnası tüketicinin ayıplı bilerek yaptığı alımlardır. Ancak ilaçla ilgili durumlarda bu istisnanın

²²¹ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s.112 ve dn.49.

uygulanması uygun değildir. Ayıplı bir ilaçtaki ayıbın bilinerek alınması tüketicinin sağlığını tehdit etmekle birlikte kişilik haklarını da zedeler. Ayrıca Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelik m.21’de miadı dolmuş ilaçların eczanelerde tutulması yasaklanmıştır.

Gerek 4077 sayılı gerekse 6502 sayılı TKHK, ayıbın satıcıya bildirilmesi için tüketicinin lehine uzatılmış süreler öngörmekte ise de bu süreler ayıplı ilaç kullanan tüketicinin yararına olmayabilir. Söz gelimi, ayıplı olduğu için zehirli etkisi artan ilacı kullanan hasta gün be gün zehirlenmekteyken kanunda öngörülen sürenin sonuna kadar beklemesi hem kişilik hakkıyla bağdaşmaz hem de TMK m.2’deki dürüstlük kuralına aykırıdır. Hastanın böyle bir kusuru zararın artmasına sebep olur.

c. Tüketicinin (Hastanın) Seçimlik Hakları

Ayıplı maldan dolayı tüketicinin malın tesliminden itibaren 30 gün içinde satıcıya hem üreticiye yöneltebileceği 6502 sayılı TKHK m.11’den doğan seçimlik hakları vardır. Genel olarak tüketicinin bu seçimlik hakları 4 tanedir: 1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme; 2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme; 3. Bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme; 4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.

6502 sayılı TKHK m.11/3’te dört seçimlik hakkın kullanımıyla ilgili 4077 sayılı TKHK m.4’tekenden farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre ayıplı malın onarımı veya ayıpsız misliyle değiştirilmesi satıcı için orantısız güçlükler doğurması halinde tüketici sözleşmeden dönebilir veya ayıp oranında bedel indirimi isteyebilir. Madde gerekçesine göre onarım veya ayıpsız misliyle değişim imkânsız olabilir; imkânsız olmasa bile satıcı bakımından orantısız güçlükler getirebilir. Bu durumda tüketicinin diğer seçimlik haklardan birini kullanması gerekir. Orantısız güçlüğü tespitinde, fıkranın son cümlesine göre, malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer

seçimlik haklara başvurmanın tüketici bakımından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi kriterler dikkate alınır.

İlaçtaki ayıbın önemi hastanın sağlığını tehdit edecek boyutta olmasa bile hastanın sağlığına kavuşmasını geciktirecek boyutta olabilir. Bu durumda ayıplı ilacın iade edilerek sözleşmeden dönme, hastanın sağlığına kavuşmasını geciktirebilir ve hatta hastalığının daha da ağırlaşmasına; yeni zararlar doğmasına sebebiyet verebilir. Böyle bir durumdaki hastanın ayıplı ilacı iade ederek sözleşmeden dönme hakkını kullanması kişilik haklarına aykırıdır. Ayıplı ilacın onarılmasının da mümkün olamayacağından, böyle bir durumdaki hastanın, ayıplı ilacın ayıpsızıyla değişimini isteme hakkından başka seçimlik haklara başvurması beklenemez. Yine de bu durumu hastanın aleyhinde yorumlamamakta fayda vardır. Ayıplı ilacı kullanan hastanın bundan zarar görmesi neticesinde üreticiye olan güveni sarsılmış olacağından aynı üreticinin ürettiği ilacı kullanmayı istemeyebilir. Bu durumda hastanın sözleşmeden dönme hakkını kullanmasında hukuki menfaatinin olacağı kanısındayız.

Hasta, seçimlik haklarının yanında tazminat talebinde de bulunabilir (6502 sayılı TKHK m.11/6).

D. Eczacının Haksız Fiil Sorumluluğu

1. Eczacının Kusura Dayalı Sorumluluğu

Eczacı, kural olarak kusurlu ve hukuka aykırı her tür eylemiyle başkalarına verdiği zarardan sorumludur (TBK m.49). Eczacının sözleşmeden doğan sorumluluğundan bahsederken verdiğimiz örneklerin çoğu aynı zamanda bir haksız fiil niteliğindedir. Örneğin hekimin hazırladığı reçetede bulunan ilaçların doğru olarak hastaya sunulmaması sözleşmeye aykırı bir davranış olmakla birlikte bunun doğurduğu zarar aynı zamanda eczacının haksız fiil sorumluluğuna yol açabilir.

Eczacının haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağının mevcudiyeti

gerekmektedir. Bu unsurların varlığını kanıtlamak ise zarar görene düşer (TBK m.50/1); ancak hekimin haksız fiil sorumluluğunda²²² bahsettiğimiz gibi burada da delillere hâkimiyet prensibinden söz edilmesi mümkün bir durum söz konusu²²³ ise bu durumda ispat yükü eczacıya geçer. Haksız fiilin unsurlarında eksiklik varsa bu durumda haksız fiilden bahsedilemez. Örneğin illiyet bağının mücbir sebepten dolayı kesilmesi halinde sorumluluk doğmaz. Bir yerleşim yerindeki tüm eczaneler tsunamide zarar gördüğü için ilaç satamaz hale gelirse ilaç kullanmadığı için tedavisi geciken veya hastalığı ağırlaşan hasta eczacıdan zararını tazmin edemez.

Eczacının sözleşmeye aykırı davranışı aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ediyorsa bu durumda eczacının haksız fiil sorumluluğuyla sözleşmeye dayalı sorumluluğu yarışır²²⁴.

Haksız fiile başvurulduğu vakit hemen yukarıda bahsettiğimiz üzere ispat yükü kural olarak TBK m.50'ye göre iddia sahibine düşer; ancak sözleşmeye aykırı davranıştan söz ediliyorsa TBK m.112'ye göre bu defa eczacı sözleşmeye uygun davrandığını ispat etmek zorunda kalacaktır.

Zararın haksız fiile dayandırıldığı durumlarda şayet zarara yardımcı kişiler sebep olmuşsa bu durumda TBK m.66/2'ye göre yardımcı kişiyi seçme, talimat verme, gözetleme ve denetlemede gereken özeni gösterdiğini ispat etmekle sorumluluktan kurtulacaktır. Sözleşmesel sorumlulukta ise eczacı, kural olarak yardımcı kişinin sözleşmenin ifası sırasında karşı tarafa verdiği zararı tazminle yükümlüdür (TBK m.116/1).

²²² Bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2, b.

²²³ Söz gelimi soğuk zincire tabi bir aşı hastaya satılmadan evvel soğuk zincir kurallarına aykırı biçimde muhafaza edilmişse ve hasta bundan zarar gördüyse hastanın ilacın soğuk zincir kurallarına aykırı muhafaza edildiğini kanıtlaması son derece güçtür. Böyle bir durumda ispat yükünün eczacıya geçmesinin ve eczacının bu aşırı soğuk zincir kurallarına uygun şartlarda eczanesine kabul ve muhafaza ettiğini ispatlamasının daha isabetli olacağı kanısındayız. (Soğuk zincir, sıcaklık kontrollü bir ürün tedarik zinciridir. Yükleme ve dağıtım aşamalarında ürünün kesintisiz olarak belirlenen sıcaklık aralıklarında tutulması, soğuk zincirin kırılmamasını ifade eder. Soğuk zincir, taze tarımsal ürünlerin, deniz ürünlerinin, dondurulmuş gıdaların, fotoğraf filmlerinin, kimyasalların ve ilaçların raf ömrünü uzatmak için kullanılır. Sıcaklık aralığı genellikle 2 ila 8 C derecedir. http://en.wikipedia.org/wiki/Cold_chain, 8.12.2013.)

²²⁴ Bkz. Dördüncü Bölüm, IV.

2. Mesûl Müdür Eczacının Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu

a. Eczacının İfa Yardımcıları

Serbest eczane açma ve bunlarda mesûl müdür olma hakkı münhasıran eczacılara tanınmıştır (6197 sayılı kanun m.1/2). Bu kişilerin yanı sıra eczanelerde yardımcı eczacılar veya ikinci eczacılar da istihdam edilebilmektedir (m.5). M.5/9'a göre serbest eczane açmak isteyen veya serbest eczanelerde mesûl müdür olmak isteyen kişilerin bir yıl süreyle hizmet sözleşmesiyle bağlı olarak bir eczacıyla birlikte yardımcı eczacılık yapması gerekmektedir. Hastane eczanelerinde veya serbest eczanelerde ikinci eczacı olarak çalışan kişiler bu şartı yerine getirmiş sayılırlar. Serbest eczacının yirmi dört saatten fazla eczanede olamayacağı durumlarda onun yerine ikinci eczacı bulunur (m.35/2). Serbest eczanelerde reçete sayısı veya ciro kriterlerine göre ikinci eczacı çalıştırılması zorunludur (m.5/8). Son olarak 1219 sayılı kanun geçici m.7/3 ve 7/9'da belirtilen şartları taşıyan kişiler eczane teknikeri yetkisiyle çalışabilir.

Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelik m.30'a göre eczanede çalışan kişiler mesûl müdürün sorumluluğu altında çalışmakta olup çalışan personelin kaydı bir defterde tutulur.

Yukarıdaki düzenlemeler gösteriyor ki bir serbest eczanede işçi istihdam edilmesi perakende satış yapan herhangi bir işyerinin işçi istihdam etmesinden çok daha nitelikli şartlar gerektirmektedir. Her ilacın bir zehir olduğu düşünüldüğünde bunun son derece isabetli bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır.

Serbest eczanede görev yapan serbest eczacı, ikinci eczacı ve yardımcı eczacı, eczacılık fakültesi mezunu kişiler olsalar da eczane teknikerleri öyle değildir. Bununla beraber serbest eczacının sorumluluğu altında çalışan eczacı teknikeri tıpkı ikinci eczacı ve yardımcı eczacı gibi haksız fiilden dolayı sorumlu olacaktır.

b. Sorumluluğun Şartları

İkinci eczacının, yardımcı eczacının veya eczacı teknikerinin hastaya verdiği zarardan dolayı serbest eczacının kusursuz sorumluluğu söz konusu olacaktır. Burada zarar haksız fiilden kaynaklandığı için TBK m.66'ya göre adam çalıştıranın sorumluluğu söz konusu olur. Bu durumda zarara sebebiyet veren yardımcı kişinin kusur sorumluluğu devam etmekle beraber serbest eczacının da TBK m.66'ya göre kusursuz sorumluluğu gündeme gelir.

İkinci eczacı, yardımcı eczacı veya eczacı teknikeri için yapılması sırasında başkalarına zarar verirse bu durumda TBK m.66'ya göre serbest eczacının kusursuz sorumluluğu söz konusu olur. Burada zarar gören kişi hasta olabileceği gibi hasta yakını veya bir başka üçüncü şahıs da olabilir zira buradaki sorumluluktan bahsedilebilmesi için bir sözleşmenin varlığı aranmaz. İfa yardımcısının haksız fiil teşkil eden bir davranışıyla bir kişiye zarar vermesi yeterlidir.

Serbest eczacının TBK m.66'dan kaynaklanan kusursuz sorumluluğunda çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken gerekli özeni gösterdiğini ve eczanenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önleme elverişli olduğunu ispat etmesi halinde sorumluluğu ortadan kalkar²²⁵.

Şayet borçlu borcun bir olağanüstü hal, mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru veya üçüncü kişinin ağır kusurundan dolayı ifa edilemediğini ispat ederse bu durumda borcun ifa edilememesinin kendisinin veya ifa yardımcısının kusurundan dolayı kaynaklanmadığını da ispat etmiş olur²²⁶.

²²⁵ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.117.

²²⁶ Bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2, d, bb.

II. İLAÇ ÜRETİCİSİNİN SORUMLULUĞU

A. Sorumlular

1. Genel Olarak

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3'te üretici ve ithalatçı kavramları düzenlenmiştir. M.8'de de üretici ve ithalatçının satıcıyla birlikte müteselsilen sorumlu olduğu haller düzenlenmiştir.

Beşeri Tıbbi Ürünlerin İmalathaneleri Hakkında Yönetmelik²²⁷ m.4/d bendinde imalatçı ve ithalatçı: *"İmalatçı/İthalatçı: Klinik araştırması yapılan ürünler de dahil, beşeri tıbbi ürünlerin imalat ya da ithalat yetkisini elinde bulunduran gerçek ya da tüzel kişi"* olarak tanımlanmıştır.

Bu bölümde ilaç üreticisinin sorumluluğunu incelemeyen önce ilaç üreticisinin yanı sıra görünüşteki üretici²²⁸ olan ithalatçıdan ve ecza depolarından bahsedeceğiz.

2. İlaç İmalatçısı

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/n bendinde üretici, *"Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal ya da bu malların hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine markasını, unvanını veya herhangi bir ayırt edici işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren gerçek veya tüzel kişi"* olarak tanımlanmıştır²²⁹. Beşeri Tıbbi Ürünlerin İmalathaneleri Hakkında Yönetmelik m.4/d bendine göre de ilaç imalatçısı, klinik araştırması yapılan ürünler de dahil, beşeri tıbbi ürünlerin imalat yetkisini elinde bulunduran gerçek veya tüzel kişilerdir.

²²⁷ RG 27.4.2013, S.28630.

²²⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 1.

²²⁹ Bu kanundaki üretici kavramı tanımıyla 4077 sayılı TKHK'deki üretici kavramı arasında esaslı bir değişiklik yoktur. Terminoloji olarak 4077 sayılı kanunda arapça kökenli olan "imalatçı" ve Türkçe bir sözcük olan "üretici" kavramları birlikte kullanılırken 6502 sayılı kanunda yalnızca "üretici" kavramına yer verilmiştir.

İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m.10'a göre ruhsat alınarak piyasaya sunulan yerli ilaçların saflığından veya formülüne uygun olarak imal edilmesinden imalatçı sorumludur. Ancak madde metninde ruhsat başvurusundan bahsedilse de kimi ilaçlar ruhsata tabi olmaksızın piyasaya sunulabilen; kimi ilaçlarsa mevzuata aykırı olarak, ruhsat alınması gerektiği halde ruhsat alınmaksızın piyasaya sunulabilir veya ruhsat süresi dolduğu halde piyasada tutulabilir. Bu sebeple ruhsat başvurusu yapan yerine ilacı kendi adı altında piyasaya sunanın sorumluluğundan bahsetmek daha isabetli olacaktır²³⁰.

Bir ilacı, ilacın hammaddesini veya ilacın ara ürünlerini üretenler gerçek üretici; ilacı üretmediği halde ilacı üretmiş gibi kendi adı veya markası altında piyasa sunanlar görünüşteki üretici olarak adlandırılmaktadır²³¹.

Gerçek üretici, ilacı kendi nam ve hesabına üreten kişidir. Gerçek üreticinin ifa yardımcıları, ilacı kendi nam ve hesaplarına üretmedikleri; tam tersine işverene hizmet sözleşmesiyle bağlı olarak işveren adına ürettikleri için imalatçı sayılmazlar²³². Bununla beraber gerçek üreticinin kendi üretmeyip üçüncü kişiden temin ettiği hammadde ve ara ürünlerden dolayı da sorumluluğu bulunmaktadır²³³.

Fason imalat²³⁴ yapan üreticiler gerçek üretici; kendi adına fason imalat yaptırılanlar da görünüşteki üretici konumundadır²³⁵. Görünüşteki üretici, ilacı kendi üretmediği halde başkasının ürettiği bir ilacın üzerine kendi

²³⁰ PETEK, İlaç, s.146; AKÇAAL, Mehmet, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu; Ankara Barosu Dergisi, S.2012/3, s.270.

²³¹ PETEK, İlaç, s.145; HAVUTÇU, Ayşe, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, s.89, 90; KIRCA, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s.204.

²³² PETEK, İlaç, s.145; KIRCA, s.204.

²³³ PETEK, İlaç, s.145; HAVUTÇU, s.90; KIRCA, s.204.

²³⁴ "... kendisi bir malı üretmese bile başkalarına 'fason imalat' denilen yolla ürettirerek, ürünün piyasaya sürülmesi aşamasında, ürünün üzerine kendi ayırıcı işaretini, markasını veya unvanını yerleştiren kişiler de imalatçı-üretici sayılmıştır.". ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, s.88; DERYAL, Yahya, Tüketici Hukuku, Ankara 2008, s.79.

²³⁵ Beşeri Tıbbi Ürünlerin İmalathaneleri Hakkında Yönetmelik m.2/a bendinde Yönetmeliğin fason işlem yapan ilaç üreticilerini de kapsadığı belirtilmiş ve ayrıca m.20'de fason işlemlerin hangi çerçevede yürütüleceği düzenlenmiştir.

üretmiş gibi kendi markasını koyarak üçüncü kişilere karşı kendi ürettiği izlenimini verenlerdir²³⁶.

3. İlaç İthalatçısı

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/e bendinde ithalatçı, “*Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını yurt dışından getirerek satışa sunan gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır²³⁷. Beşeri Tıbbi Ürünlerin İmalathaneleri Hakkında Yönetmelik m.4/d bendine göre de ilaç ithalatçısı, klinik araştırması yapılan ürünler de dahil, beşeri tıbbi ürünlerin ithalat yetkisini elinde bulunduran gerçek veya tüzel kişilerdir.

İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m.10’a göre yabancı ülkeden ithal edilen ilaçların saflığı ve formülüne uygun üretilmesinden ithalat izni talep eden sorumludur²³⁸. Üreticinin sorumluluğuna genel anlamda bakıldığında da ithalatçı üretici gibi sorumlu tutulmalıdır. Böylelikle ithal ilaçtan zarar gören kişinin, yabancı ülkedeki üreticiyi bulmak ve ona dava yöneltmek için karşılaşacağı zorluklar bertaraf edilmiş olur. Bunun yanında yabancı ülkedeki ithalatçının tespit edilemediği durumlarda, ithalatçının üreticinin kim olduğunu zarar görene bildirerek sorumluluktan kurtulmasına

²³⁶ PETEK, İlaç, s.145.

²³⁷ 4077 sayılı TKHK’deki ithalatçı tanımında, basit bir şekilde, tüketiciye sunulmuş mal ve hizmeti yurt dışından getiren kişiden bahsedilmekteyken 6502 sayılı TKHK’de mal ve hizmetleri ithal ederek “*satım, kira, finansal kiralama veya benzeri bir yolla piyasaya süren*” ifadesi kullanılarak daha ayrıntılı bir tanıma yer verilmiştir.

²³⁸ Madde metninde “*ithal müsaadesi talepten önce vermiş olan vekilleri*” ifadesi kullanılmış olsa da bu maddeye uymamanın müeyyidesini düzenleyen 23.1.2008 tarih 5728 sayılı Kanun’un 42’nci maddesiyle değişik m.18’de “*10 uncu maddede yazılı tahlil neticesinde, müstahzarların terkinde bulunan maddelerin saf olmadığı veya ruhsat almak için verilmiş olan formüle uymadığı veya müstahzarın tedavi vasıflarını azaltacak veya kaybedecek surette imal edilmiş olduğu anlaşılırsa, fiil suç oluşturmadığı takdirde, ruhsat sahibi ve müstahzarların bu şekilde imal edildiğini bilerek satan, satışa arzeden veya sattıranlara bin Türk Lirasından yirmibeşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir; ayrıca, ruhsatname geri alınır.*” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Her ne kadar 10’uncu maddede başvuruyu yapanın vekillerinden bahsedilse de müeyyideyi düzenleyen 18’inci maddede sorumluluk ruhsat sahibine yüklenmiştir.

imkân tanınmamalıdır²³⁹. Tazminat ödemeye mahkum olan ithalatçı, şartları oluşmuşsa, yabancı ülkedeki üreticiye veya lisans sahibine rücu edebilir²⁴⁰.

4. Ecza Deposu

4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun m.3/h'ye göre ürünün tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri ürünün güvenliğine ilişkin özelliklerini etkilemeyen gerçek veya tüzel kişiler "dağıtıcı" olarak tanımlanmıştır. Ecza depoları da eczaneler gibi ilaçların tedarik zincirinde yer almakla birlikte ürünün güvenliğine ilişkin özelliklerini etkilemeyen kişilerdir. Eczanenin sorumluluğunu incelerken eczaneye hasta arasında bir satış sözleşmesine vurgu yapılmakta ise de ecza deposuyla hasta arasında bir satış sözleşmesi yoktur; ancak 4703 sayılı Kanun'a göre dağıtıcıdır. Bu kişilerin sorumluluğuna yalnızca TBK m.49 çerçevesinde başvurulabilir²⁴¹.

İlaç üreticisinin, ithalatçısının veya ruhsat sahibinin tespiti konusunda hukukumuzda çok ayrıntılı düzenlemeler olması sebebiyle bu kişilerin tespit edilememesi kural olarak mümkün değildir. Sorumlunun tespit edilememesi ihtimali gerçekleşse dahi ilacın üreticisini veya ilacı sağlayan kişileri zarar görene makul bir süre içinde bildirmediği ilacın tüm dağıtıcılarının üretici gibi sorumlu tutulabilmesi gerekebilir²⁴². Bunun dışında, ilacın hatalı olarak piyasaya sürüldüğünü veya hatayı bilmesi gereken dağıtıcıların TBK m.49'a göre şahsen; yardımcı şahıslarının zarara yol açan eylemlerinden ise m.66'ya göre adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulmaları mümkündür²⁴³.

²³⁹ PETEK, İlaç, s.150; HAVUTÇU, s.91.

²⁴⁰ PETEK, İlaç, s.151.

²⁴¹ AKÇAAL, s.270, dn.105.

²⁴² PETEK, İlaç, s.154. "Suça konu "Rocephin" adli ilacın "Roche" firması imalatı olmaması karşısında, sanığın ibraz ettiği faturalarda adı geçen ecza deposu mesulleri dinlenerek, bahse konu ilaçları nerelerden temin ettikleri sorulup, gerektiğinde zincirleme araştırma da yaptırılarak tesbiti ve bu kişilerin ticari defterleriyle muhasebe kayıtları incelenilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekir...". Y.6.CD. E:1993/2535, K:1993/3970, T.29.4.1993, Corpus İçtihat Veritabanı, 18.10.2013.

²⁴³ PETEK, İlaç, s.154.

B. Sorumluluğun Niteliği

İlaç firmasının ilahtan kaynaklanan hukuki sorumluluğunun niteliğine ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar pek çok görüş bulunmaktaydı²⁴⁴. TBK'nin yürürlüğe girmesiyle beraber bir takım özel durumların düzenlenmesi dışında hukukumuzda yer almayan "tehlike sorumluluğu" müessesesi de hukukumuzda genel bir düzenleme bulmuş oldu²⁴⁵.

6502 sayılı TKHK m.11'e göre ilaç firmasının ayıplı maldan sorumluluğunun yanı sıra bu maddede sayılan seçimlik haklarla birlikte tüketiciye tazminat ödemesi de mümkündür.

1. Tehlike Sorumluluğu

a. Genel Olarak

Modern yaşamın doğurduğu ihtiyaçlar, bazı işletmelerin faaliyetlerinin içerdiği tehlikeye rağmen işletmenin faaliyetinin sürdürülmesine izin vermektedir. Bu tip işletme faaliyetleri insanlığın yararına ve hatta vazgeçilmez²⁴⁶ olmakla birlikte belli oranda tehlikeler de yaratmaktadır²⁴⁷. Bu tip faaliyetler taşıdığı tehlikeye rağmen yasaklanmamakta; hatta bunların daha da geliştirilmesi için büyük çaba harcanmaktadır. Ancak bu tip faaliyetlerin ortaya çıkardığı zarar kusursuz sorumluğa dayandırılarak, toplumsal yarar gözetilirken bireyin uğrayacağı zarar dengelenmeye

²⁴⁴ AKÇAAL, s.263 vd.; BAŞPINAR, s.89 vd.; PETEK, İlaç, s.75 vd.

²⁴⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.71: "Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleyen müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler."

²⁴⁶ YILMAZ, Hamdi, "Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu- Hukuk Genel Kurulu Kararı- Tehlike Sorumluluğu", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2008/1, s.338.

²⁴⁷ BAŞPINAR, s.99.

çalışılmaktadır²⁴⁸. Bu tehlikelerin yarattığı zararda sorumlunun kusurlu olup olmaması, özen borcuna uygun davranıp davranmaması önemli değildir; çünkü mümkün olan tüm önlemler alınsa dahi işletmenin başkalarına zarar verme ihtimali vardır. Bu sebeple işletmenin potansiyel tehlikesinin gerçekleşerek zarara sebebiyet vermesi tehlike sorumluluğunun doğması için yeterlidir²⁴⁹.

Çevremizde olup biten her şey, her faaliyet bir ölçüde tehlike taşımaktadır. Bir aracın veya bir nükleer santralin tehlike taşıması gibi yoldaki çukurun ya da bir taşın da tehlike taşıdığından söz edilebilir²⁵⁰. Ancak tehlike sorumluluğundan bahsederken tehlikenin iki özel görünüş biçiminden bahsedilmektedir²⁵¹. Gerçekten de TBK m.71'de düzenlenen tehlike sorumluluğunda önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin tehlike arz eden faaliyetlerinden doğan zarardan bahsedilmiş ve ikinci fıkrasında bu tehlikenin iki özel görünüm biçimi tarif edilmiştir. Buna göre söz konusu faaliyette uzman bir kişiden beklenen tüm özen gösterilse bile tehlikenin sıklıkla gerçekleşmeye veya sıklıkla gerçekleşmese bile ağır zararlara yol açmaya elverişli olduğu tespit edilirse bu işletmenin önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğundan bahsedilebilir.

İlaç üreticisinin de sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak kabul edilebilir²⁵². Gerçekten de ilaç üreticisi üretimini ne kadar katı kurallara dayanarak yapsa ve ne kadar büyük bir özen de gösterse; ilacın faz çalışmalarından olumlu sonuç da alsın ilacın piyasaya sunulmasından sonra öngörülemediği bazı zararların meydana gelme ihtimali vardır. Bu durum ilaç üreticisini m.71'de kullanılan ifadeyle "önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme" konumuna sokmaktadır. Buradaki tehlikenin gerçekleşmesi, ilaç firmasından beklenen tüm özen gösterilse bile ağır zararlara yol açar. Kaldı ki tehlike sorumluluğunda gereken tüm önlemlerin alınması veya zarara bir

²⁴⁸ YILMAZ, Hamdi, s.338.

²⁴⁹ PETEK, İlaç, s.96; HAVUTÇU, s.95; EREN, s.462.

²⁵⁰ YILMAZ, Hamdi, s.338.

²⁵¹ YILMAZ, Hamdi, s.338.

²⁵² BAŞPINAR, s.100; AKÇAAL, s.268.

insan davranışının yol açmaması sorumluluğa etki etmez²⁵³. İlaç üreticisi, faaliyet için gereken tüm izinleri almış olsa dahi işletmenin faaliyetiyle ilgili böyle bir zarar gerçekleştiğinde ilaç firmasının buna katlanması gerekir²⁵⁴.

b. Tehlike Sorumluluğunun Şartları

aa. Genel Olarak

Tehlike sorumluluğunun TBK m.71'deki düzenleniş şeklini göz önünde bulundurarak tehlike sorumluluğunun şartlarını önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti, zarar, illiyet bağı şeklinde saymamız mümkündür.

bb. Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden Bir İşletme Faaliyeti: İlacın Piyasaya Sürülmesi

TBK m.71/2'de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme kavramı tanımlanmıştır. Şayet işletmenin mahiyeti veya faaliyetinde kullanılan malzeme, araçlar veya güçler göz önüne alındığında bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılıyorsa bu işletmenin önemli ölçüde tehlike arz ettiği kabul edilir. Ancak buradaki tehlike arz etme olgusunun somut olay bakımından değil işletmenin niteliği ve faaliyeti nedeniyle sürekli olarak tehlike yaratmaya yatkın olması gerekir²⁵⁵. Böyle bir işletme faaliyetinden zarar gören kişinin işletmenin kusurlu olduğunu ispat etmesine gerek yoktur; işletmenin faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arz ettiğini ispat etmesi yeterlidir.

²⁵³ YILMAZ, Hamdi, s.338.

²⁵⁴ “(..)Konuyla ilgili "Elektronik Haberleşme Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddetinin Uluslararası Standartlara Göre Maruziyet Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Kontrolü ve Denetimi Hakkında Yönetmelikte" bir kısım usul ve esasa dair düzenlemelere yer verilmiş olup, Yönetmeliğin 12. maddesinde ölçüm yapacak personelin nitelikleri belirtilmiş ve 11. maddesinde de ölçümde kullanılacak cihazların ne olacağı belirtildikten sonra nitelikleri ve özellikleri sayılmıştır. Oysa ki; çekişme konusu baz istasyonlarının yaydığı radyasyonun, yönetmelikte belirtilen sınır değerlerinin altında bile olsa davaya konu sorumluluğun, kusura dayanmayan tehlike sorumluluğu olduğu gözetildiğinde...”. Y.1.HD E:2013/2371, K:2013/3777 K 19.3.2013 T. Corpus İçtihat Veritabanı, 19.10.2013.

²⁵⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.192.

İlaç üreticisinin durumuna baktığımızda ilaç üreticisinin önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğunun kabulü gerekir. İlaç üreticisi kendi başına tehlike arz etmemekle beraber ilaç üreticisinin faaliyeti önemli ölçüde tehlike arz etmektedir; çünkü insan bedenine giren farklı oranlardaki kimyasal veya biyolojik maddelerin iyileştirici etkilerinin yanı sıra izin verilen oranda yan etkilerinin de olduğu kabul edilmektedir. İlacın bazı etkilerininse piyasaya sunulduğu günkü teknik seviye çerçevesinde tespit edilemeyip piyasaya sunulduktan sonra elde edilen bazı verilerle tespit edilmesi olasıdır. Bu durumda ilaç piyasaya sunulduğu tarihteki bilimsel verilere göre hatalı olmasa da daha ileriki tarihlerde elde edilen bilimsel verilerle hatalı olduğu ortaya çıkabilir²⁵⁶.

cc. Zarar

İlaç firması, ürünü piyasaya sunduktan sonra ürün artık neredeyse serbestçe piyasada dolaşan bir hal alır. Üretici, üretim aşamasında ne kadar yüksek derecede bir özen gösterirse gösterebilir bazen üreticinin test etme imkânı bulamayacağı farklı etkenler tek bir hastada toplanabilir ve güvenli gibi gözükken ilaç bu hastada zarar verici bir hâl alır²⁵⁷. İlacın meydana getirdiği zarar ilacın bileşimindeki bir hatadan, fabrikadaki üretim koşullarından, ilacın kutusundaki veya prospektüsündeki uyarılardaki²⁵⁸ bir hatadan kaynaklanabilir.

Yukarıda sayılanlardan hiçbiri gerçekleşmemiş olsa bile güvenli kabul edilen ilacın teknolojinin gelişmesiyle birlikte yapılan yeni incelemelerde aslında güvensiz olduğu veya ilaca özgü farklı durumların-etkileşimlerin tespit edilmesiyle ilacın güvenilirliği sorgulanır hale gelebilir. Böyle bir durumda da ilaç üreticisinin tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğünden²⁵⁹ bahsedilmekte ise

²⁵⁶ Bu tip hataya doktrinde “gelişim hatası” adı verilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. PETEK İlaç, s.199.

²⁵⁷ Greyfurt suyuyla ilaç etkileşimi için bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2, a, cc.

²⁵⁸ İlaç prospektüslerindeki uyarılar ilacın güvenilirliği açısından çok önemli olmakla birlikte reçeteye tabi olmayan ilaçlarda bu önem artmaktadır. Bu tip ilaçların satışında her ne kadar eczacının aydınlatma yükümlülüğünün reçeteye tabi ilaçlardakine oranla daha geniş olduğundan bahsetsek de reçeteye tabi olmayan ilaçların prospektüslerinin de reçeteye tabi olan ilaçlardakine oranla günlük dilde daha anlaşılır yazılması son derece önemlidir. Aynı görüşte bkz. ÖZEL/ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s.340.

²⁵⁹ HAVUTÇU, s.29; DEMİR, İlaç, s.116; AKÇAAL, s.276.

de ilaç üreticisi bakımından TBK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte tehlike sorumluluğu gündeme geldiğinden ilaç üreticisinin tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığını araştırmaya, kanımızca lüzum yoktur²⁶⁰. Kaldı ki mevcut teknolojik gelişmişlik düzeyinde güvenli kabul edilen bir ilacın hatası bilimsel olarak tespit edilmeden önce de zarara sebebiyet verebilir. Böyle bir durumda sorumluluğun kusura dayandırılması hakkaniyete uygun olmayan neticeler doğurabilir.

İlacın kendi yapısından ileri gelen, bir başka deyişle ilacın prospektüsünde belirtilen etkilerden ilaç üreticisi sorumlu tutulamaz. Örneğin bir Yargıtay kararında²⁶¹ ağrı kesici olarak kullanılan ilacın sindirim sistemi hassasiyeti olan kişilerde dikkatli kullanılması ve hatta mümkünse kullanımından kaçınılması gerektiği; bunun bilinen bir yan etki olduğu belirtilmiştir. Böyle bir durumda hastanın mide kanaması geçirmesinden ilaç üreticisi veya eczacının sorumluluğu olmamakla birlikte müdavi hekimin sorumluluğundan bahsedilebilir²⁶².

dd. İlliyet Bağı

İlaç üreticisinin sorumluluğundan bahsedebilmek için ilaç üreticisinin piyasaya sunduğu ilaçla meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağıının bulunması gerekir. Bir başka deyişle meydana gelen zararın söz konusu ilaçtan kaynaklanması gerekir. Şayet burada illiyet bağıını kesen bir durum varsa; örneğin zarara hastanın hatası, ecza deposundaki-eczanedeki elverişsiz muhafaza koşulları veya hekimin tedaviyi hatalı planlaması gibi bir etken sebep olmuşsa bu durumda uygun illiyet bağıının varlığından söz edilemez.

²⁶⁰ Tehlike sorumluluğuna ilişkin TBK m.71 metninden de anlaşılacağı üzere tehlike sorumluluğunun gerçekleşmesi için önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyetinden kaynaklı bir zararın doğması yeterli olup işletmenin bu zarara kusuruyla sebep olup olmadığına bakılmaz.

²⁶¹ Y.13.HD E:2006/10057, K:2006/13847, T.19.10.2006, Corpus İçtihat Veritabanı, 20.10.2013.

²⁶² Ayrıca bkz. AKKANAT, s.81.

2. Tüketici Hukukundan Doğan Sorumluluk

a. Genel Olarak

İlaçtaki ayıbın TKHK'da belirtilen süre içerisinde bildirilmesi gerektiğine daha önce değinmiştik²⁶³. Bu bildirim yapıldıktan sonra hastanın ilacı satın aldığı eczaneye, imalatçıya, ithalatçıya karşı müteselsilen ileri sürebileceği seçimlik hakları²⁶⁴ bulunmaktadır. Hasta aynı zamanda bu sorumlulara TBK'dan doğan tazminat taleplerini de yöneltebilir (TKHK m.11/6). 4077 sayılı TKHK'da tazminata ilişkin düzenlemede (m.4/2) tüketicinin "*seçimlik haklarla birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat*" taleplerini de yöneltebileceği düzenlenmiştir. Yeni düzenlemede bu kadar ayrıntılı bir tanıma yer verilmemekle birlikte doğrudan 6098 sayılı TBK'ya atıf yapılmasının tüketicinin haklarında bir daralmaya yol açmayacağı kanısındayız.

6502 sayılı TKHK m.11/6 çerçevesinde talep edilecek tazminat, esasen ayıptan sorumluluktan doğar. Üreticiden tazminat talep edebilmek için ayıptan sorumluluğun şartlarının da oluşması gerekir²⁶⁵. Doktrinde, tazminata ilişkin bu düzenlemenin, üreticinin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme olmadığı; genel hükümler kapsamında, asıl tazminat borçlusu sayılan satıcının yanında üreticinin de müteselsilen sorumlu tutulduğu bir düzenleme olduğu savunulmaktadır²⁶⁶. Bu durumda 4077 sayılı TKHK m.4'teki düzenleme göz önünde bulundurulduğunda bir ilaç hatasız biçimde üretilip piyasaya sürüldükten sonra ecza deposundaki veya eczanedeki elverişsiz saklama koşullarından dolayı bozulup ayıplı hale gelse dahi üretici ayıptan sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olacaktır²⁶⁷.

²⁶³ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, C, 3, a.

²⁶⁴ Bu seçimlik haklar için bkz. Üçüncü Bölüm, I, C, 3, c ve ayrıca II, B, 2,b.

²⁶⁵ PETEK, İlaç, s.102.

²⁶⁶ AKÇURA KARAMAN, Tuba, Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, s.47-48.

²⁶⁷ PETEK, İlaç, s.103, HAVUTÇU, s.119. Bu düzenlemede, tüketicinin zararını gerçek sorumlu olan satıcıdan tazmin edememesi ihtimaline karşı üretici de müteselsil sorumlu tutulmaktadır. Kanun koyucunun amacı burada ürün güvenliği ve toplumun güvenliğini korumak değil ürünü kullananların üründen elde

İlaç üreticisini ayıptan dolayı sorumlu kılan düzenlemeye göre üreticiyi ayıptan sorumluluk hükümlerine göre sorumlu tutmanın bir başka sakıncası da ayıbı bildirme zorunluluğuyla ilgilidir. Ayıbı bildirme zorunluluğuna uygun davranmayan tüketici, ilaç firmasının sorumluluğuna gidemeyecektir. Oysa sözleşmesel menfaatlerde anlam kazanan ayıbı bildirme yükümlülüğünün üreticinin sorumluluğu hususunda bir anlamı olmadığı savunulmaktadır²⁶⁸.

4077 sayılı TKHK m.4'e göre üreticiden her türlü zararın tazmini değil yalnızca ilaçtan kaynaklanan ölüm, yaralanma ve diğer malların uğradığı zararın tazmini mümkündür²⁶⁹. Ancak 6502 sayılı TKHK'da doğrudan doğruya 6098 sayılı TBK'ya gönderme yapıldığından dolayı yeni kanunun uygulamasında TBK kapsamındaki her türlü zararın talep edilebileceği şeklinde geniş bir yorum yapmak daha anlamlı olur.

4077 sayılı TKHK m.4/2'nin son cümlesinde tazminat talep edilebilecek kişi olarak yalnızca satıcı ve imalatçının sayılması ülkemizdeki ilaçların çoğunluğunun yabancı ülkelerde üretilerek ülkemize ithal edildiği hususu göz önüne alındığında tüketicinin lehinde bir düzenleme değildir. Oysa 6502 sayılı TKHK m.11/2'de seçimlik hakların satıcı, üretici veya ithalatçıya da yöneltilebileceği düzenlendiğinden buna bağlı olarak açılacak tazminat davaları da üreticiye veya ithalatçıya yöneltilebilecektir. Maddenin son fıkrasından seçimlik hakların kullanılmasıyla doğan masrafların ve tazminat taleplerinin seçimlik hakkı yerine getirmesi istenen tarafça karşılanacağı anlamı çıkmakta ise de bu durumun 2'inci fıkradaki müteselsil sorumluluğu kaldırmayacağı kanısındayız. Bir başka deyişle zarar gören seçimlik hakkın yerine getirilmesinde eczacı, ithalatçı ve ilaç üreticisinin aynı anda sorumlu tutulabileceği gibi tazminattan da bu üç aktör müteselsilen sorumlu tutulabilir.

4077 sayılı TKHK m.18'de tüketicinin kullanımına sunulan mal ve hizmetlerin kişi beden ve ruh sağlığı ile çevreye zararlı veya tehlikeli

edemedikleri yarar nedeniyle zarara uğrayan subjektif menfaatlerini ve asıl olarak ekonomik menfaatlerini korumaktır. AKÇURA KARAMAN, s.47.

²⁶⁸ HAVUTÇU, s.119.

²⁶⁹ HAVUTÇU, s.118.

olabilmesi durumunda, bu malların emniyetle kullanılabilmesi için üzerine veya ekli kullanım kılavuzlarına, bu durumla ilgili açıklayıcı bilgi ve uyarılar, açıkça görülecek ve okunacak şekilde konulacağı veya yazılacağı düzenlenmiştir. 6502 sayılı TKHK’de buna karşılık gelen düzenleme m.55/3’tedir. Esasında bu husus Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliği’nde daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Yaptırım bakımındansa her iki mevzuatta da aykırılığın yaptırımını idari para cezasıdır.

Ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı tüketicinin maruz kaldığı zararlardan üreticinin sorumlu tutulabilmesi için Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik²⁷⁰ düzenlenmiştir. M. 6/1’e göre ayıplı maldan dolayı biri ölür, bedensel zarara uğrar veya bir mal zarar görürse zarara sebebiyet veren malın üreticisi, kusuru aranmaksızın zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Böyle bir durumda zarar görenin maldaki ayıbı, uğradığı zararı ve ayıpla zarar arasındaki illiyet bağıını ispat etmesi yeterli olup ayrıca üreticinin kusurunu ispat etmesi gerekmeyecektir. Zarara tüketici veya tüketicinin sorumlu olduğu bir kişi sebebiyet verirse imalatçının sorumluluğu kaldırılabilir veya azaltılabilir (Yönetmelik m.6/2).

Yönetmelik m.7’de üreticinin sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirmesi hususu düzenlenmiştir. Maddenin “a” bendine göre piyasaya sürülmemiş malın tüketiciye zarar vermesi halinde üretici sorumlu olmaz. Söz gelimi bir ilaç piyasaya sürülmeden önce tesadüfen tüketicinin eline geçer de bunu kullanan tüketici zarara uğrarsa üreticinin sorumluluğuna başvurulamaz.

M.7/b’ye göre üreticinin ürettiği mal satılmak gayesiyle veya ticari faaliyetlerin seyri sırasında üretilmemişse bu durumda da üretici bunu ispat ederek kurtuluş kanıtı getirmiş olur.

M.7/c’ye göre tüm hal ve şartlar göz önünde bulundurulduğunda, zarara sebebiyet veren ayıbın, mal piyasaya sürüldüğü sırada mevcut olmaması halinde üreticinin sorumluluğu ortadan kalkar. Eczanedeki veya

²⁷⁰ RG 13.6.2003, S.25137. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra, Geçici Madde 1/3’e göre, yönetmeliğin bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır.

hastanın evindeki elverişsiz saklama koşulları sebebiyle bozulan ilacın hastaya zarar vermesi böyledir. Aynı maddenin "d" bendine göre malın teknik düzenlemesinin²⁷¹ ayıba neden olduğunu kanıtlayan üretici sorumluluktan kurtulabilir.

M.7/e'de malın piyasaya sürüldüğü tarihteki bilimsel ve teknolojik bilgilerin ayıbın bilinmesine imkân vermediğini kanıtlayan üreticinin de sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmiştir. Bir ilacın piyasaya sürüldüğü tarihte mevcut bulunan bilimsel ve teknolojik bilgilerin ilahtaki ayıbın tespitine imkân vermemesi ihtimali her zaman için mümkündür. Bir maddenin ilaç olarak kullanabilmesi için yapılan klinik çalışmalar neticesinde ilaç ruhsatı alıp piyasaya sunulduktan sonra dahi ilaç üreticisi bu maddeyi kaderine terk etmez ve araştırmasına devam eder. Faz 4 çalışmaları denen bu evrede ilacın etkinliğinin daha geniş hasta kitlelerinde, ender rastlanılan yan etkilerin ve ilaç etkileşimlerinin gözlemlenmesi ve yeni tedavi etkileri için ipuçları aranması gibi çeşitli izleme çalışmaları söz konusudur²⁷². Bu da göstermektedir ki her ilaç piyasaya sürülürken tüketicinin düşük de olsa bundan zarar görme ihtimali olduğu öngörülmektedir. Bu da ilaç üreticisinin yukarıda bahsettiğimiz tehlike sorumluluğunun²⁷³ kaynağını oluşturmaktadır.

Üreticinin sorumluluğu müessesesinin Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik'le düzenlenmesi bazı müellifler tarafından eleştirilmektedir. Kanunla düzenlenmesi gereken ve kusursuz sorumluluk öngören üreticinin sorumluluğunun yönetmelikle düzenlenmesi bu eleştirilerin temel noktasıdır. Kanunla düzenlenmesi gereken bir hususun yönetmelikle düzenlenemeyeceği ve yönetmelikle kusursuz sorumluluk esası getirilemeyeceği belirtilmektedir²⁷⁴.

²⁷¹ "Teknik düzenleme" 6502 sayılı kanun m.3/j'nin göndermesiyle 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun m.3/j'de "*Bir ürünün, ilgili idarî hükümler de dahil olmak üzere, özellikleri, işleme ve üretim yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri hususlarından biri veya birkaçını belirten ve uyulması zorunlu olan her türlü düzenleme*" şeklinde tanımlanmıştır.

²⁷² İSKİT, Alper B., "*İlaç Araştırma Dönemleri*", <http://www.ttb.org.tr/STED/2007/subat/ilac.pdf>, s.17, 1.11.2013.

²⁷³ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 1.

²⁷⁴ HAVUTÇU, s.117 vd., PETEK, İlaç, s.105 ve ayrıca dn.312, AKÇURA KARAMAN, s.144 vd.

b. Seçimlik Haklar

Eczacının hastaya vermiş olduğu ayıplı ilaç karşısında hastanın TKHK'dan kaynaklanan seçimlik haklarından daha önce bahsetmiştik²⁷⁵. İlaç üreticisinin sorumluluğunda ilacın satış bedelinden indirim isteme hakkı ve sözleşmeden dönme hakkı bulunmamaktadır. Hastanın ilacın onarılmasını istemesi söz konusu olamayacaktır; çünkü ayıplı bir ilacın onarılması çoğu zaman mümkün olmaz²⁷⁶.

6502 sayılı TKHK'da ayıplı mala ilişkin olarak tüketicinin seçimlik haklarını düzenleyen m.11'de seçimlik hakların kullanımına ilişkin düzenleme TBK m.227 ve 4077 sayılı TKHK m.4'e göre daha ayrıntılıdır.

Ücretsiz onarım ve malın ayıpsız misliyle değiştirilmesinden satıcı, ithalatçı ve üretici müteselsilen sorumluyken bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme ve satış bedelinden indirim istenmesinden yalnızca satıcı sorumludur. Madde gerekçesinde üreticiyle tüketici arasında bir sözleşmenin bulunmaması; tüketicinin üretici veya ithalatçıya para ödemiş olması sebebiyle satıcıya ödemiş olduğu parayı üreticiden veya ithalatçıdan almasının söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. İlaçta ise ilacın onarımı mümkün olmayacağından tüketicinin yalnızca ilacın ayıpsız misliyle değişimini isteme hakkı vardır.

Ayıplı malın ücretsiz onarımı veya ayıpsız misliyle değiştirilmesinde ithalatçı ve üreticinin müteselsil sorumluluğu 2'nci fıkrada düzenlenmişse de devamında sorumluların ayıbın, ürünün piyasaya sürüldükten sonra meydana geldiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmiştir. Böylelikle 6502 sayılı TKHK uygulamasında 4077 sayılı TKHK m.4'e ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz²⁷⁷, üreticinin aleyhine olan düzenlemede üreticiye sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmış olacaktır.

²⁷⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, C, 3, c.

²⁷⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, C, 3, c.

²⁷⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 2, a.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

İlaçtan doğan hukuki sorumlulukta sorumlular bir miktar tazminat ödemeye mahkûm olabilirler. TBK m.112'ye göre borçlu borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmezse kendisine bir kusur yükleneceğini ispat etmediği müddetçe zarar görenin zararını tazminle mükelleftir. M. 114/2'deki göndermeye göre de haksız fiil sorumluluğundaki ilkeler burada da kıyasen uygulanır. Bu sebeple burada bahsettiğimiz zarar maddi nitelikte olabileceği gibi manevi nitelikte de olabilir.

Sorumluluk ayakta tedavi sözleşmesinden doğabileceği gibi haksız fiilden de kaynaklanabilir. Her iki halde de sorumluluğun sonucu, sorumlu veya sorumluların zarar görene bir miktar tazminat ödemesi şeklindedir.

Tazminat davasının davacısı haksız fiilden veya sözleşmeye aykırılıktan zarar gördüğünü iddia eden kişidir. Ölüm olgusu gerçekleşmişse bu durumda TBK m.53'e göre ölenin desteğinden yoksun kalanların tazminat talep etme hakları vardır.

Tazminat davasının davalısı, zarara sebebiyet veren veya kusursuz sorumluluk esasına göre zarardan sorumlu olan kişilerdir. Birden çok sorumlu olduğu durumlarda ise dava müteselsil sorumlardan birine, bir kaçına veya hepsine karşı açılabilir²⁷⁸.

II. MADDİ TAZMİNAT

A. Genel Olarak

Zarar görenin malvarlığında rızası dışındaki azalma onun maddi zararını ifade eder. Zarar meydana gelmeseydi malvarlığının alacağı durumla zarara sebebiyet veren fiilin sonucunda malvarlığının bulunduğu durum

²⁷⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.68 vd.

arasındaki fark, zararı ifade eder²⁷⁹. Tazminat davasının konusu ise zarar görenin bu zararının giderilmesi için sorumlunun bu zararı tazmine mahkûm edilmesidir²⁸⁰.

Kişilik hakkı, temel olarak bir malvarlığı değerini ifade etmemektedir; ancak kişiliği oluşturan beden bütünlüğü ve yaşam gibi değerlerin zarar görmesi kişinin malvarlığının da zarar görmesine sebep olabilir. Örneğin beden bütünlüğü, kişilik hakkının içinde yer alsa da kişilik hakkının zarar görmesi, zarar görenin iş gücünü kaybetmesine yol açmış olabilir. Zarara yol açan olay, zarar görenin malvarlığında bir eksilmeye yol açmışsa fiili zarardan; zarar verici olay neticesinde zarar görenin malvarlığında doğması muhtemel artış ortadan kalkmışsa yoksun kalınan kârdan söz edilir²⁸¹. Hastanın hatalı ilaç yüzünden dolayı sarf edilen tedavi giderleri fiili zarara; bu süre boyunca çalışmadığı için uğradığı kazanç kaybı da yoksun kalınan kâra örnektir.

Ayakta tedavi sözleşmelerinde hekim, eczacı veya ilaç firması kaynaklı bir zarar meydana gelirse zarara sebebiyet veren bunu tazmin etmek zorundadır. Ölüm ve bedensel zarar hallerinde zarar görenin nelerin giderimini talep edebileceği TBK m.53 ve 54'te sayılmıştır.

Ölüm halinde maddi tazminat olarak talep edilebilecek başlıca zararlar, cenaze giderleri; ölüm gerçekleşinceye kadar meydana gelen kazanç kaybı ve tedavi giderleri; ölenin yakınlarının ölenin desteğinden yoksun kalmalarından doğan zarardır.

Bedensel zarar doğması halinde de tedavi giderleri; iş gücü kaybı kazanç kaybı, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar talep edilebilmektedir.

²⁷⁹ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.64; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.395; EREN, s.569, 570; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.548 ve 855.

²⁸⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.253; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.67; EREN, s.724.

²⁸¹ EREN, s.526; PETEK, İlaç, s.239 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.400 vd.

Sorumluluğun sözleşmeye aykırılığa dayandırıldığı durumlarda zarar görenin yalnızca sözleşmeye aykırılığı ispat etmesi yeterlidir. Buna karşılık sözleşmenin diğer tarafınınsa (hekim²⁸² veya eczacı²⁸³) kusursuzluğunu ispat etmesi gerek. Haksız fiil sorumluluğuna başvurulduğunda ise kusurun ispatı zarar görene düşer²⁸⁴. Burada zararın veya sözleşmeye aykırılığın ispatı hastaya düşmekte ise de ispat araçları olan tıbbi kayıtların çoğunluğu genellikle hekimin veya özel sağlık kuruluşunun elinde olduğundan hasta burada bir ispat güçlüğüyle karşılaşabilir. Bu durumda da m.50/2'deki düzenlemeye göre hâkim olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde bulundurarak hakkaniyete uygun bir tazminata hükmeder²⁸⁵.

İlaç üreticisi bakımından tehlike sorumluluğuna başvurulduğu durumda ise zarar görenin kusuru ispat etmesine gerek yoktur. Zarar görenin ilaç firmasının faaliyetinin önemli ölçüde tehlike içeren bir işletme faaliyeti olduğunu ispat etmesi yeterlidir²⁸⁶.

B. Maddi Zararın Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Tazminat miktarının belirlenmesi bakımından maddi zararın tespiti gerekir. Belirlenecek tazminat miktarının zararlarla aynı olması gerekir; aksi takdirde tazminat, zarar görenin zararının giderilmesi yerine zarar göreni zenginleştirmeye yarar²⁸⁷.

Haksız fiil sorumluluğunda zararı ispat etmek, kural olarak, zarar görene düşer (TBK m.50); ancak zararın ispatıyla birlikte uğranılan zararın miktarını da zarar gören ispat etmelidir. Şayet zarar gören uğradığı zararın miktarını kesin olarak belirleyemiyorsa bu durumda m.50/2'ye göre hakim,

²⁸² Bkz. İkinci Bölüm, II, B, 3, b, bb.

²⁸³ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, C, 1.

²⁸⁴ Bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2, b.

²⁸⁵ Ayrıca bkz. DEMİR, Hekim, s.250; AYAN, s.121. Delillere iktidar prensibi hakkında bkz. s.42 ve dn.127.

²⁸⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 1, b, bb.

²⁸⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.315.

olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde bulundurarak hakkaniyete uygun bir biçimde zararın miktarını belirler²⁸⁸. Gerçekten de bazı durumlarda zarar görenin uğradığı zararın miktarını ispat etmesi çok güçtür²⁸⁹. Söz gelimi çalışma gücünün zayıflaması veya yitirilmesinden; kazanç kaybından veya ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararları davacının ispatı güçtür. Haksız fiil sorumluluğunda zararı ispat yükü zarar görene düşmekle birlikte zarar görenin zararı ispat etmesi güç olan hallerde TBK m.50/2 hükmü uygulanır.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlarda, haksız fiildekinden farklı olarak, zarar görenin zarar yerine sözleşmeye aykırılığı ispat etmesi gerekir. Buna karşılık sözleşmenin diğer tarafının sözleşmeye aykırılığın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat etmesi gerekir (TBK m.112). Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta TBK m.114/2'ye göre haksız fiile ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.

2. Ölüm Halinde Uğranılan Zararın Belirlenmesi

Hem sözleşmeye aykırılıktan hem haksız fiilden kaynaklanan zararda tazminata konu edilebilecek zarar kalemleri TBK m.53 ve 54'te sayılmıştır²⁹⁰. Buna göre ölüm halinde uğranılan zararlar özellikle;

- Cenaze giderleri
- Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar
- Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardır.

Zararın ölümle sonuçlanması halinde ölüm hemen gerçekleşmişse yalnızca cenaze masrafları; ölüm hemen gerçekleşmemişse ölüm

²⁸⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.262; EREN, s.725.

²⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.84.

²⁹⁰ Maddenin lafzından buradaki kalemlerin tahdidi olmadığı anlaşılırsa da doktrinde buradaki sayılan kalemlerin dışındaki zararların istenemeyeceği kabul edilmektedir. TANDOĞAN, Mesuliyet, s.297; EREN, s.752.

gerçekleşinceye kadar sarf edilen tedavi giderleri ile bu tedavi süreci boyunca zarar görenin çalışma gücünün zayıflaması-yitirilmesi sebebiyle yoksun kaldığı kazanç, tazminatın hesaplanmasında dikkate alınır. Ölümün derhal gerçekleşmediği hallerde ölüm olgusuyla zarara sebebiyet veren eylem arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir²⁹¹. Söz gelimi eczaneden satın aldığı miadı dolmuş ilaç nedeniyle hastaneye yatırılan kişi burada hastane enfeksiyonu nedeniyle durumu ağırlaşmış ölürse burada ölümle eczanenin kusuru arasında uygun illiyet bağı kurulamaz.

Ölüm olgusu gerçekleştiği vakit ölenin desteğinden yararlanan kişiler bu destekten mahrum kalır²⁹². Destek kavramı, birine sürekli ve düzenli olarak bakan ve olayların olağan akışına göre ona bu tarzda ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kimse, olarak tanımlanmaktadır²⁹³. Destek kavramıyla ifade edilmek istenen durum hukuki değil fiilidir. Desteğin zarar görene kanunen bakmakla yükümlü olması destekten yoksun kalma tazminatı talep etmek için yeterli değildir. Yukarıdaki tanımda da belirtildiği gibi sürekli ve düzenli olması; ayrıca olayların olağan akışına göre ona bu tarzda bakması kuvvetle muhtemel olması gerekir. Nikâhsız dahi olsa birlikte yaşayan kadın ve erkekten biri diğerine sürekli ve düzenli olarak destek sağlıyor ve olayların olağan akışına göre ona bu tarzda ileride bakması kuvvetle muhtemelse desteğin varlığı kabul edilmelidir²⁹⁴. Gelişi güzel zamanlarda yapılan yardımlar; düzenli zaman aralıklarıyla düzenli miktarlarda yapılmakla birlikte süreklilik arz etmeyeceği ve geçici bir süre için yapıldığı anlaşılan kazandırmalar destek olarak sayılmaz²⁹⁵.

²⁹¹ PETEK, İlaç, s.241.

²⁹² Bu zarar türü doktrinde yansıma zararı olarak adlandırılmaktadır. M.53'te sayılan diğer iki zararın aksine bu hak ölümden intikal eden bir hak değil, destekten yoksun kalanın şahsında doğan bir haktır. Hukukumuzda kural olarak yansıma zararlarının tazminine cevaz verilmemekteyse de m.53'teki bu düzenlemede destekten yoksun kalanın yansıma yoluyla doğan zararının tazmini korunmuştur. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.101 vd; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.299 vd.; EREN, s.755.

²⁹³ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.101; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.299 vd.; EREN, s.755.

²⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.102; ANTALYA, s.477.

²⁹⁵ Y.4.HD E:1981/906, K:1981/2634, 5.3.1981 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 9.11.2013.

Destek, yalnızca parasal bir kavram değildir. Yaşlılık, hastalık gibi durumlarda ihtiyaç duyulan ev hizmetlerini sağlayan kişinin destek olduğu kabul edilmektedir²⁹⁶.

Destek ölmeseydi destek görenin gelecekteki faydalanacağı destek tutarı tespit edilerek yoksun kalınan destek hesap edilir. Destek hesap edilirken yardımın miktarı, muhtemel devam müddeti, zarar görenin sosyoekonomik seviyesi vb. unsurlar göz önünde bulundurulur²⁹⁷.

3. Bedensel Zararın Belirlenmesi

Kişinin bedensel bütünlüğünün bozulması şeklinde bir zarar meydana gelirse;

- Tedavi giderleri,
- Kazanç kaybı,
- Çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar,
- Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar,

maddi tazminata konu olabilirler (TBK m.54).

Kişinin uğradığı zarar neticesinde sağlığının bozulması, bedensel bütünlüğünün de bozulmasıdır. Böyle bir durumda sarf edilen tedavi giderleri tazminatın kapsamı içindedir.

Kişinin uğradığı zarar neticesinde geçici olarak çalışma gücünü kaybetmesi, örneğin birkaç gün işine gidememesi halinde kazanç kaybına

²⁹⁶ Y.4.HD E:2007/8981, K:2008/5368, T.17.4.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 9.11.2013. Kadın eşin ev işlerini kendi görerek erkek eşi hizmetçi masrafından kurtarması normalde para karşılığı elde edilebilecek bir hizmet olduğundan bu tip hizmetleri gören eşin ölümü üzerine diğer eşin ve çocukların destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceği savunulmaktadır. OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.102; EREN, s.756; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.302.

²⁹⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.305 vd.

uğraması kaçınılmaz olacaktır. Böyle bir durumda zarar gören, kazanç kaybını tazminat kapsamında talep edebilir.

Çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybedilmesi halinde de zarar görenin yoksun kaldığı kazancın tazmin edilmesi gerekir. Burada hastanın yalnızca bedensel bütünlüğünün bozulması yetmez. Bu bozulmanın kişinin çalışma gücüne de olumsuz etki etmesi gerekir. Şayet çalışma gücünden yoksunluk kalıcı ise bu durumda zarar hesaplanırken zarar görenin çalışmasının başlangıcı, çalışarak geçireceği ortalama yaşam süresi, çalışma gücünün hangi oranlarda kaybedildiği, sakatlık dolayısıyla uğranılan kazanç kaybının başka yollarla telafi edilip edilemeyeceğinin araştırılması gerekir²⁹⁸. Hiçbir şekilde gelir elde etmeyen çocuk yaştaki birinin çalışma gücü ancak aktif dönemin başlamasıyla kendini gösterir.

Aktif dönemin başlangıcının hesabı yaşanan bölgeye, aile durumuna ve mesleğe göre değişebilir. Söz gelimi eğitim hayatı kısa süren biri için bu dönem 15-16 yaşında başlayabileceği gibi lise eğitimini tamamlamış bir kişi için 18 veya yüksek tahsil yapan biri için 25 yaşında başlayabilir²⁹⁹.

Çalışma gücünden yoksunluğun kalıcı olduğu durumlarda kişinin geri kalan yaşam süresinin ve bu süresinin ne kadarının çalışarak geçirileceğinin tespiti önem taşır. Ortalama yaşam süresinin tespitinde ülkemizde Franda'da 1931 yılında hazırlanan PMF (population masculine et féminine: erkek ve kadın nüfus) tablosu kullanılmaktadır³⁰⁰. Çalışma süresinin tespitinde Yargıtay kural olarak 60 yaşa kadar aktif çalışma hayatının olduğu kabul etmektedir³⁰¹. 60 yaşından bakiye ömre kadarki süre de pasif dönem olarak adlandırılmakta

²⁹⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.604 vd; EREN, s.759.

²⁹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.96, dn.296; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.290; EREN, s.759.

³⁰⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.291; ANTALYA, s.484.

³⁰¹ Zarar görenin mesleği hukuken veya mesleğin fiziki şartları gereği daha erken yaşta emekli olmayı gerektiriyorsa pasif dönemin daha erken yaşta başladığı da kabul edilebilir. Örneğin özel kanunlarda belirli bir meslek mensubunun emeklilik yaşına ilişkin bir düzenleme varsa pasif dönem bu düzenlemedeki yaştan itibaren hesaplanacaktır. Y.4.HD E:2008/983, K:2008/11373, T.9.10.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 12.11.2013.

ve pasif dönem gelirinin asgari ücret üzerinden hesaplanacağı öngörülmektedir³⁰².

Kişinin ekonomik geleceğinin sarsılması çalışma gücüne doğrudan bir etki etmemekle beraber olumsuz bir takım etkilerle zarar görenin maddi kayıplar yaşamasına sebebiyet veren bir durumdur³⁰³. Yüzündeki yara izi nedeniyle işleri azalan sinema sanatçısının kazanç kaybı buna örnektir. Yara izi, sinema sanatçısının çalışma gücünü zayıflatmasa dahi bu durum onun daha az tercih edilen bir sanatçı olmasına sebebiyet verdiği taktirde sinema sanatçısının iktisadi geleceğinin sarsıldığını kabul etmek gerekir.

C. Tazminatın Belirlenmesine Etki Eden Faktörler

1. Kusurun Derecesi

TBK m.51'e göre hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimin belirlerken failin kusurunu da dikkate alır. Failin kusuru hafifse bu durumu göz önünde bulundurarak tazminattan indirim yapılabilir. İndirimin ölçüsünün ne olduğu belirli olmamakla birlikte hakkaniyete uygun bir indirim yapması için hâkime takdir yetkisi verilmiştir. Bu sebeple tazminatta indirim yapılması zorunlu değildir. Hâkim, tarafların içtimai durumunu, kusurun derecesini ve olayın oluş biçimini göz önüne alarak tazminatı takdir eder³⁰⁴.

Sözleşmeye dayanan sorumlulukta TBK m.114/2'nin göndermesiyle m.51'e göre hakim kusurun derecesini göz önünde bulundurabilecektir. Sözleşmeye aykırılıkta, zarara sebebiyet veren kişi hekim, eczacı ve ilaç üreticisi gibi uzmanlık gerektiren bir meslek mensubu ise hafif kusurdan dahi sorumlu tutulur; ancak m.115/3'e göre, zarar gerçekleşikten sonra, hafif kusurdan sorumlu olunmayacağına dair bir sözleşme yapılabilir.

³⁰² Y.21.HD E:2008/2802, K:2008/9820, T.24.6.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 11.11.2013.

³⁰³ EREN, s.750; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.98.

³⁰⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.591; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.316.

2. Diğer Faktörler

TBK m.52'ye göre zarar görenin zararı doğuran eyleme razı olması; zararın doğmasına veya artmasına sebebiyet vermesi durumunda hakim tazminatı indirebilir veya tazminata hükmetmeyebilir.

Zarar görenin kusuru, kendi menfaatini korumak için yeterli özeni göstermemesi veya zarara sebebiyet vermeye yönelik hareket etmesidir³⁰⁵.

Zarar görenin kusurlu davranışı yapma veya yapmama şeklinde olabilir³⁰⁶. Bunun yanında zarar görenin kusuru zarardan önce olabileceği gibi zarardan sonra da gerçekleşmiş olabilir³⁰⁷. Hekim hastasına hali hazırda kullandığı ilaçları sorduğu halde bunları hekimine bildirmeyerek veya eksik bildirerek hekimin verdiği reçetede ki ilaçlarla hekimin reçetesinden önce kullandığı ilaçların etkileşmesine sebebiyet vererek zarar gören hasta, zararın doğmasına sebebiyet vermiştir. Hastanın bu davranışı zarardan önceki kusurlu davranışa örnektir. Bu hasta ilaç etkileşiminden zarar gördüğü halde ilaçları kullanmaya devam eder veya hekime başvurmakta geç kalırsa bu durumda doğan zararın artmasına sebebiyet vermiş olur.

Hasta, önceden kullanmakta olduğu ilaçlar olmasa dahi, hekimin verdiği ilaçtan zarar gördüğü halde ilacı kullanmaya bir müddet daha devam eder veya hekime başvurmakta geç kalırsa bu durumda da hastanın kusuru, illiyet bağıını kesmemekle birlikte, zararın doğmasına veya artmasına sebebiyet vermiş olur. Şüphesiz ki böyle bir durumda ilacın hastaya zarar vermesi sebepsiz değildir. Zarar, hekimin tedaviyi yanlış planlamasından; eczacının reçetede ki ilaç yerine uygunsuz bir ilaç vermesinden veya ilaçtaki hatadan kaynaklanabilir. Böyle bir durumda sorumlu tespit edilip zarar paylaşılır. Bunların dışında ilacın bilinen bir yan etkisi gerçekleşmiş de

³⁰⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.594.

³⁰⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.598.

³⁰⁷ EREN, s.564.

olabilir. Bu durumun, bir tıbbi uygulama hatasından ziyade komplikasyon³⁰⁸ olduğu kabul edilir.

Zarar görenin kusuru tespit edilirken objektif kusur kriterleri göz önünde bulundurulmalıdır. Zarar görenin davranışları, zarar görenin mensup olduğu çevredeki ortalama bir bireyin aynı şartlar altında göstermesi gereken davranışlardan saptığı ölçüde kusurludur³⁰⁹.

Bazı durumlarda zarar görenin kusuru olmasa dahi tazminatın indirilmesi veya illiyet bağının kesilmesi suretiyle tazminata hükmedilmemesi mümkündür. Yardımcı kişilerin ve ayırt etme gücünden yoksun olanların kusurları böyledir.

Zarar görenin yardımcı kişilerinin zarara sebebiyet vermesi veya meydana gelen zararı önleyici tedbirleri almada ihmalkâr davranması neticesinde TBK m.52 uygulanabilir. Böyle bir durumda zarar görenin yardımcı kişilerinin kusuru sanki zarar görenin kusuru gibi sayılır ve zarar görenin kurtuluş kanıtı getiremediği sürece bu zarara katlanır³¹⁰.

Ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı TMK m.15'te düzenlenmişse de TBK m.65 kıyasen uygulanır ve hakkaniyete göre tazminat indirilir veya tazminata hükmedilmeyebilir³¹¹.

Tazminat hesabına etki eden bir diğer faktör de üçüncü kişinin kusurudur. Üçüncü kişinin kusurlu davranışı kural olarak tazminatın indirilmesini gerektirmez. Fail, tazminatı ödedikten sonra TBK m.61 ve 62'ye göre üçüncü kişiye rücu eder. Bununla birlikte üçüncü kişinin kusuru failin

³⁰⁸ Zararın tıbbi uygulama hatasından (tıbbi malpraktis) değil de komplikasyondan (kabul edilebilir risk) kaynaklandığı durumlarda aydınlatılmış onamin önemi artar. Hasta, komplikasyon ihtimalleri konusunda aydınlatılmamışsa bu durumda hekimin aydınlatmamadan doğan sorumluluğu gündeme gelebilir. ÇETİN, Gürsel, Tıbbi Malpraktis, s.31, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4802.pdf>, 16.11.2013.

³⁰⁹ EREN, s.564, 764; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.320.

³¹⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.324.

³¹¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.324.

kusuruna oranla ağırsa bu durumda fail bakımından tazminat miktarının indirilmesi veya tazminata hükmedilmemesi söz konusu olabilir³¹².

Hekim,  ocuk yaştaki hastaya (A) ilacından günde 1 tablet vermesi gerektiği halde sanki hasta yetişkinmiş gibi günde 2 tablet veriyor. Eczacı da reçetede yazan ilaç yerine yanlışlıkla başka bir hastalıkta etkili olan (B) ilacını hastaya veriyor. Bu durumda hekim, hastanın zararına sebebiyet vermekte ise de  c nc  kişi konumundaki eczacının kusuru zararı daha da ağırlaştırmış olabilir. Gerçekten de belki  ocuk yaştaki hastanın vücudu (A) ilacından günde bir yerine iki tane aldığında hafif belirtilerle durumu atlatacakken (B) ilacından günde 2 tane alması yaşamını tehlikeye sokabilir. Bu durumda  c nc  kişi konumundaki eczacının kusur hekiminkine oranla daha ağırsa hekim bakımından tazminat indirilebilir.

Zarara sebebiyet veren kişinin veya zarar görenin sosyal ve ekonomik durumları kural olarak tazminat belirlenirken dikkate alınmaz³¹³. Bunun yanında fail, tazminatı  deyince ekonomik olarak zor duruma d secekse ve zarara hafif kusuruyla sebep olmuşsa hakim bu durumda da tazminatı indirebilir³¹⁴. Zarar gören, tazminatta indirim yapılması halinde ekonomik olarak zor duruma d secekse bu durumda indirim yapmaktan vazgeçilebilir veya daha az miktarda bir indirim yapılabilir³¹⁵.

III. MANEVİ TAZMİNAT

TBK m.56'da kişinin beden bütünlüğünün zedelendiği durumlarda zarar görenin manevi tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise ağır bedensel zarar ve ölüm halinde kişinin yakınlarının da manevi tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir.

³¹² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.707 vd.

³¹³ NOMER, Haluk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Haksız Fiil, İstanbul 1996, s.150.

³¹⁴ NOMER, s.176.

³¹⁵ NOMER, Haksız Fiil, s.151.

Kişinin beden bütünlüğü zedelenmese dahi kişilik hakkı zedelenmişse TBK m.58'e göre manevi tazminat talep edebilir.

Manevi zarar parayla ölçülebilen bir kavram olmadığı gibi manevi tazminat da kişinin malvarlığına ilişkin bir giderim sağlamamaktadır. Manevi tazminatın amacı kişinin manevi olarak rahatlatılmasıdır³¹⁶.

Manevi tazminat davaları maddi tazminat davalarıyla benzerlik gösterebilir de bu iki dava türünde korunan değer birbirinden farklıdır. Maddi tazminat davalarında malvarlığına ilişkin değerler korunurken manevi tazminat davalarında kişilik değerleri korunmaktadır³¹⁷.

Manevi tazminat davası, maddi tazminat davasıyla birlikte açılabilir gibi münferit de açılabilir. Bazen de hiçbir maddi zarar olmadığı halde kişinin manevi zararının da giderilmesi gerekebilir³¹⁸.

Bedensel bütünlüğün ihlali halinde manevi tazminata hükmedilebilmesi için bedensel zararın hukuka aykırı bir nedene dayanması gerekir. Bedensel bütünlüğün hukuka aykırı bir nedenle bozulmasının doğal sonucu olarak kişi elem ve ıstırap duyacağından zarar görenin zararla fiil arasındaki illiyet bağıını ispat etmesi yeterlidir. Failin manevi zarardan sorumlu tutulabilmesi için ise zarara kusuruyla sebebiyet vermesi veya bu zarardan kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği sorumlu olması gerekir³¹⁹.

Bedensel zararda zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talep edebilmesi için bedensel zararın ağır olması gerekir (TBK m.56/2). Hekim hastasına verdiği ilacın dozunu kusurlu olarak yüksek olarak ayarlamışsa ve yüksek doz ilaç hastaya birkaç saatliğine uyuşukluk ve uyuklama hali hissettirmişse bu durumda bedensel zararın ağır olduğundan bahsedilemez. Yüksek dozdaki ilaç kullanımı kişinin komaya girmesine sebep olmuşsa bu

³¹⁶ Y.İBGK E:1966/7, K:1966/7, T.22.6.1966, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 16.11.2013.

³¹⁷ EREN, s.780, 781; ANTALYA, s.494.

³¹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.278.

³¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.279.

durumda bedensel zararın ağır olduğunu ve hastanın yakınlarının da manevi tazminat isteyebileceğini kabul etmek gerekir.

Manevi tazminat talebinin devri ve mirasçılara geçmesi mümkündür; fakat bunun için zarar görenin manevi tazminat talebini açıklamış olması gerekir; çünkü manevi tazminat talebi açıklandıktan sonra mal varlığına ilişkin bir talep halini alır ve bir alacak hakkına dönüşür³²⁰.

Ölüm olgusunun gerçekleşmesiyle doğan manevi zararda da hukuka uygunluk sebebi olmadıkça ölüme sebebiyet veren davranış hukuka aykırıdır. Bu durumda ölenin yakınlarının duyduğu elem ve ıstırap manevi zararı ifade eder. Failin manevi zarardan sorumlu tutulabilmesi için ölüme yol açan fiili kusuruyla işlemiş olması veya kusursuz sorumluluk gereği bu zarardan sorumlu tutulabilmesi gerekir³²¹.

IV. SORUMLULUKLARIN YARIŞMASI

Tazminat belirlenirken hekimin, özel sağlık kuruluşunun ve eczacının haksız fiil sorumluluklarıyla sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumlulukları yarışır. Benzer şekilde eczacının satmış olduğu ilaçtan dolayı sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğuyla ayıptan kaynaklanan sorumluluğu yarışır.

Hekimin veya eczacının bazı davranışları sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği gibi aynı zamanda haksız fiildir. Böyle bir durumda sözleşmeye aykırılıkla haksız fiil sorumluluğu yarışır³²²; yani sorumluya karşı açılacak bir davada davacı ister haksız fiile ister sözleşmeye dayanabilir³²³.

Zarara sebep olan fiil hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiilse zarar gören hangisine başvurduğunda daha iyi giderim sağlayacaksa o esasa

³²⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, s.334; EREN, s.787.

³²¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.283 vd; ANTALYA, s.514.

³²² ERMAN, s.144.

³²³ AYAN, s.116.

dayanabilir. Ancak kısmen haksız fiil sorumluluğuna, kısmen sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğa başvurma imkânı yoktur³²⁴.

Zarar gören, haksız fiile başvurulduğu vakit TBK m.50'ye göre kusuru da ispat etmelidir; ancak sözleşmeye dayandığında TBK m.112'ye göre hekim sözleşmeye uygun davrandığını ispat etmek zorunda kalacaktır.

Haksız fiil sorumluluğunda, zarara sorumluya bağımlı çalışan bir kişi tarafından sebebiyet verilmişse, sorumlu böyle bir zararın meydana gelmemesi için çalışanı seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken gerekli özeni gösterdiğini; işletmenin çalışma düzeninin de böyle bir zararı önlemeye elverişli olduğunu ispat etmelidir. Bu iki nedenden biri eksikse, eksiklikle zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Oysa çalışanın borca aykırı davranışı söz konusu olduğunda adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulmak için böyle bir imkânı yoktur³²⁵.

Haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı süresi zarar görenin zararı öğrenme tarihinden itibaren iki yıl ve her halükarda zararın gerçekleştiği tarihten itibaren on yıldır (TBK m.72). Ancak tazminat, ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü bir eylemden doğmuşsa ceza zamanaşımı uygulanır. Sözleşmeye aykırılıkta ise ayakta tedavi sözleşmesi bir vekâlet sözleşmesi olduğundan zamanaşımı süresi 5 yıldır.

Doktrindeki baskın görüşe göre eczacının (satıcının) sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğuyla ayıptan kaynaklanan sorumluluğu yarışır³²⁶. Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında ayıba karşı tekeffülün koşullarıyla sözleşmeye aykırılığın koşullarının aynı anda gerçekleşebileceği belirtilmiştir³²⁷.

³²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, S.446.

³²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.447.

³²⁶ ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, s.103.

³²⁷ Y. 13.HD E:1992/384, K:1992/2617, T.19.3.1992, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 8.12.2013.

Ayıptan kaynaklanan sorumluluğa başvurulduğunda tüketici, malın tesliminden itibaren 4077 sayılı TKHK m.4'e göre otuz gün; 6502 sayılı TKHK m.10'a göre altı ay içinde ayıbı satıcıya bildirmek zorundadır. Buna karşılık eczacının da maldaki ayıbın teslimden sonra meydana geldiğini, ayıbın önemli olmadığını veya bildirim süresinde yapılmadığını ispat etmesi gerekecektir. Sözleşmeye aykırılıkta ise zarar gören, karşı tarafın sözleşmeye aykırı davrandığını ispat edecektir. Eczacı, buna karşılık sözleşmeye aykırılığın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat etmesi gerekir.

Sözleşmeye aykırılığa başvurulduğunda zarar gören tazminat talep edebilir; gecikmiş ifayı dava yoluyla talep edip cebri icraya başvurabilir veya ifadan vazgeçip ifa yerine tazminat talep ederek sözleşmeden dönebilir³²⁸. Ayıpta ise 4077 sayılı TKHK m.4 ve 6502 sayılı TKHK m.11'deki seçimlik haklara başvurulabilir. Zarar görenin bu seçimlik hakların yerine getirilmesinin yanında tazminat talep etme imkânı da vardır.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan talepler, satım sözleşmelerinde TBK m.146'daki on yıllık sürenin; vekâlet sözleşmelerinde m.147'deki beş yıllık sürenin geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ayıptan doğan sorumlulukta hem 4077 sayılı TKHK m.4/4'te hem 6502 sayılı TKHK m.12'de ayıplı maldan kaynaklanan sorumluluğun, sözleşmede daha uzun bir süre belirtilmediği hallerde, ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, malın tesliminden iki yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. 4077 sayılı TKHK m.4/4'te ayrıca, ayıplı malın neden olduğu zararın da teslim tarihinden üç yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Tazminat talep hakkı malın piyasaya sürülmesinden on yıl geçmesiyle düşer. 6502 sayılı TKHK bakımından ise m.11/6'da seçimlik haklarla birlikte TBK hükümlerine göre tazminat istenebileceği düzenlenmiş olduğundan, TBK'daki hangi sorumluluk kaynağına başvuruluyorsa ona ilişkin zamanaşımının uygulanması gerekir.

³²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, S.382 vd.

V. MÜTESELSİL SORUMLULUK

Hekim, eczacı veya ilaç üreticisinin kusuru nedeniyle hastanın zarar görmesi kadar sağlık sektöründeki birden fazla aktörün kusuru nedeniyle de hasta zarar görebilir. Bazen de sorumluların bir kısmı kusur sebebiyle sorumlu tutulurken bir kısmı kusur dışındaki nedenlerle sorumlu tutulabilirler. Böyle bir durumda TBK m.61 ve 62'deki müteselsil sorumluluk esasları söz konusudur³²⁹.

Müteselsil sorumluluk haksız fiilden, kanundan veya sözleşmeden kaynaklanıyor olabilir³³⁰. Sorumluluğun neden kaynaklandığı dış ilişki bakımından sorumluluğun niteliğini değiştirmeyecekse de iç ilişkide tazminat paylaşılırken hâkim bütün durum ve koşulları, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunu göz önünde bulundurur (TBK m.62).

Hekimin kusurlu davranışı sebebiyle zarardan sorumlu olduğu hallerde hekimin çalıştığı sağlık kuruluşunun da TBK m.66 veya m.116 sebebiyle kusursuz sorumlu olması kanundan kaynaklanan müteselsil sorumluluğa örnektir. Burada hem sağlık kuruluşu hem de kusurlu hekim zarar görenin zararı giderilinceye kadar zararın tamamından sorumludur. Ancak iç ilişkide sağlık kuruluşunun kusura dayalı bir sorumluluğu yoksa ödemiş olduğu tazminatın tamamını; şayet kusur varsa kusur oranında ödemesi gerekenden fazlasını hekime rücu edebilir (TBK m.62/2).

Hekim, eczacı ve ilaç üreticisinin her hangi ikisinin veya tamamının, meydana gelen bir zarardan müteselsilen sorumlu tutulması mümkündür. Hekimin yanlış bir tedavi öngörmesi neticesinde hastaya günde 1 doz yerine 2 doz (A) adlı ilacı kullanmasını reçeteye yazdığı durumu ele alalım: Hasta reçeteye eczaneye gittiğinde eczacı (A) ilacını hastaya verir; fakat eczacı bu

³²⁹ 818 sayılı Borçlar Kanunu m.50 ve 51'de müteselsil sorumluluk düzenlemesinde tam teselsül-eksik teselsül ayırımı vardı. Buna göre birden fazla kişi birlikte bir haksız fiil işlemişse tam teselsül; farklı hukuki sebeplerle verdikleri zarardan sorumlu tutuluyorsa eksik teselsül söz konusu olurdu. 6098 sayılı TBK'da bu ayırım yoktur.

³³⁰ EREN, s.809; ANTALYA, s.798.

ilacı buzdolabında saklaması gerekirken oda sıcaklığında sakladığı için ilaç bozulmuş ve zehirli etkisi artmıştır. Normal şartlarda hekimin ve eczacının kusuru tek başına gerçekleştiğinde hastanın hafif yan etkilerle atlama ihtimali olabileceken iki kusurun birleşmesi hastaya nispeten daha ciddi zararlar verebilir. Diğer yandan kusurlardan biri zaten ağır sonuçlar doğuracakken diğer aktörün kusuru, zararı biraz daha arttırmış da olabilir. Bu durumda hasta-hekim arasındaki ve hasta-eczacı arasında sözleşmeye dayanılabileceği gibi haksız fiil sorumluluğuna da başvurulabilir. Her durumda hekim ve eczacı hastaya karşı müteselsil sorumlu olacaktır. Yukarıda verdiğimiz örneğe bir de ilaç üreticisinin ilacın yaygın görülen bir yan etkisini prospektüse yazmaması ve bu yan etkinin hastaya zarar vermesi de eklendiğinde müteselsil sorumluların arasına ilaç firması da eklenir.

Müteselsil sorumlulardan her biri ortak defileri ileri sürebilir. Ortak defileri ileri sürmeyen sorumlu ise iç ilişkide diğer müteselsil borçlulara karşı sorumlu olur (TBK m.164/2). Söz gelimi doktorun okunaksız yazıyla yazdığı reçeteyi gören eczacı reçetede yazan ilaç konusunda tereddüde düştüğü halde doktora danışmaksızın lalettayin bir ilaç veriyor. Hasta da bu ilacı doktorun tavsiye ettiği dozda değil de daha çabuk iyileşeceğini düşünerek yüksek dozda kullanıyor. Bu durumda doktorun okunaksız yazıyla yazdığı reçete ve eczacının yanlış ilaç vermesiyle eczacının ve hekimin müteselsil sorumluluğu söz konusu ise de yüksek doz ilaç alan hasta da müterafik kusuruyla zararın artmasına sebebiyet vermiştir. Şayet hasta (yanlış ilaç dahi olsa) ilacı doktorunun söylediği dozda kullansaydı daha az zarar görecekti ve sorumluların sorumluluğu daha hafif olacaktı. Böyle bir durumda bir ortak defisi olan müterafik kusuru öne sürmeyen doktor veya eczacı iç ilişkide diğer sorumluya karşı sorumlu olacaktır.

Müteselsil sorumlulukta sorumlulardan her biri zarar görenin zararı giderilinceye kadar sanki zarara tek başına sebebiyet vermiş gibi sorumludur³³¹. Bu sebeple zarar gören, zararın bir kısmının veya tamamının

³³¹ EREN, s.818; NOMER, s.330; ANTALYA, s.801, 802.

borçlulardan biri, bir kısmı veya tamamı tarafından giderilmesini talep edebilir (TBK m.163).

Taraflardan birinin kişisel defisi varsa bu durumun dış ilişkide göz önünde bulundurulması mümkündür. Gerçekten de TBK m.61'e ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda *"...tazminatın miktarı zarar göreni yoksulluğa düşürecek boyutta ise kusurun hafif olması ve hakkaniyetin gerekli kılması halinde bu borçlu yönünden tazminat indirilebilecektir. (...) Kuşkusuz bu durum, koşulların lehine gerçekleştiği borçlunun ancak yararlanabileceği (kişi ile sınırlı etki doğuran) ve diğer borçluların sorumluluğunu etkilemeyen şahsi bir defi (kişisel savunma) oluşturur."* denmekle kişisel defilerin dış ilişkide ileri sürülebileceğine işaret edilmiştir.

Müteselsil sorumlulardan tazminatın tamamını veya en azından kendi payına düşenden fazlasını ödeyen, fazla ödediği kısmı diğer sorumlulardan talep edebilir. Şayet müteselsil sorumlulardan biri hiç ödeme yapmamışsa veya kendi payına düşenden azını ödemişse bu durumda eksik yapılan ödemeye diğer müteselsil sorumluların katlanması gerekir (TBK m.167). Başka bir deyişle sorumlulardan biri ödeme aczi içinde olduğu için ödeme yapamadı ise bu durum geri kalan müteselsil sorumluların dış ilişkideki tazminat yükümlülüklerini etkilemez.

Yukarıda her ne kadar hekim, eczacı ve ilaç üreticisinin müteselsil sorumluluğundan bahsetmişsek de başka kişilerin müteselsil sorumluluğu da söz konusu olabilir. Yaşamın içinde sonsuz tane ihtimal bulunmaktadır ve çok değişik nedenlerle hasta zarar görebilir. Söz gelimi (H), eczacının sattığı miadı dolmuş hapı yutmak için (A)'dan su ister ve (A) su yerine (H)'ye alkol verirse burada eczacıyla beraber sağlık sistemi içerisinde yeri olmayan (A)'nın müteselsil sorumluluğundan bahsedilebilir. Ancak çalışmamızın konusunun sınırlandırılması bakımından hekim, eczacı ve ilaç üreticisine dair anlatımlarla yetinmekteyiz.

VI. ZAMANAŞIMI

TBK m.72'ye göre zarar gören, zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren iki yıl içinde tazminat talep edebilir. Şayet zarar gören zararı veya faili zarar gerçekleştikten on yıl sonra öğrenmemiş veya tazminat talebinde bulunmamışsa bu durumda tazminat hakkı zamanaşımına uğramış olur. Failin fiilinin ceza hukuku bakımından suç sayıldığı durumlarda ceza kanun daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüşse, ceza kanunundaki zamanaşımı süresi uygulanır. Haksız fiilden (m.49) veya adam çalıştıranın sorumluluğundan (m.66) kaynaklanan tazminat talepleri TBK m.72'deki zamanaşımı sürelerine tabidir. Buna göre özel sağlık kuruluşunun, hekimin, eczacının veya ilaç üreticisinin haksız fiil sorumluluğuna başvurulurken TBK m.72'deki zamanaşımı süresi dikkate alınacak; eylem ceza kanunları tarafından suç sayılıyorsa ve daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörüyorsa ceza kanunundaki zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

TBK m.146'ya göre kanunda aksi öngörülmedikçe her alacak on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Eczacıyla hasta arasındaki sözleşme bir satım sözleşmesi olduğu için eczacının TBK m.112'ye göre borca aykırı davranışından veya TBK m.116'ya göre yardımcı kişilerinin sorumluluğundan doğan taleplerin bu sürede ileri sürülmesi gerekir.

Eczacının ayıptan kaynaklanan sorumluluğu bakımından 4077 sayılı TKHK m.4/4 ve 6502 sayılı TKHK m.12'de, sözleşmede daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmemişse, malın tüketiciye tesliminden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabi olduğu düzenlenmiştir.

4077 sayılı TKHK m.4/4'e göre ayıplı malın neden olduğu zararlardan kaynaklanan tazminat talepleri üç yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Malın piyasaya sürülmesinden on yıl geçmesiyle talep hakkı düşer. 6502 sayılı TKHK m.11/6'da tazminat taleplerinin TBK'ya göre talep edileceği düzenlenmiş olduğundan zamanaşımı konusunda da TBK'da öngörülen zamanaşımı sürelerinin dikkate alınması gerekir. Örneğin hasta, borca aykırılığa

dayanarak tazminat talep ediyorsa m.146'daki süreler, haksız fiil sorumluluğuna dayanıyorsa m.72'deki süreler uygulanmalıdır.

Ayıp, satıcının ağır kusuru veya hileli davranışıyla gizlenmişse zamanaşımı uygulanmaz (4077 sayılı TKHK m.4/4; 6502 sayılı TKHK m.12/3).

Vekâlet sözleşmesi TBK m.147/5'te sayıldığı için özel sağlık kuruluşu veya hekimin vekil sıfatıyla hareket ettiği ayakta tedavi sözleşmelerinde beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. 1219 sayılı kanun m.71'e göre hasta-hekim arasındaki ücret uyuşmazlıklarından doğan davalarda zamanaşımı süresi iki yıldır³³².

M.149'a göre borca aykırılıkta zamanaşımı süresi alacağın muaccel olmasıyla başlar. Ayakta tedavi sözleşmelerinde hastanın özel sağlık kuruluşuna kabul edilmesiyle tedavi borcu muaccel hale geleceğinden zamanaşımı süresi bu tarihte başlar. Ancak tedavi edimi hastanenin özel sağlık kuruluşuna kabul edildiği gün değil de bir takım tıbbi tetkik ve tahlillerin sonucu açıklandıktan sonra gerçekleştirilecekse bu süre dikkate alınır.

³³² Maddede ayrıca görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu düzenlenmiştir.

SONUÇ

İlaç sözcüğünden, yalnız insan sağlığı için kullanılan ilaç değil veterinerlik ve tarımda kullanılan kimyasal maddeler de kastedilebilmektedir; ancak bu metinde yalnızca insan sağlığı için kullanılan ilaç kavramı ele alınmaktadır.

İlacın insan bedenine hangi yöntemle uygulandığına bakılmaksızın tıbbi bir etki oluşturması beklenmektedir. Buradaki tıbbi etki kavramından anlaşılan yalnızca bir iyileşme-sağaltım değildir; çünkü bazı ilaçlardan iyileşme ihtimali çok düşük olan hastalıklarda hastanın yaşamının son dönemindeki yaşam kalitesinin arttırılması amaçlanır. Bazı ilaçlar da tıbbi görüntüleme teknikleri esnasında elde edilmesi amaçlanan görüntüye ulaşmak için kullanılır.

Reçete, hekimin hastasının tedavisi için uygun gördüğü ilaçları ve bu ilaçların kullanım şeklini ve dozunu tarif ettiği, eczacıya hitaben yazılmış teknik bir yazıdır. Reçete yalnızca eczacıyı ilgilendiren bir yazı olmayıp hastanın tedaviye uyumunun sağlanması için hasta tarafından da anlaşılabilir şekilde yazılması gereken bir belgedir.

Ülkemizde reçete yazımına ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir. SUT m.4.1 maddesinde reçete yazımına ilişkin kurallar öngörülmüşse de bu kurallar tıp bilimine ilişkin değil, SGK'nın ilaç bedellerinin geri ödenmesine ilişkindir.

İlaç tedavisi, en bilinen tedavi yöntemlerindedir. İlaç bazen hekimin reçeteye yazmasıyla, bazen de reçeteye tabi olmayan bir ilacın eczacı tarafından tavsiye etmesi üzerine hastayla buluşur. Bir hastalığın önlenmesi, kontrol altına alınması veya tedavi edilmesi için, doğru ilacın, doğru zamanda, uygun dozda ve uygun fiyatla kullanılmasına akılcı (rasyonel) ilaç kullanımı denir.

Akılıcı olmayan ilaç kullanımı neticesinde doğabilecek tüm zararlar hekimin, eczacının, ilaç firmasının veya hastanın/hasta yakınının sorumluluğunu doğurabilecek cinstendir. Bu sebeple akılıcı ilaç kullanımı çalışmamızda ifade etmeye çalıştığımız sorumluluk kavramlarıyla yakından ilgilidir.

İlaçla tedavi, hekim eliyle gerçekleştirildiğinde tedavi sözleşmesinin tarafı kimi zaman hekimken kimi zaman hekimin bağlı çalıştığı özel sağlık kuruluşudur. Çalışmamızın konusu yalnızca ayakta tedaviler olduğu için buradaki sözleşmenin tipik bir vekâlet sözleşmesi olduğunu söylemekte sakınca yoktur.

Ayakta tedavi hizmeti veren sağlık kuruluşunun hastayı muayene ederek teşhis koyduğu ve hastasını ayakta tedavi ettiği, hastanın ise bunun karşılığında sağlık kuruluşunda ücret ödediği sözleşmeye, ayakta tedavi sözleşmesi denir. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'te ayakta teşhis ve tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşları; tıp merkezleri, poliklinik ve muayenehaneler olarak sayıldığından hekimin tek başına hizmet verdiği muayenehaneler de ayakta tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşu olarak kabul edilir.

Ayakta tedavinin asli unsuru tedaviye yönelik edimlerdir. Tıbbi görüntüleme ve tahlil gibi edimlerse teşhis amacıyla yapılan yan edimlerdir. Örneğin hastanın tansiyonunun ölçülmesi hastayı sağlığına kavuşturmaz ama tansiyonuyla ilgili bir anormallik varsa bunu ortaya çıkararak hekimin tedaviyi planlamasına imkân verir.

Ayakta tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşunun en tipik borcu, tedavi borcudur. Hekimin hastayı sağlığına kavuşturma yükümlülüğü olmasa da tıp mesleğinin standartlarına uygun biçimde tedavi edimini ifa etmeli ve hastayı sağlığına kavuşturmayı amaç edinmelidir. Hekimin bu borcu şahsen ifa edip etmeyeceği ise somut olaya göre belirlenir. Hekimin karşılaştığı vaka, uzmanlığının üzerinde bir bilgi gerektiriyorsa hem teamül hem de hekimin özen borcu, hastanın uzman hekime yönlendirilmesini gerektirir. Hekim,

gerekli görürse bir başka hekimden görüş de alabilir. Burada görüş istenen hekimin farklı veya özel bir uzmanlık dalından olması gerektiğini kabul etmekteyiz.

Hekimin sadakat borcu ve özen borcu birlikte ele alınmaktadır. Sırf tedavi giderlerinin artması için hastaya yanlış bilgi verilmesi veya tedavinin uzatılması hekimin sadakat borcuyla bağdaşmaz. Hekimin tıbbi kural ve ilkelere aykırı teşhis ve tedavi yapması; hastanın talebi üzerine bile olsa, tedavi veya koruma amacı olmaksızın hastanın bedensel veya ruhsal direncini zayıflatıcı girişimlerde bulunması yasaktır. Hekim hastanın sağlık durumunun gerektirdiği tıbbi bakımı gösterir. Hastanın iyileşmesi mümkün olmasa dahi ıstırabını azaltmak zorundadır.

Hekimin özen borcunun sınırını belirlerken basiretli bir hekimin göstermesi gereken davranış kriterine bakmak gerekir. Hekimin uzmanlık alanı arttıkça özen yükümlülüğü de ağırlaşır; ancak bunun yalnızca hekimin uzman olduğu dal bakımından geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Hekimin reçete yazarken seçtiği ilaçlar bakımından akılcı ilaç kullanım ilkelerini göz önünde bulundurması da özen yükümlülüğünün bir parçasıdır.

Ayakta tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşunun sorumluluğu sözleşmeye aykırılıktan veya haksız fiilden; kuruluş hükmi şahıssa adam çalıştırmanın sorumluluğundan kaynaklanabilir.

Ayakta tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşunun sorumluluğunda, sözleşmeye aykırılık daha ziyade yardımcı şahıslar aracılığıyla olur. Özel sağlık kuruluşuna bağlı olarak çalışan hekimin sözleşmeye aykırı davranışından dolayı özel sağlık kuruluşunun TBK m.116'da düzenlenen kusursuz sorumluluğu söz konusu olur.

Özel sağlık kuruluşu bir muayenehane ise bu durumda hekim sözleşmeye aykırı davranışından TBK m.112'ye göre sorumlu olur.

Hekimin istihdam edilen konumunda olduğu durumlarda haksız fiillerinden, çalıştığı özel sağlık kuruluşunun TBK m.66'ya göre kusursuz

sorumluluğu söz konusudur. Bu durumda zarara sebebiyet veren hekimin de TBK m.49'a göre haksız fiil sorumluluğuna başvurulabilir.

Bazı durumlarda illiyet bağı kesildiği için sorumluluk da ortadan kalkar. Bunlardan biri, zarar görenin ağır kusurudur. Örneğin doktorun reçeteyle verdiği bütün uyku ilaçlarını intihar maksadıyla bir kerede içen kişinin kastı, illiyet bağını keser. Bir diğeri de üçüncü kişinin ağır kusurudur. Üçüncü kişinin kusuru illiyet bağını kesmiş ve zarara tek başına sebep olmuşsa bu durumda tazminattan yalnızca üçüncü kişi sorumlu olur.

Haksız fiil sorumluluğunda kusurlu davranışı ispat etmek zarar görene düşmekte ise de delillere iktidar prensibi gereği bu ispatı özel sağlık kuruluşunun yapması gerekir.

Eczacının sorumluluğunu incelemeden önce eczacıyla hasta arasındaki hukuki ilişkiyi incelemek gerekir. Eczacıyla hasta (veya hasta yakını) arasındaki hukuki ilişki satım sözleşmesine benzer bir nitelik taşır; ancak eczacılık mesleği teknik bilgi gerektiren bir meslek olduğundan eczacının özen yükümlülüğü satıcınıninkinden daha yüksek bir derecededir. Gerçekten de bu ilişkide eczacının ilacın satıcıya teslim borcunun yanı sıra sır saklama, aydınlatma ve yüksek derecede bir özen borcu bulunmaktadır. Aynı zamanda eczacının sonuç sorumluluğu yoktur. Bu sebeple eczacıyla hasta arasındaki sözleşmenin satım sözleşmesinin yanı sıra vekâlet sözleşmesinin de özelliklerini taşıyan karma nitelikli bir sözleşme olduğu görüşünderiz.

Eczacı, sözleşmeye aykırı ve kusurlu davranışıyla verdiği zarardan TBK m.112'ye göre sorumludur. Ayıptan doğan sorumluluğu ise daha ziyade tüketici hukukundan kaynaklanmaktadır. Eczacı, hastaya teslimi sırasında önemli bir ayıbı bulunan ilaçtaki ayıptan sorumludur. Eczacı, yardımcı kişilerinin sözleşmeye aykırı davranışlarından da TBK m.116'ya göre sorumludur.

Eczacı, haksız fiil teşkil eden davranışından sorumludur. Tıpkı özel sağlık kuruluşunun haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi burada da delillere hâkimiyet prensibi gereği kusuru ispat yükünün eczacıda olduğu söylenebilir.

Eczacının adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğunu incelemeyen önce eczacının ifa yardımcılarının kimler olduğuna bakmak gerekir. Eczane işleten bir (mesûl müdür) eczacının yanında yardımcı eczacılar veya ikinci eczacılar; ayrıca eczacılık fakültesi mezunu olmayan eczacı teknikerleri istihdam edilebilir. Bu kişilerin iş sırasında ve işle ilgili olarak üçüncü kişilere verdikleri zarardan mesûl müdür eczacı TBK m.66'ya göre sorumludur.

İlaç üreticisi ile hasta arasında bir sözleşme olmadığı için sözleşmeye aykırılık hükümlerinden yararlanılamayacağı için 6098 sayılı TBK m.71'le hukukumuza kazandırılmış olan tehlike sorumluluğu ve tüketici hukuku bakımından üreticinin sorumluluğundan bahsettik.

Tehlike sorumluluğu 6098 sayılı TBK m.71'de düzenlenen yeni bir kusursuz sorumluluk türüdür. Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden doğan zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bir işletmenin önemli ölçüde tehlike yaratan bir faaliyeti olup olmadığı saptanırken işletmenin mahiyeti veya faaliyetinde kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olup olmadığına bakılır. İlaç üreticisi üretimini ne kadar katı kurallara dayanarak yapsa ve ne kadar büyük bir özen de gösterse; ilacın faz çalışmalarından olumlu sonuç da alsın ilacın piyasaya sunulmasından sonra öngörülememiş bazı zararların meydana gelme ihtimali vardır. Bu durum ilaç üreticisini m.71'de kullanılan ifadeyle "önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme" konumuna sokmaktadır.

İlaç üreticisinin tüketici hukukundan doğan sorumluluğu da ayıplı ilaca ilişkindir. Hastanın, ilacı aldıktan sonra TKHK'da belirlenen süre içerisinde ayıbı bildirmesi gerekir. Bu bildirim yapıldıktan sonra hastanın ilacı satın aldığı eczaneye, imalatçıya, ithalatçıya karşı müteselsilen ileri sürebileceği seçimlik hakları bulunmaktadır. Hasta aynı zamanda bu sorumlulara TBK'dan doğan tazminat taleplerini de yöneltebilir.

Ülkemizde üretilen çoğu ilacın yabancı ülkelerde üretildiği göz önüne alındığında hastanın üreticiyi tespit edip taleplerini yöneltmesi zor ve masraflı bir yöntem olacaktır. Bu sebeple 6502 sayılı TKHK m.11/2'de seçimlik hakların ithalatçıya da yöneltilebileceği düzenlenmiştir.

TKHK'da tüketicinin kullanabileceği dört seçimlik hak düzenlenmişse de hastanın ilaç üreticisine karşı ileri sürebileceği tek seçimlik hakkı vardır; o da ilacın ayıpsız olan bir benzeriyle değiştirilmesini isteme hakkıdır.

Hem sözleşmeye dayalı sorumlulukta hem haksız fiil sorumluluğunda sorumlunun zarar görene bir miktar tazminat ödenmesi söz konusu olabilir. Maddi zararın hesaplanmasında nelerin gideriminin isteneceği ölüm halinde uğranılan zararlarda ve bedensel zararlarda farklıdır.

Tazminatın hesaplanmasında kusurun derecesi kural olarak dikkate alınır ancak hekim, eczacı ve ilaç üreticisi gibi uzmanlık gerektiren faaliyetlerde hafif kusurundan dahi sorumluluk söz konusudur. Zarar görenin kusuru da tazminatın hesabında dikkate alınır. Örneğin hasta ilaçtan dolayı zarar gördüğünü fark ettiği halde ilacı kullanmaya devam ederek zararın artmasına sebebiyet verdiğinde sorumlu kişi zararın tamamından sorumlu olmayacaktır.

Zarara sebep olan fiil hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiilse zarar gören hangisine başvurduğunda daha iyi giderim sağlayacaksa o esasa dayanabilir. Ancak kısmen haksız fiil sorumluluğuna, kısmen sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğa başvurma imkânı yoktur. Benzer şekilde eczacının (satıcının) sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğuyla ayıptan kaynaklanan sorumluluğu yarışır.

Sağlık sektöründeki birden fazla aktörün kusuru nedeniyle hasta zarar görebilir. Bazen sorumluların bir kısmı kusur sebebiyle sorumlu tutulurken bir kısmı kusur dışındaki nedenlerle sorumlu tutulabilirler. Böyle bir durumda müteselsil sorumluluk esası söz konusudur. Hekimin kusurlu davranışı sebebiyle zarardan sorumlu olduğu hallerde hekimin çalıştığı sağlık kuruluşunun da kusursuz sorumlu olması kanundan kaynaklanan müteselsil

sorumluluğa 6rnektir. Hekim, eczacı ve ilaç 6reticisinin her hangi ikisinin veya tamamının, meydana gelen bir zarardan m6teselsilen sorumlu tutulması m6mk6nd6r.