

**HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT
SORUMLULUĞU**

AYSU YENİDÜNYA

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSTANBUL, 2023**

**HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT
SORUMLULUĞU**

AYSU YENİDÜNYA

DANIŞMAN: Dr. Öğr. Üyesi CEM DİNAR

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ'NE SUNULAN BU TEZ
ÖZEL HUKUK
YÜKSEK LİSANS
DERECESİ İÇİN KISMİ YETERLİLİKLERİ KARŞILAMAKTADIR**

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSTANBUL, 2023**

İNTİHAL SAYFASI

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum, bu çalışmayı, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanışmada alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

Tarih : 10.05.2023

Ad/soyad : Aysu Yenidünya

İmza :

ÖZET

Tıp biliminin gelişmesi, hekime olan güvenin artmasına ve buna bağlı olarak hastaların da hekime başvurma oranının artmasına sebep olmuştur. Bu durum, 'hekimin uyguladığı tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluğu' konusunu da gündeme getirmiştir. Çalışmamızın konusu özel hukuk çerçevesinde hekimin tıbbi müdahaleden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun incelenmesidir. Çalışmamızda üç ana bölüm yer almaktadır. İlk bölümde hukuka uygun tıbbi müdahalenin şartlarına yer verilmiştir. İkinci bölümde, hekimin hukuki sorumluluğunun kaynakları, sözleşmesel sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk kapsamında ayrı ayrı irdelenmiştir. Üçüncü ve son bölümde, hekimin tazminat sorumluluğu ve tazminat davalarında yargılama usulü ele alınmıştır. Çalışmamızda konunun sınırlandırılabilmesi amacıyla, hekimin özel hukuk kapsamında sorumluluğu incelenmiş olup, idari, cezai ve disiplin sorumluluğu kapsam dışı bırakılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hekimin mesleki yükümlülükleri; hekimin sorumluluğu; tazminat; tıbbi müdahale

SUMMARY

The development of medical science has led to an increase in the trust in physicians, and accordingly, the rate of patients applying to physicians has increased. This situation has also brought up the issue of 'the liability of the physician resulting from the medical intervention applied'. The subject of our study is the examination of the compensation liability of the physician resulting from medical intervention within the framework of private law. Our study consists of three main sections. In the first section, the conditions for a legal medical intervention are discussed. In the second section, the sources of the physician's legal liability are examined separately under contractual liability and non-contractual liability. In the third and final section, the physician's compensation liability and the procedural rules in compensation lawsuits are discussed. In order to limit the scope of the subject in our study, the physician's liability within the framework of private law has been examined, and administrative, criminal and disciplinary liabilities have been excluded.

Key Words: Physician's professional obligations; Physician's liability; Compensation; Medical intervention.

İÇİNDEKİLER

İNİTİHAL SAYFASI.....	i
ÖZET	ii
SUMMARY	iii
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU

I. GENEL OLARAK	3
II. TANIMLAR	3
A. Hasta	3
B. Hekim.....	3
C. Tıbbi Müdahale.....	5
1. Genel Olarak	5
2. Tedavi Amaçlı Tıbbi Müdahaleler	7
3. Estetik Müdahaleler	7
4. Cinsel Faaliyetlere İlişkin Tıbbi Müdahaleler	8
5. Organ ve Doku Nakli Amaçlı Tıbbi Müdahaleler	13
6. Ruh Sağlığına Yönelik Tıbbi Müdahaleler	16
D. Komplikasyon	17
E. Tıbbi Malpraktis	18
III. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN ŞARTLARI	19
A. Müdahalenin Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Yapılması	19
B. Endikasyon	22
C. Müdahalenin Gerekli Dikkat ve Özen Yükümlüğüne Uygun Şekilde Tıp Bilimine ve Tekniğine Uyumlu Olarak Yapılması	23
D. Hastanın Aydınlatılmasına Dayalı Rıza Beyanı.....	24
1. Geçerli Rızanın Şartları	26
a) Rıza Verme Ehliyetinin Varlığı	26
i. Genel Olarak	26
ii. Tam Ehliyetliler Bakımından Rıza Verme Ehliyeti.....	26
iii. Sınırlı Ehliyetsizler Bakımından Rıza Verme Ehliyeti.....	27
iv. Sınırlı Ehliyetliler Bakımından Rıza Verme Ehliyeti.....	30
v. Tam Ehliyetsizler Bakımından Rıza Verme Ehliyeti.....	30
b) Rızanın Konusunun Hukuka ve Ahlaka Uygun Olması	31
2. Rızanın Kapsamı	31
3. Rızanın Şekli ve Zamanı	32

4.	Rıza Aranmayan Haller	34
----	-----------------------------	----

İKİNCİ BÖLÜM

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAYNAKLARI

I.	HEKİMİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU	36
A.	Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği Konusundaki Görüşler	36
1.	Genel Olarak	36
2.	Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği	36
a)	Hekimlik Sözleşmesinin Vekalet Sözleşmesi Niteliğinde Olduğu Görüşü	37
b)	Hekimlik Sözleşmesinin Eser Sözleşmesi Niteliğinde Olduğu Görüşü	42
c)	Hekimlik Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesi Niteliğinde Olduğu Görüşü	45
d)	Hekimlik Sözleşmesinin Kendine Özgü (Su generis) Sözleşme Niteliğinde Olduğu Görüşü ..	45
e)	Hekimlik Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Olduğu Görüşü	46
3.	Özel Durumlar	48
a)	Hekimin Kamuya Ait Hastanelerde Çalışması Durumunda Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişki	48
b)	Hekimin Özel Hastanelerde Çalışması Durumunda Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişki ..	51
B.	HEKİMİN MESLEKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ	55
1.	Sadakat ve Özen Yükümlülüğü	55
a)	Sadakat Yükümlülüğü	55
b)	Özen Gösterme Yükümlülüğü	56
2.	Kişisel İfa ve Edim Yükümlülüğü	59
3.	Öykü (Anamnez) Alma Yükümlülüğü	60
4.	Muayene Etme Yükümlülüğü	61
5.	Teşhis Koyma ve Tedavi Etme Yükümlülüğü	62
6.	Sır Saklama Yükümlülüğü	64
7.	Reçete Yazma Yükümlülüğü	65
8.	Kayıt tutma Yükümlülüğü	66
9.	Gerektiğinde Tedaviyi Durdurma Yükümlülüğü	67
10.	Aydınlatma Yükümlülüğü	68
a)	Genel Olarak	68
b)	Yasal Düzenlemeler	69
c)	Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı	70
d)	Aydınlatma Çeşitleri	71
1.	Güvenlik (Koruma) Aydınlatması	71
2.	Otonomi (Karar) Aydınlatması	72
2.1.	Teşhis Aydınlatması	72

2.2. Süreç Aydınlatması	73
2.3. Riziko Aydınlatması.....	73
e) Aydınlatma Kapsamının Genişlediği Durumlar	74
f) Aydınlatma Kapsamının Daraldığı Durumlar	75
g) Aydınlatılacak Kişi	76
h) Aydınlatma Yükümlüsü.....	77
i) Aydınlatma Şekli	78
j) Aydınlatmanın Zamanı.....	82
II. HEKİMİN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞU	83
A. Hekimin Culpa in Contrahendo Sorumluluğu (Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk) ..	83
B. Hekimin Vekaletsiz İş Görme Sebebiyle Sorumluluğu.....	84
C. Hekimin Haksız Fiil Nedeniyle Sorumluluğu	86

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

I. HEKİMİN ÖZEL HUKUK BAKIMINDAN TAZMİNAT SORUMLULUĞU.....	90
A. Maddi Tazminat	91
1. Ölüm Nedeniyle Ortaya Çıkan Zararlar	91
a) Cenaze Giderleri	91
b) Ölümün Hemen Gerçekleşmemesi Halinde Ölene Kadar Olan Tedavi Giderleri ve Çalışma Gücünün Azalmasından Doğan Kayıplar	92
c) Destekten Yoksun Kalma Tazminatı.....	93
2. Bedensel Zarar Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi Zarar	99
a) Tedavi Giderleri.....	99
b) Kazanç Kaybı	101
c) Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar	102
i. Geçici iş göremezlik	102
ii. Sürekli iş göremezlik	103
d) Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar	106
B. Manevi Tazminat	107
C. Tazminat Miktarının Belirlenmesi ve İndirim	112
II. TAZMİNAT DAVASINDA TARAFLAR VE YARGILAMA USULÜ.....	115
A. Davacı	115
B. Davalı	116
C. Görevli Mahkeme	118
D. Yetkili Mahkeme	119
E. Zamanaşımı	120
F. İspat	121

G. Ceza Davasının Hukuk Davasına Etkisi	122
H. Arabuluculuk	124
SONUÇ	126
KAYNAKÇA	131



KISALTMALAR

ABD	: Ankara Baro Dergisi
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
D.	: Daire
dn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas Numarası
ERÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
m.	: madde
MHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi

MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunu
ODNK	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SSK	: Sosyal Sigortalar Kurumu
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
T.C	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTBK	: Türk Tabipleri Birliği Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

İnsanlık tarihi boyunca, insan sağığı ile ilgili olan hekimlik mesleğı tüm toplumlarda saygın ve kutsal bir meslek olarak görölmüştür. Hekimlik zor ve meşakkatli bir meslektir. İnsan vücudu, organlarıyla, hücreleriyle, organizmalarıyla karmakarışık bir sisteme sahiptir. Bu sistemin tamamen bilinmesi bilimsel olarak mümkün olmasa da, yıllar boyunca gelişen bilim ve teknoloji ile hekimlerin de tedavi yöntemleri pozitif gelişim ve değişim göstererek çağı ayak uydurmuştur.

Hekim, mesleğini icra ederken gelişen ve değişen teknikleri takip ederek tıp bilimine, verilerine ve tekniğı uygun şekilde hareket etmelidir. Hekim, tıbbi eğitimler ile kendini yeterli ölçüde geliştirerek hastanın tedavisine ve iyileşmesine yardımcı olmalıdır.

Tıp biliminin gelişmesi, hastanın, hekime güven duymasını ve hekime başvurma oranını arttırmıştır. Hekim ile hastanın tedavi amacıyla bir araya gelmesinin artışı, aynı şekilde tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluk davalarında da artışa neden olmuştur. Hekimden tıbbi müdahalede bulunurken, tıp etik kurallarına uygun şekilde ve hastanın yaşam hakkını üstün tutarak hastanın yararına hareket etmesi beklenir. Hukuka uygun olarak yapılan bir tıbbi müdahale, hekimin sorumluluğına yol açmaz.

Hekimin hatalı tıbbi müdahale uygulaması sonucunda tazminat sorumluluğunun yanı sıra, cezai, mesleki, idari sorumluluğı da söz konusudur. Ancak çalışmamız, hekimin özel hukuktan doğan sorumluluğı ve neticeleri ile sınırlı tutulmuştur.

Birinci bölümde, tıp hukukunda yer alan kavramlar kısaca açıklanmış, hukuka uygun tıbbi müdahalenin şartları değerlendirilmiştir. Tıbbi müdahaleler, hastanın bedensel bütünlüğüne yönelik olabileceğı gibi, hastanın ruhsal bütünlüğüne yönelikte olabilmektedir. Tazminat sorumluluğı açısından önem arz eden husus, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmamasıdır. Hukuka uygun tıbbi müdahalenin gerekli şartları irdelenmiştir.

İkinci bölümde, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğı tartışmalara yer verilerek ortaya konmuştur. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğı, hekimin sorumluluk kapsamının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Hekimin bağımsız çalıştığı veya kamu-özel hastanede bağılı olarak çalıştığı durumlar açısından ayrı ayrı irdelenmiştir. Bölümün ikinci kısmında ise, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan hekimin ana yükümlölükleri üzerinde durulmuştur.

Üçüncü ve son bölümde ise, hekimin tıbbi müdahaleden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat sorumluluğu ve sonuçları, görüşler ve Yargıtay kararları ışığında ele alınmıştır. Bu kapsamda, zarar kalemleri, hekimin sorumluluğunun özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan sonuçları, yargılama usulü, tazminat davasının ceza davasına etkisi ve arabuluculuk müessesesi incelenmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU

I. GENEL OLARAK

Hekimin tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluğunun belirlenmesinde, yapılan müdahalenin hukuka uygun şekilde yapılıp yapılmadığının tespiti önemlidir. Çalışmamızın bu bölümünde, bazı tanımlar açıklanmak suretiyle, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun koşulları ele alınmıştır.

II. TANIMLAR

A. Hasta

Hastanın tanımı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin¹ 4. maddesinde, “sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı duyan bir kimsedir” şeklinde yapılmıştır. Tıbbi açıdan hasta kavramı ile hukuksal açıdan hasta kavramı birbirinden farklıdır. Tıbbi anlamda hastadan bahsedebilmek için, hastanın tıbbi olarak rahatsız olması gerekir. Hukuksal anlamda hastadan söz edebilmek için ise, hastanın tıbbi olarak rahatsız olmasından ziyade, sağlık hizmetinden yararlanma talebinin olması yeterlidir. Bireyin danışmak için bile sağlık mensubuna başvurması, hukuksal açıdan hasta sayılması için yeterlidir². Hastanın, tam ehliyetsiz, küçük veya bilinci kapalı olması halinde, tedavi sözleşmesi, hastanın yasal temsilcisi ile hekim veya sağlık kuruluşu arasında kurulmuş olur³. Ancak, bu kimseler sözleşmenin tarafı olmakla birlikte, hasta sıfatını kazanmazlar.

B. Hekim

“Hekim”, Arapçadan ha-ke-me kök sözcüğünden türeyen ve kök anlamı gereği, akıllı ve becerikli olan kimsedir⁴. Mevzuatımız, Türkiye’de hekimlik mesleğinin icra edilebilmesi için belirli şartlar öngörmüştür. 1928 tarihli 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı

¹ RG: 01.08.1998, 23420.

² Yücel, Özge, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, içinde: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed: Özge Yücel, Gürkan Sert, Ankara, 2021, s. 40.

³ Şengül, Ragıp, Hasta ile Hekim Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği ve Hekimim Tazminat Sorumluluğu, İstanbul, 2020, s. 5.

⁴ Türkmen, Ali, Hasta ve Hekim Hukuku, Ankara, 2013, s.36.

İcrasına Dair Kanun⁵ uyarınca, hekim olabilmek ve tedavi edebilmek için üniversitelerin tıp fakültesinden diploma sahibi olma ve tabip odasına kaydolma koşulu bulunmaktadır.

Öyleyse hekim kavramından anlaşılması gereken, üniversitelerin tıp fakültesinden mezun olan ve tıbbi müdahale gerçekleştirebilme kabiliyetini haiz olan, insan sağlığı ile uğraşan, hastalıkları teşhis, tedavi edebilen kişidir⁶.

1219 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre ise; hekimin diplomasının geçerliliği şarta bağlanarak, Sağlık Bakanlığı'nın onayına tabi tutulmuştur. Bakanlık tarafından diplomanın onaylanması için de hekimin zorunlu hizmeti yapmış olması aranmaktadır. Aksi halde, diploma hekime teslim edilmez. Dolayısıyla tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olmak için tıp fakültesinden mezun olma koşulunun sağlanması yeterli olmakla birlikte; onaylanmış diploması elinde bulunmayan hekimin, mesleğini icra etmeye veya özel bir kuruluştaki çalışmaya yetkisi bulunmamaktadır.

Hekimin, mesleğini icra edebilmesinin diğer bir koşulu ise, hekimlik mesleğini yürütmeye geçici veya sürekli biçimde engel bir halinin bulunmamasıdır⁷. Türk Tabipler Birliği Kanunu⁸ madde 39' a göre, geçici meslekten men cezası verilen hekimlerin öngörülen süre içerisinde mesleklerini icra etmeleri mümkün olmayacaktır. 1219 sayılı Kanun'un 28. maddesinde sayılan hallerin⁹ varlığı halinde ise, daimi olarak hekimlik mesleğinin icrasından söz edilemeyecektir¹⁰.

2011 yılında çıkarılan, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK ile 1219 sayılı kanunun 1. maddesinde değişiklik yapılarak,¹¹

⁵ RG; 14/04/1928, 1219.

⁶ Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1992, s.1.

⁷ Türkmen, s. 39.

⁸ RG; 31/01/1953, 8323.

⁹ TŞSTİDK m. 28: *[Hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...)] (1) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir. İcrayı sanat etmesine mani ve gayrikabili şifa bir marazı aklı ile malul olduğu bilmüyene tebeyyün eden tabipler, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla icrayı sanattan menolunur ve diplomaları geri alınır. (Ek fıkra: 15/8/2017-KHK-694/5 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/5 md.) Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi nam ve hesabına tıp fakültelerinde okuyan tabip subaylardan yükümlülük süresini tamamlamadan mahkeme veya disiplin kurulu kararına dayanılarak ilişkisi kesilenler, kalan yükümlülük süresince hekimlik mesleğini icra edemezler].*

¹⁰ Türkmen, s.39.

¹¹ Madde 1 eski hali: *[Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun basta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu tıp fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır.]*

hekim olabilmenin önkoşulu olan Türk vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır. Ayrıca 28212 sayılı Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik¹² yayımlanarak, yabancı hekimlerin Türkiye’de hekimlik yapabilmesi için gerekli usul ve esaslar belirlenmiştir.

Hekimler dışında diğer sağlık çalışanları da tıp hukukunun önemli tarafıdır. Hekimler, sağlık çalışanları ile ekip halinde sağlık hizmeti vermektedir. Hekimler gibi sağlık çalışanlarının da sorumlulukları bulunmaktadır. Hemşire, ebe ve hasta bakıcılar yanında 1219 sayılı Kanun’un ek 13. maddesinde diğer sağlık mensupları; “odyolog, onörofizyoloji teknikeri, fizyoterapist, diyetisyen, klinik psikolog, dil ve konuşma terapisti, sağlık fizikçisi, podolog, anestezi teknisyeni, radyoterapi teknikeri, tıbbi görüntüleme teknikeri, ameliyathane teknikeri, odyometri teknikeri, tıbbi protez teknikeri, mamografi teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, ergoterapist, ergoterapi teknikeri, elektronörofizyoloji teknikeri, acil tıp teknikeri, eczane teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı ve sağlık bakım teknisyeni olarak sayılmıştır”¹³.

C. Tıbbi Müdahale

1. Genel Olarak

Tıbbi müdahale, hastalığın önlenmesi, tanınması, tedavi edilmesi veya hafifletilmesi amacıyla yapılan her türlü faaliyet olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Bu faaliyetler, en basit tanı ve tedavi yöntemlerinden, en karmaşık ameliyatlara kadar uzanabilmektedir¹⁵. Tıbbi müdahale kavramına; teşhis, tedavi, ilaç reçete etme, anestezi, röntgen, ultrason, estetik cerrahi, endoskopi, kan testi gibi tahliller ile psikoterapi örnek verilebilir¹⁶.

Mevzuatımızda, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin¹⁷ 4. maddesinde tıbbi müdahale kavramı, “*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan tıbbi

şeklinde dir. Son hali: [Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.] şeklindedir.

¹² RG; 22/02/2012, 28212.

¹³ Yücel, Kavramlar s. 43-44.

¹⁴ Türkmen, s. 40; Yücel, Kavramlar, s. 36.

¹⁵ Yavuz İpekyüz, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006, s.22; Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 5; Aşçıoğlu, s. 51.

¹⁶ Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku Cilt 1-2 Genel Hükümler, Ankara, 2021, s. 43.

¹⁷ RG; 08/05/2014, 28994. Ayrıca, 2014 yılında Hasta Hakları Yönetmeliğinde değişiklik yapılmasına dair yönetmelik 4. maddeye eklenen g bendi ile tıbbi müdahale tanımı yapılmıştır.

müdahalenin amacının tedavi etmek olduğu çıkarımı yapılsa da, tıbbi müdahalenin amacı, sadece tedavi etmek değildir. Tıbbi müdahale, salt güzelleşmek için, üremek için, istem dışı gebeliklerde kürtaj için, kimi zaman bilimsel çalışmalara katkı sağlamak için veya adli olaylarda delil elde etme maksadıyla da yapılması mümkündür¹⁸.

Öğretide, tıbbi müdahalenin doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacını içermesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁹. Bu görüş ile kanunun lafzı biraz daha geniş yorumlanmaktadır. Salt olarak hastayı iyileştirmek için yapılan tedavilerin yanı sıra; cinsiyet değişikliği veya bilimsel araştırma için yapılan faaliyetler de, dolaylı şekilde tedavi etmeye yönelik olduğundan tıbbi müdahale sayılmaktadır²⁰. Yargıtay, kararlarında tıp bilimi kapsamında yapılan her türlü müdahaleyi tıbbi müdahale olarak değerlendirmiştir²¹.

Tıbbi müdahalenin iç hukukumuzdaki temel hukuki kaynağı Anayasa'dır²². Anayasa'nın 17. maddesine göre; *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz”*.

Tıbbi müdahaleye ilişkin olarak değinilmesi gereken temel uluslararası kaynak ise, Biyotıp Sözleşmesidir²³. Uygulamada, Biyotıp Sözleşmesi kapsamında tıbbi müdahalenin sınırları belirlenmektedir²⁴. İlgili uluslararası sözleşmenin 4. maddesi uyarınca, *“Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir”*. Aynı sözleşmenin 5. maddesinde de *“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.”* şeklinde düzenlenme yapılarak, tıbbi müdahalenin mesleki

¹⁸ Hakeri, s. 43; Yücel, Kavramlar. s. 37; Ayan, s. 5; Savaş, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, İstanbul, 2013, s. 27. Tıbbi müdahalenin en azından hastalığı önleme amacıyla yapılması gerektiğine ilişkin aksi görüş için bkz. Arpacı, Abdülkadir, *“Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Dergisi, S, VI/2, 2009, s.5-15.

¹⁹ Ayan, s.9; Yavuz İpekyüz, s.22.

²⁰ Ayan, s.9; Yavuz İpekyüz, s.22.

²¹ Yarg. 2. HD., E. 2014/3539 K. 2014/10796 T. 12.5.2014, Yarg. 2. HD., E. 2014/8392 K. 2014/21580 T. 04.11.2014 (<https://www.lexpera-com-tr>., E.T: 13.04.2022).

²² RG: 09/11/1982,17863.

²³ Türkiye, bu sözleşmeyi 03/12/2003 tarihinde 5013 sayılı Kanun ile kabul etmiştir. RG: 20.04.2004/25439, Bkz.<https://www.lexpera-com> (Kısaca biyotıp sözleşmesi olarak söz edilecektir).

²⁴ Yarg. 15. HD., E. 2018/5523 K. 2019/801 T. 26.2.2019; Yarg. [15. HD., E. 2019/2716, K. 2019/3692, T. 30.9.2019](https://www.lexpera-com-tr). (<https://www.lexpera-com-tr>., E.T: 13.04.2022).

standartlara ve yükümlülöklere uygun olarak yapılması gerektiği ve müdahalenin zorunlu haller saklı kalmak şartıyla kişinin rızasına dayalı olması gerektiği vurgulanmıştır.

Tıbbi müdahale, uygulanış tarzına göre; .eler ve ruhsal sağlığına ilişkin müdahaleler olarak ikiye ayrılır.

2. Tedavi Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Cerrahi müdahaleler doğrudan veya dolaylı olarak tedavi etme amacıyla yapılabilir²⁵. Tedavi amacıyla yapılan cerrahi müdahaleler, bedensel bütünlüğü yönelik tıbbi müdahalelerin bir türüdür.

Tedavi amacıyla yapılan cerrahi müdahalelerde, doğrudan organ veya dokular üzerine yapılan müdahale ile organ veya organizmalardaki bozuklukların giderilmesi amaçlanmaktadır. Tedavi amaçlı müdahale, bir hastalığın tedavi edilmesi, hastalığın önlenmesi veya hastanın duyduğu acının azaltılması amacıyla yapılması şeklinde de icra olunabilir²⁶. Cerrahi müdahaleler dendiğinde akla ilk olarak ameliyatlara gelse dahi, aslında kan alma, serum ile ilaç verme, saç ekimi, biyopsi yapılması gibi vücut bütünlüğüne karşı yapılan tüm tıbbi müdahaleleri kapsamaktadır²⁷.

Tedavi amaçlı tıbbi müdahaleler, ameliyat yapılması, bir organ veya dokunun alınması, biyopsi yapılması vb. şeklinde cerrahi nitelikte tıbbi müdahaleler olabileceği gibi, serum ile ilaç alma, kan verme gibi cerrahi nitelik taşımayan müdahaleler de olabilmektedir.

3. Estetik Müdahaleler

Estetik müdahaleler, kişinin bedeninde doğuştan veya sonradan meydana gelen, dış görünüşünü bozan deformasyonları gidermek veya daha güzel bir dış görünüş elde etmek amacıyla yapılan müdahalelerdir²⁸.

Estetik müdahaleler, tedavi amaçlı estetik müdahaleler ve güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler şeklinde ayrı ayrı incelemek gerekir.

Hastanın bedeninde yer alan deformasyonun, düzeltilmesi veya giderilmesi amacıyla yapılan estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, tedavi edici nitelikte tıbbi müdahalelerdir. Bedensel sağlık için tedavi edici nitelikte olan estetik amaçlı tıbbi müdahalelere; hastanın kaza sonucu

²⁵ Ayan, s.9; Yavuz İpekyüz, s.22.

²⁶ Yavuz İpekyüz, 30.

²⁷ Ateş, Turan, Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları, İstanbul, 2012, s.67; Yavuz İpekyüz, 30; Savaş, 28,

²⁸ Ayan, s.34; Çetinoğlu, s. 52.

vücudunda meydana gelen yara izi, yanık izi veya doğuştan var olan bir anomalinin giderilmesi amacıyla yapılan cerrahi müdahaleler örnek olarak verilebilir²⁹.

Güzelleştirmek amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerde ise, doğrudan kişinin beden sağlığına yönelik bir koruma söz konusu değildir. Günümüzde, bedeninde bir deformasyon veya yara olmasa dahi, kendisini çirkin bulduğundan estetik müdahale yaptıran kişi sayısı oldukça fazladır. Burun şekillendirilmesi, meme büyütme- küçültme, yağ aldırma, saç ektirme, yüz gerdirme ve çeşitli dolgu işlemleri bu tarz müdahalelere örnek olarak verilebilir. Hasta, kendinde kusur olarak gördüğü, rahatsızlık duyduğu veya çirkin olduğunu düşündüğü görüntünün giderilmesini isteyebilir. Kişiden kişiye değişen çirkinlik algısı, kişinin ruh sağlığının bozulmasına neden olabilir. Bu nedenle bu tür müdahaleler, kişinin bedensel sağlığından çok kişinin ruhsal sağlığını korumaya yönelik müdahalelerdir. Beden sağlığı ile ruh sağlığı bir bütün olarak kabul edildiğinde, estetik amacıyla yapılan müdahalelerin tedavi amacına yönelik olduğu kabul edilmelidir³⁰.

4. Cinsel Faaliyetlere İlişkin Tıbbi Müdahaleler

Sterilizasyon (kısırlaştırma), kastrasyon, gebeliğe son verme, yapay döllenme ve cinsiyet değişikliği, cinsel faaliyete ilişkin cerrahi müdahaleler olarak adlandırılmaktadır³¹.

Sterilizasyon, kadın veya erkeğin üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması amacıyla yapılan tıbbi müdahaledir. Kişinin cinsel dürtülerine zarar vermeksizin, kadınlarda yumurta kanallarının, erkeklerde ise sperm kanalının kapatılarak üreme yeteneğine son verilmesidir³². Kişi, geri dönüşümsüz olarak üreme yeteneğini kaybetmektedir. Sterilizasyon, kişinin serbest iradesine dayalı olarak yapılabileceği gibi, hastanın yaşam hakkı kapsamında tedavisi için zorunlu olduğu ve hastadan rıza alınmasının mümkün olmadığı acil hallerde de hastanın rızası aranmaksızın yapılabilmektedir³³.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un³⁴ 4. maddesi, “Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir. Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit

²⁹ Ateş, s. 97.

³⁰ Ersöz, Kürşat, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Hukuk Dergisi, C:5, S: 45, 2010, s. 106; Ateş, s.97; Yavuz İpekyüz, s.31; Ayan, s. 34; Savaş, s.27; Türkmen, s.45.

³¹ Türkmen, s.43.

³² Ayan, s. 25; Ateş, s. 67.

³³ Aksi görüş, Sterilizasyon kişilik hakkına yönelik, kişilik hakkını ihlal edici bir cerrahi müdahale olduğundan, belirli hallerde ve tedavi amacıyla yapılması mümkündür. Ayan, s. 25.

³⁴ RG: 24/05/1983, 18059.

kişinin isteği üzerine yapılır” şeklinde düzenlenmiştir. Kanuna göre, sterilizasyon işleminin yapılabilmesi, ergin kişinin talebinin olması ve işlemin yapılmasında tıbben sakınca bulunmaması halinde mümkündür. Üreme faaliyetini yerine getiren organın kısırlaştırılmasına yönelik müdahalenin hastanın rızasına bağlı olarak yapılabilmesi, kişinin bedeni üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucudur³⁵.

Yine Kanun’un 6/2 maddesi uyarınca, *“rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir”*. Hükme göre, kişinin evli olması durumunda eşinin rızası da aranmaktadır. Sterilizasyona, eşin rıza vermediği durumlarda, aile mahkemesine başvurarak onay istenebilir.

Kastrasyon ise, kişinin cinsel salgı bezlerinin alınarak, cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin ortadan kaldırılmasıdır³⁶. Kastrasyon, kişinin cinsel arzu ve dürtüleri ile cinsel ilişkide bulunma yeteneğini, tamamen ortadan kaldıran bedensel bütünlüğe yönelik bir cerrahi müdahaledir.

Kastrasyon, Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu’nun 4/3. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, *“Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir”*. Kastrasyon sadece zorunluluk hallerinde yapılabilir. Kanun, sadece ameliyat sırasında doğan zorunluluk halini düzenlemiştir. Ancak, ameliyat öncesi de kastrasyon işlemi tıbben zorunlu hale gelmiş olabilir. Bu konuda, kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanımızca, böylesine hassas ve geri dönülemez sonuçlar doğuran bu konu hakkında iç hukukumuzda daha kapsamlı bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Ayrıca, kastrasyon işleminin cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarından hüküm giyen kişiler için uygulanması, ülkemizde tartışma konusudur. Burada amaçlanan, faile ilaç verilmek suretiyle, kişinin vücudundan testosteron hormonunun uzaklaştırılarak, cinsel faaliyette bulunma yeteneğini ortadan kaldırmak ve böylece suçta tekrarı önlemektir³⁷.

Halk arasında kürtaj olarak da bilinen gebeliğe son verilme işlemi ise, ana rahminde bulunan ceninin tıbbi müdahale ile ortadan kaldırılmasıdır. Gebeliğe son verilmesi, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve bu kanuna bağlı olarak çıkarılan 83/7395 sayılı Rahim

³⁵ Erbaş, Rahime, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK MD. 101)”, İÜHFM, C: LXXIII, S:1, 2015, s. 116.

³⁶ Küçük, Tevfik Sönmez, “Bir Ceza Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, GÜHFD, C. XIX, S. 4, 2015, s. 300; Ayan, s. 27; Yavuz İpekyüz s. 37; Ateş, s. 67.

³⁷ Küçük, s. 302.

Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük³⁸ ile düzenlenmiştir. Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar, zorunlu hal bulunmasa dahi, hamile kadının rızası ile gebelik sonlandırılabilir³⁹. NPHK m. 6. ya göre, kürtaj işlemi için, hamile kadın evli ise, eşinin de rızası aranmaktadır. Hamile kadın, vesayet altında ise, kendi rızası yanında vasinin rızası ve vesayet makamının onayı; hamile kadın küçük ise, kendi rızası yanında velisinin de rızası gerekmektedir. Hamile kadının ayırt etme gücü yoksa, kendisinin rızası aranmaz; vasinin rızası ve mahkeme onayı yeterlidir. Acil müdahale edilmesi gereken, hastanın, velinin veya vasinin rızası veya mahkeme onayı beklenmeksizin müdahale edilir⁴⁰.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁴¹ 99. maddesinde, “Kadının *mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.*” şeklinde yapılan düzenleme ile cinsel saldırı sonucu oluşan gebeliklerde, gebeliğin sonlandırılması işlemine yirmi haftaya kadar izin verilmektedir.

Cinsel istismar sonucu meydana gelen gebeliklere ilişkin Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda, Türk Ceza Kanunu'ndaki gibi düzenleme yapılması gerekmektedir. Ayrıca, gebeliğin cinsel saldırı sonucu oluştuğunun, kim veya hangi kurum tarafından nasıl tespit edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaması, uygulamada

³⁸ RG: 18/12/1983, 18255.

³⁹ Yılmaz, Candan, “Gebeliğin Sonlandırılmasında İzin Verilen Yasal Sürelere İlişkin Karşılaştırmalı İnceleme”, DEUHF, C. 21, Özel S., Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 2019, s. 3321-3322.

⁴⁰ Madde 5 – [Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir. Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icap ettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur. Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir.] Madde 6 – [5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. 4’üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir. Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir].

⁴¹ RG: 12/10/2004, 25611.

sorunlar yaratmakta, kadınların bu yola başvurmalarını zorlaştırmaktadır⁴². Madde metnini incelediğimizde; ortada bir suç olması ve gebeliğin bu suç sonucu eylem ile meydana gelmesi gerekmektedir. Suçun oluşup oluşmadığı noktasında, maddi gerçeğin tespiti ancak yapılacak yargılama sonucunda verilen kesin hükümle mümkündür. Ülkemizde titizlikle yapılan yargılamalarda, maddi gerçeğin ortaya çıkması yıllarca sürebilmektedir. Hal böyle olunca, TCK m.99'a göre yapılacak gebeliğin sonlandırılması işlemi için mahkeme kararının beklenmesi halinde, yirmi haftalık süre aşılabacağından, kadının gebeliğini sonlandırması mümkün olmayacaktır. Gebeliğin cinsel saldırı sonucu oluştuğunun tespitinde mahkeme de karar verse, nihai olarak, alanında uzman hekimlerden görüş alacaktır. Bu durumda, sürecin işlevsel olabilmesi ve saldırıya uğrayan kadınların bu yolu tercih edebilmesi için gebeliğin cinsel saldırı sonucu oluştuğunun hekim raporuyla tespit edilerek kadına bu hakkın tanınması daha isabetli olacaktır⁴³. Uygulamada cinsel saldırıya uğrayan kadınlar, ailelerinden korktuğu için veya olayın duyulmasını, bilinmesini istemedikleri için vuku bulan eylemi adli mercilere dahi taşıyamamaktadırlar. Gebeliğin sonlandırılması için olayın adli mercie taşınmasının aranması, toplum baskısından korkan kadınların gebeliğin sonlandırılması için güvenli olmayan yollara başvurmalarına sebep olmaktadır⁴⁴.

Bir diğer cinsel faaliyetlere yönelik cerrahi müdahale ise, yapay dölleme. Çocuk sahibi olmak isteyip doğal yollardan çocuk sahibi olamayan kadın, yapay dölleme yoluna başvurarak (tüp bebek) çocuk sahibi olabilmektedir. Yapay dölleme prosedürünün usul ve esasları 06/03/2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ile belirlenmiştir. Yönetmeliğe göre, yapay dölleme yöntemini yaptıracak kişilerin evli olması ve normal yollarla çocuk sahibi olamamaları gerekir. Yapay dölleme, anne adayının yumurtası ile kocasının sperminin çeşitli yöntemlerle döllenerek, annenin rahmine yerleştirilmesi işlemidir. Hukukumuz, kadının yumurtalarının eşinin dışında, başka bir erkeğin spermi ile döllenmesini, erkeğin spermelerinin de, başka bir kadının yumurtaları ile döllenmesini engellenmiştir⁴⁵.

Son olarak, cinsiyet değişikliği de, cinsel faaliyetlere yönelik bir müdahaledir. Cinsiyet değişikliği, kişinin cerrahi müdahalelerle o ana kadar sahip olduğu cinsiyet kimliğinin ortadan

⁴² Bu yönde bkz., Yener Ünver, Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul, 2005, s. 106.

⁴³ Işık, Barış, “*Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürtülmesi Suçu*”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C:3, S:2, 2015, s. 35-40. <https://dergipark.org.tr/E.T: 17.04.2022>).

⁴⁴ Uyumaz Alper/ Avcı Yasemin, “*Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:1, 2016, s.606-607 (<https://dergipark.org.tr/>, E.T.: 18.04.2022); Işık, Barış, s. 37.

⁴⁵ Işık, Olcay, “Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, (Atatürk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi), 2010, s. 60.

kaldırılarak, karşı cinsin görünümüne kavuşturulmasıdır⁴⁶. Bir diğer deyişle, kadının erkeğe, erkeğin de kadın cinsiyetine dönüştürülmesidir.

Türk hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin ilk düzenleme, 1988 yılında Medeni Kanun’da yapılan değişiklik ile söz konusu olmuştur⁴⁷. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun⁴⁸ 40. maddesinde cinsiyet değişikliğine ilişkin yeni bir düzenleme yapılmıştır. Anılan hükme göre, cinsiyet değiştirmek isteyen kimse, cinsiyetinin değiştirilmesini mahkemeden talep edebilecektir. Mahkemenin cinsiyet değiştirilmesine izin verebilmesi için talepte bulunan kişinin 18 yaşını doldurmuş olması, ayırt etme gücüne sahip olması, evli olmaması, transseksüel yapıda olması ve kişi için ruhsal açıdan cinsiyet değişikliğinin zorunlu olması gerekmektedir. Kişi, T.C. Sağlık Bakanlığı’na bağlı herhangi bir eğitim ve araştırma hastanesinden alacağı rapor ile bu durumu ortaya koymalıdır.

Cinsiyeti değişen kişi, nüfus sicilinden cinsiyetinin değiştirilmesini talep edebilecektir. Cinsiyet değişikliğinin ruhsal sağlık açısından zorunlu olmasından dolayı, cinsiyet değişikliklerinin tedavi amacıyla yapıldığı kabul edilmektedir⁴⁹. Transseksüel yapıda olan bireylerin cinsiyet değiştirebilecekleri mevzuatımızda öngörülmüştür. Transseksüeller, anatomik yapısı gereği cinsiyeti belli olan, ancak dış görünümüyle karşı cinsin özelliklerini taşıyan, sahip olduğu anatomik yapıdan rahatsız olan kişilerdir⁵⁰. Sadece transseksüeller değil, hermafroditler, yani çift cinsiyetli kişiler de, hüküm kapsamında değerlendirilmelidir⁵¹. Bu kişilerin, yapılacak ameliyatlara bir cinsiyete kavuşturulması, kişinin ruhsal sağlığı açısından zaruridir.

TMK kapsamında, 20/03/2018 tarihine kadar, ‘*üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma*’ cinsiyet değişikliğine izin verilmesinin bir koşulu olarak düzenlenmekteydi. Öğretide, bu şartın mahkemeden izin aşamasında aranması eleştirilmekteydi⁵². Şöyle ki, kişi cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirdiğinde ameliyatın doğal sonucu olarak üreme

⁴⁶ Ayan, s. 30.

⁴⁷ 743 sayılı Medeni Kanunu’nda 1988 yılında yapılan değişiklik ile m.29/2 [*Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltilir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur.*] Hükümü eklenmiştir. Cinsiyet değişikliğinin hangi durum ve koşullarda yapılacağına ilişkin bilgi içermemektedir.

⁴⁸ RG: 08/12/2001, 24607.

⁴⁹ Savaş, s. 27.

⁵⁰ Aşcıoğlu, s. 168,

⁵¹ Akipek, Jale/ Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2012, s. 494.

⁵² Kudret Güven, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, GÜHFD, C.1, S.1, 1997, s.65; Murat Kaya, “Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Sonuçları”, Mecmua, Ankara 2008, s. 79.

yeteneğinden yoksun kalmaktadır. Bu nedenle, mahkemeden izin aşamasında bu şartın aranması, üreme yeteneğine sahip, ancak kendini transseksüel yapıda hissedenler için ayrı bir tıbbi müdahaleye maruz bırakılmasına neden olmaktadır⁵³. Söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olduğundan cihetle, iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş akabinde, [20/3/2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 29/11/2017 tarihli ve E.: 2017/130, K.: 2017/165] sayılı kararı ile, TMK m. 40'ta yer alan “ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu...” ibaresi iptal edilmiştir.

5. Organ ve Doku Nakli Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Modern tıbbın gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan bir müdahale olan organ ve doku nakli; işlevini yitirmiş hücre, doku veya organın vücuttan çıkarılması ve yerine yeni hücre, doku veya organın yerleştirilmesi işlemidir⁵⁴. Bu kapsamdaki müdahalelerin düzenlenmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakil Hakkında Kanun⁵⁵ ile düzenleme altına alınmıştır. Kanun'un 2. maddesinde, saç ve deri alımı, aşılması, nakli ve kan transfüzyonunun ODNK'ya tabi olmadığı, ilgili genel mevzuata tabi olduğu düzenlenmiştir⁵⁶. Kanunda, organ ve dokuların, çıkar karşılığı alınması ve satılması yasaklanmış, hekimlere de, “bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetme” yükümlülüğü getirilmiştir.

Organ veya dokular, ölüden alınabileceği gibi, yaşayan kişiden de alınabilir. Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda, yaşayan kişiden organ ve doku alınması ile ölüden organ ve doku alınması ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Yaşayan kişiden organ ve doku alınmasında, vericinin vücut bütünlüğüne müdahale söz konusudur. Sağlığı tehlikeye girebilecek olan kişi, vericidir. Bu nedenle, organ veya doku verecek kişinin rızası, müdahalenin hukuka uygun olması için önemli şarttır. Organ veya doku naklinde amaç; alıcının sağlığına kavuşturulmasıdır. Bu nedenle, alıcı açısından kişilik hakkı veya vücut bütünlüğüne yapılan müdahale, saldırı niteliği taşımamaktadır. Organ ve Doku verebilmek için vericinin on sekiz yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olması

⁵³ Turan Başara, Gamze, “Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, S.103, s. 256. (<https://dergipark.org.tr>, E.T.: 18.04.2022).

⁵⁴ Ayan, s. 17.

⁵⁵ RG: 03/06/1979, 16655.

⁵⁶ Madde 2: [Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Ototrefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir].

gerekmektedir. Kanun, açıkça, verici için on sekiz yaş şartını aramaktadır. Hal böyle iken, evlilik birliği veya mahkeme kararı ile ergin kılınan kişinin organ ve doku nakli verebilmesi mümkün değildir⁵⁷.

Organ ve doku naklinde vericinin rızası, yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir irade beyanıdır. ODNK m. 6'da, rızanın geçerli olabilmesi için, şekil şartı düzenlenmiştir. Maddeye göre, vericinin, iki tanık huzurunda yazılı ve imzalı olarak rıza iradesini bildirmesi veya iki tanık huzurunda sözlü olarak rızasını beyan etmesi ve tutanak altına alınarak imzalanması ve tutanağın hekim tarafından onaylanması, rızanın geçerlilik şartıdır. Hükümde yer alan sözlü rıza da, tutanağa bağlanıp, verici tarafından imzalanması gerektiğinden yazılı rıza olarak değerlendirilir.

Türk Medeni Kanunu m. 23/3'te ise, *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür”* şeklinde düzenleme mevcuttur. İlgili maddede ve gerekçesinde insan kökenli biyolojik maddenin tanımına yer verilmemiştir. Bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, insan kökenli biyolojik madde, insan vücudunun canlı organizmasına ilişkin her türlü parçayı kapsar⁵⁸. Organ ve doku yanında; kan, deri, tırnak, saç ve sperm de insan kökenli biyoloji maddedir. Diğer bir görüşe⁵⁹ göre ise, insan kökenli biyolojik madde kavramı, ODNK'nın kapsamı dışında kalan, insan vücuduna ilişkin her türlü parça şeklinde yorumlanmaktadır. Kanaatimizce, her ne kadar, saç ve deri alımı, aşılması, nakli ve kan transfüzyonunun ODNK'nın kapsamı dışında bırakılmış ve genel mevzuata⁶⁰ tabi olduğu düzenlenmiş ise de, bu düzenlemeden, TMK kapsamında düzenlenen “insan kökenli biyolojik maddelerin” sadece saç, deri, kan vb. kavramlar olduğu yorumu çıkarılamaz. Bu nedenle, insan kökenli biyolojik maddelerin, ODNK'nın kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın insan vücuduna ait her türlü parça olduğu görüşüne katılmaktayız.

ODNK m. 6 hükmünde ve TMK m. 23/3'te vericinin rıza açıklaması şekle bağlanmıştır. Öğretide bir görüşe⁶¹ göre, söz konusu hükümler arasında çelişki bulunmamaktadır. Hükümler birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Rızanın şekil şartına ilişkin olarak, ODNK m.6

⁵⁷ Kılıçoğlu, Ahmet, “Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991, S:2, s. 250 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/>, E.T: 19.04.2022).

⁵⁸ Çilingiroğlu, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993, s. 73.

⁵⁹ Gürzumar, Osman Berat, “Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler”, ABD, S. 3, 1991, s. 380.

⁶⁰ ODNK m. 2: [...*Otogreşler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir*].

⁶¹ Çilingiroğlu, s. 74.

hükmü ile TMK m.23/3 hükmündeki şekil şartına başka bir alternatif sağlanmış ve ODNK m.6 da belirtilen şartların varlığı halinde, rızanın sözlü olarak verilebilmesi, mümkün kılınmıştır. Diğer görüşe⁶² göre ise, TMK m.23/3 hükmü, ODNK m.6 hükmünü kısmen değiştirmiştir. Geçerli bir rıza beyanından söz edilebilmesi için, rızanın, yazılı şekilde açıklanması gerekmektedir. ODNK m.6 da belirtilen şartların bulunması halinde dahi, rızanın sözlü olarak verilmesinde, geçerli rızadan söz edilemez.

ODNK’da, vericinin hayatını mutlak suretle tehlikeye sokan ve sona erdiren, organ ve dokuların alınması yasaklanmıştır. Bu halde, alınacak organ veya dokunun, vericinin hayatını tehlikeye atması durumunda, vericinin rızası yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Ayrıca, hekimin, vericiye süreç hakkında bilgi verme ve vericiyi bazı hususlarda aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır⁶³.

Ölüden organ ve doku alınması için, ölüm halinin saptanması gerekir. Organ Nakli Kanunu, tespit edilmesi gereken durumu ‘tıbbi ölüm’ olarak tanımlamıştır. Tıbbi ölümün gerçekleştiği hususu, “*biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından*” oy birliği ile saptanır⁶⁴. Ancak, doku veya organ naklini yapacak olan hekim, onay kurulunda yer alamaz.

Kişi, sağlıklı iken; ölümü halinde, vücudunun tamamının veya bazı organ ve dokularının tedavi, bilimsel araştırma veya teşhis için kullanılmasına rıza gösterebilir. Bu rıza açıklaması, yazılı bir vasiyet ile açıklanabileceği gibi, iki tanık huzurunda sözlü şekilde de yapılabilir. Ölen kişi, sağlığında rıza açıklamasında bulunmamış ise, kanununa göre, ölüm anında yanında olan eşi, ergin çocuğu, annesi, babası veya kardeşlerinden birinin onayı ile ölüden organ veya doku alınabilir. Bu kişilerin yokluğu halinde ise, yanında bulunan bir akrabasının rızasıyla da ölüden organ veya doku alınabilir⁶⁵. Ayrıca, ölen kişi aksine vasiyet

⁶² Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 20. Bası, İstanbul, 2019, s. 116.

⁶³Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü: Madde 7 – [Organ ve doku alacak hekimler : a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek; b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak; c) Akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek; d) Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek; e) Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek; f) Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak].

⁶⁴ Anılan hükmün Değişik: 2/1/2014-6514/41 md. öncesi halinde biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji olmak üzere 4 hekim tarafından oybirliği ile tıbbi ölümün saptanması aranıyordu.

⁶⁵ ODNK m. 14/1: [Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya

ibraz etmediyse, alındığında ceset üzerinde değişikliğe sebep olmayacak dokuların alınması mümkündür⁶⁶. Ölen kişi, sağlığında, ölümünden sonra organ veya dokularının alınmasına karşı olduğuna ilişkin beyanda bulunmuş ise, öldükten sonra, vücudundan organ veya doku alınamaz⁶⁷.

Kaza veya doğal afet sonucu ölen kişinin yanında yukarıda belirttiğimiz kimselerden biri yoksa, tıbbi ölüm halinin alınacak organ veya dokulara bağlı olmadığı, hekimler kurulu raporuyla belgelenmesi halinde, ivedilik ve zorunluluk hallerinde, yukarıda bahsi geçen yakınlarının rızası aranmaksızın, ölünün organ veya dokusu alınabilir⁶⁸.

Yaşayan bir kişiden veya ölüden alınan organ ve dokunun alıcıya naklinde, alıcı açısından yapılan tıbbi müdahalenin tedavi amacı taşıdığı aşıkardır⁶⁹. Ancak, yaşayan kişiden organ veya doku alınması durumunda, vericinin vücuduna yapılan tıbbi müdahalenin, tedavi amaçlı olduğundan söz edilemez. Yaşayan vericiden, bir başkasını iyileştirmek için organ veya doku alınması, her ne kadar verici açısından tedavi amacı taşımasa da, kanunda özel olarak düzenlendiği için yapılan tıbbi müdahale, hukuka aykırı değildir⁷⁰.

6. Ruh Sağlığına Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Ruh sağlığına yönelik tıbbi müdahalelerde hastanın manevi sağlığına yönelik müdahale söz konusudur. Psikolojik tedavi, ilaç tedavisi ve güzelleşmek amacıyla yapılan estetik müdahaleler ruh sağlığına ilişkin tıbbi müdahalelere örnek verilebilir⁷¹.

Hastanın psikolojik olarak var olan rahatsızlığını ortadan kaldırmak amacıyla, hekim, hastaya psikolojik tedavi faaliyetleri uygulayabilir. Genellikle bu tedavi, hasta ve hekimin

kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.

⁶⁶ ODNK m. 14/2: [Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir].

⁶⁷ ODNK m. 14/3: [Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz.].

⁶⁸ ODNK m. 14/4: [(Değişik: 21/1/1982- 2594/1 md.) Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir].

⁶⁹ Yavuz İpekyüz, s. 35.

⁷⁰ Gürbüz, Elif Rümeysa, Organ ve Doku Naklinde Rıza, (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi), Ankara, 2021, s. 79-80.

⁷¹ Ayan, s. 35; Yavuz İpekyüz, s. 44-45.

karşılıklı olarak görüşmesi şeklinde gerçekleşir⁷². Bu tür tıbbi müdahalelerde, doğrudan hastanın bedensel bütünlüğüne yönelik zarar doğması mümkün değildir. Ancak, uygulanan tedavinin, hastanın ruhsal bütünlüğünün bozulmasına yol açması veya var olan bozuklukları arttırması sonucunda, hastanın kendine zarar vermesi söz konusu olabilir. Bu hallerde, illiyet bağının varlığı halinde, hekim, kusurluysa hastanın uğradığı bedensel zararlardan sorumlu tutulabilir⁷³.

Hastanın tedavisi amacıyla, uygulanan cerrahi müdahaleler sonrasında veya psikolojik tedavi faaliyetlerinde uygulanan ilaçlı tedavi de bir tıbbi müdahale çeşididir⁷⁴.

Güzelleştirmek amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler de kişinin ruhsal sağlığını korumaya yönelik müdahalelerdir. Hasta, güzelleşmek amacıyla, rahatsızlık duyduğu veya çirkin olduğunu düşündüğü görüntüsünün giderilmesini isteyebilir. Kişiden kişiye değişen çirkinlik algısı, kişinin ruh sağlığının bozulmasına neden olabilir. Bu nedenle, hastaya, güzelleşmesi amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerde, hastanın bedensel sağlığından ziyade, ruh sağlığının korunması amaçlanmıştır.

D. Komplikasyon

Komplikasyon, tıbbi müdahalenin istenmeyen sonuçlarından biridir. Komplikasyon, müdahalenin tıbbi standartlara uygun olarak yapılmasına ve gereken tedbirlerin alınmasına rağmen, ortaya çıkabileceği tıp bilimi çerçevesinde kabul edilen risklerdir⁷⁵. Komplikasyon, sadece ameliyat sırasında veya sonrasında değil, ilacın kullanılması, aşının olunması, teşhis yönteminin kullanılması gibi başkaca tıbbi müdahaleler sonucu da ortaya çıkabilmektedir.

Tıp etiğinin önemli ilkesi olan “*Primum nihil nocere...*”⁷⁶ ilkesi gereği, hekim, hastasına uygulayacağı müdahalelerde her zaman ortaya çıkabilecek sorunları göz önünde bulundurmalıdır. Hekim, tıbbi uygulama sırasında ortaya çıkabilecek risklerde yarar/zarar dengesini gözetmelidir.

Hekimin, ortaya çıkan komplikasyonlardan sorumlu tutulmaması için, hastasını bilgilendirmiş ve rızasını almış olması gerekir. Ancak, hekimin tüm komplikasyonları

⁷² Yavuz İpekyüz, s. 45.

⁷³ Ayan, s. 35-36.

⁷⁴ Yavuz İpekyüz, s. 45.

⁷⁵ Hancı, Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2006, s. 29-30; Demir, s. 86; Özdemir, Gençler, Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2021, s. 112; Hakeri, s.,995.

⁷⁶ [Önce, zarar verme!] anlamına gelen latince deyiş. (Bkz. tr.wikipedia.org, E.T.: 21.04.2022).

bildirmesi mümkün değildir. Öngörülebilir ve hastanın durumuna göre oluşma ihtimali, muhtemel olan komplikasyonları bildirmelidir⁷⁷. Ortaya çıkan istenmeyen sonuç, hekimin kusurlu uygulama hatasından kaynaklanıyor ise; hekimin, hatalı müdahalesinden dolayı hem hukuki hem de cezai sorumluluğu söz konusu olur⁷⁸.

E. Tıbbi Malpraktis

Tıbbi malpraktis, tıbbi müdahale sırasında, tıp bilimi kurallarının uygulanmaması, hatalı teknik kullanılması veya bilgi ve beceri eksikliği sonucu; “hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelir”⁷⁹. Tıbbi malpraktis, insani faktörlerden (bilgisizlik, özen eksikliği) kaynaklanacağı gibi, çevresel faktörlerden veya tıbbi cihaz hatalarından kaynaklanabilir⁸⁰.

Türkiye Tabipler Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarında, tıbbi malpraktisi, “*Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice): Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik sebebiyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelir.*” şeklinde tanımlamıştır.

Sorumluluktan bahsedilmek için, kusurun varlığı aranmaktadır. Tıbbi kusur, hekimin gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışından, tıp merkezlerinde veya hastanelerdeki hizmet sürecinde fiziki alt yapı yetersizliğinden, personel eksikliğinden veya gerekli teknik araç ve gereç eksikliği gibi organizasyon bozukluğundan kaynaklanabilir⁸¹.

Tıbbi hata, hekimin ihmali davranışıyla ya da kasıtlı olarak tıbbi kuralların ihlal edilmesi ile ortaya çıkar⁸². Hekimin sorumluluğu, sübjektif ve objektif olmak üzere ikili değerlendirme yapılarak belirlenir⁸³. Somut olayın şartlarıyla, hekimin bilgi ve becerisi, birlikte değerlendirilmelidir.

Komplikasyonda, tıbbi müdahalenin, tıbbi standartlara göre yapılmasına rağmen ortaya çıkma ihtimali bulunan “izin verilen risk” söz konusu iken; malpraktiste, kusur sonucu, hatalı

⁷⁷ Değdaş, Ulaş Can, “*Hatalı Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:6,2018, s. 60; Özdemir, s. 114; Gökcan, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, 2013, s.63; Hakeri, s. 996.

⁷⁸ Hakeri, Hakan, Tıp Ceza Hukuku, İstanbul, 2022, s. 104-105.

⁷⁹ Savaş, s. 68; Özdemir, s. 32; Zeynep Özcan, Ayşe Betül Özcanoglu, “*Yargıtay Kararları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:16, 2020, s.301,302. (<https://dergipark.org.tr/>, E.T.: 25.04.2022).

⁸⁰ Savaş, s. 68.

⁸¹ Demir, s. 84-86; Değdaş, s. 54,60.

⁸² Özcan/Özcanoglu, s. 303.

⁸³ Hakeri, s. 997; Demir, s. 246.

uygulama sonucu istenmeyen durumun ortaya çıkması söz konusudur. Bu nedenle, hekim komplikasyondan dolayı sorumlu tutulamaz iken, malpraktiste ortaya çıkan zarardan kusuru oranında sorumlu olur⁸⁴.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 13'te yer alan malpraktisin tanımında “*Hekimliğin kötü uygulanması*“ ifadesi, aslında sadece sağlık hizmeti veren hekimin kusurunu değil; hekimle birlikte çalışan hemşire, fizyoterapist gibi diğer sağlık çalışanlarının da hatalı tıbbi uygulamasını kapsamaktadır.

Tıbbî uygulama hatalarında, hekimin cezai, idari ve hukuki açıdan sorumluluğu söz konusudur. Hekimin, hukuki sorumluluğunda tazminat yükümlülüğü doğar⁸⁵. Tazminat belirlenirken; hekimin kusur oranı ve sebep olduğu zarara göre hesaplama yapılır. Çalışmamızın üçüncü kısmında hekimin tazminat yükümlülüğü daha detaylı olarak incelenmiştir.

III. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN ŞARTLARI

Tıbbi müdahale, kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılan bir müdahale olduğundan, kişilik haklarına karşı bir müdahaledir⁸⁶. Tıbbi müdahaleyi icra eden kişinin, yaptığı müdahale kapsamında hukuki, cezai, idari bir yaptırım ile karşı karşıya kalmaması için müdahalenin hukuka uygun olması gerekir.

Mevzuat çerçevesinde, hukuka uygun tıbbi müdahaleden söz edebilmek için; müdahalenin yetkili sağlık çalışanı tarafından yapılması, müdahalenin uygulanmasında tıbbi açıdan gereklilik olması, sağlık çalışanının gerekli dikkat ve özen göstermesi ve müdahalenin, tıp bilimine ve tekniğine uygun olarak yapılması gerekir. Ayrıca, uygulanacak müdahaleye ilişkin olarak, hastanın aydınlatılmasına dayalı rıza beyanının da alınması gerekir⁸⁷. Bu şartlardan birinin eksikliği halinde, yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı şekilde yapılmış sayılır. Bu şartlar aşağıda detaylı olarak değerlendirilmiştir.

A. Müdahalenin Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Yapılması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesinin ilk şartı, müdahalede bulunan kişinin, söz konusu tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olmasıdır. 1219 sayılı Kanun'nun 1. maddesinde, “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun*

⁸⁴ Şengül, s. 122-123

⁸⁵ Demir, s. 248.

⁸⁶ Ateş, s.66.

⁸⁷ Hakeri, s. 259, 260; Özdemir, s. 38; Savaş, s. 34; Ateş, s.66.

hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.” ve aynı Kanun’un Ek 13. maddesinde, *“Tabipler ve diş tabipleri dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamaz ve reçete yazamaz.”* hükümleri ile tıp mesleğini uygulama yetkisinin hekimlere tanındığı açıkça belirtilmiştir. Tıbbi müdahale bir ekip işi olduğundan, hekim dışında diğer sağlık çalışanları da hekimin denetimi ve gözetimi altında ve verdiği talimatlar doğrultusunda tıbbi hizmet sunabilirler. Diğer sağlık çalışanlarının gerçekleştirdiği tıbbi hizmetlerde, hekimin, denetim ve gözetim sorumluluğu bulunduğu kabul edilir⁸⁸.

Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi hekimlere tanınmıştır. Acil yardım ve ilk yardım durumları bu kuralın istisnasıdır⁸⁹. Hekim veya sağlık personeli dışında bir kimseye tıbbi müdahale için yetki verilemez.

Hekim olabilmek için gerekli şartlar incelendiğinde, üzerinde durulması gereken bir diğer husus, müdahalenin gerektirebileceği uzmanlık yeterliliğidir. 1219 sayılı Kanun’un 8. maddesine göre, tıp fakültesini bitiren ve ilgili kanun uyarınca hekimlik sıfatını haiz olabilmek için gerekli şartları taşıyan kişi, genel surette tıbbi müdahalede bulunabilir⁹⁰. Hekimin genel nitelikte bir tıbbi müdahalede bulunabilmesi için belirli bir dalda uzmanlık şartı aranmamaktadır.

Hekim, tıp fakültesini bitirdikten sonra *“pratisyen hekim”* olarak mesleğe başlamaktadır. Bir alanda uzmanlık eğitimini tamamladığında ise, *“uzman hekim”* unvanını kazanır. Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Yönetmeliği’nin⁹¹ 4. maddesinde ‘uzman’ tanımı, *“uzmanlık eğitimi tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olanlar”* şeklinde yapılmıştır. Benzer olarak, ilgili Yönetmeliğin 27. maddesinde, *“Bu Yönetmelik hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar.”* şeklinde düzenleme yapılarak, uzmana

⁸⁸ Savaş, s.37; Hakeri, s. 262.

⁸⁹ Hakeri, s. 261. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik madde 31/ğ) [Tabip harici sağlık çalışanı, ilk yardım ve acil tıbbi müdahaleler hariç olmak üzere, tabip kararı ve talimatı olmaksızın hangi surette olursa olsun hastalara doğrudan tıbbi hizmet sunamaz. Tabip harici sağlık çalışanının, bu kurala aykırı olarak sunduğu hizmetlerden doğan neticelerden kendisi ile birlikte, mesul müdür ve işleten sorumludur.] (RG: 15/02/2008, 26788).

⁹⁰ Madde 8: [Türkiyede icrayı tababet için bu kanunda gösterilen vasıfları haiz olanlar umumî surette hastalıkları tedavi hakkını haizdirler. Ancak her hangi bir şubei tababette müstemiren mütehassıs olmak ve o unvanı ilân edebilmek için Türkiye Tıp fakültesinden veya Sıhhiye vekâletince kabul ve ilân edilecek müessesattan verilecek veyahut ecnebi memleketlerin maruf bir hastaneveya lâburatuarından verilip Türkiye Tıp fakültesince tasdik edilmiş bir ihtisas vesikasını haiz olmalıdır.].

⁹¹ RG: 26/04/2014, 28983

ilgili dalda uzmanlık yetkisini ve unvanını kullanma yetkisi tanınmıştır. Ancak, Yönetmelikte, o alanda tek yetkililerin uzman hekimler olacağına dair bir düzenleme yapılmamıştır⁹².

Mevzuatta yer alan düzenlemelere baktığımızda, uzmanlık gerektirecek alanlarda, uzmanlık eğitimi almamış hekim, zorunluluk halleri dışında tıbbi müdahalede bulunamaz. Acil durumlarda ise, istisnai olarak hekim, uzmanlığı olmaksızın ilk müdahalede bulunabilir. Uzman hekimin ise, pratisyen hekimin icra edebileceği tıbbi müdahaleleri icra etmesinde, hukuka aykırılık söz konusu olmaz⁹³.

Hekim, uzmanlık eğitimi boyunca asistan hekim sıfatına sahiptir. Asistan hekim, uzmanlık eğitimi tamamlanmadığından, pratisyen hekim statüsünde değerlendirilmektedir. Böylece, uzmanlık gerektirmeyen tıbbi müdahaleleri icra edebilecek iken, uzmanlık bilgisi ve becerisi gereken müdahaleleri ise, ancak eğiticisinin denetim ve gözetiminde icra edebilir⁹⁴. Uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerde, hastaya yapılan uygulamalardan dolayı, asistan hekimin yanında, asistan hekime eşlik eden uzman hekim de sorumlu tutulacaktır. Ancak, asistan hekimin, işi üstlenerek uzmana danışmaksızın tıbbi müdahalede bulunmasında, uzmanın sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁹⁵.

Bir diğer değinilmesi gereken husus ise, hekim adaylarının, tıbbi müdahalede bulunması durumudur. Tıp fakültesi eğitim içeriği kapsamında, hekim adayları, 6. sınıfta hastanelerde çalışmaya ve hasta görmeye başlarlar. Ancak hekim sayılmazlar. Hekim adayları, öğretim üyelerinin veya uzman hekimlerin gözetiminde hasta takibi yapabilmesi mümkündür. Bu durumda, öğretim üyelerinin ve uzman doktorların, Türk Borçlar Kanunu m. 116⁹⁶ ya göre yardımcı şahıs sorumluluğu kapsamında sorumlulukları bulunmaktadır⁹⁷.

⁹² Hakeri, s. 264-267.

⁹³ Hakeri s. 267,

⁹⁴ Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün 11/7. Maddesi: *[Uzmanlık öğrencisi, programda bulunan bütün eğiticilerin gözetim ve denetiminde araştırma ve eğitim çalışmalarında ve sağlık hizmeti sunumunda görev alır, deontolojik ve etik kurallara uyar.]*.

⁹⁵ Hakeri, 275-277.

⁹⁶ Madde 116: *[Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.]*.

⁹⁷ Aşçıoğlu, s.1-2.

B. Endikasyon

Endikasyon, tıbbi müdahalenin, tıbbi veriler açısından gerekli ve zorunlu olması halidir⁹⁸. Müdahalenin gerekliliği değerlendirilirken, hastanın sağlığı ve yaşam hakkı gözetilir⁹⁹.

Anayasa'nın 17/2. maddesi, “ *Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*” ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin de 12. maddesinde, “*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*” şeklinde yapılan düzenlemelerde, hukuka uygun tıbbi müdahalelerde, açıkça tıbbi zorunluluk halinin varlığı aranmıştır.

Endikasyon kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir. Endikasyon, sadece tıbbi endikasyon olgusu ile sınırlı değildir. Tıbbi müdahaleler; psikolojik, sosyal, dinsel, etik veya genetik endikasyon türlerinden bir zorunluluğu da içerebilir¹⁰⁰.

Estetik müdahaleler, organ ve doku nakilleri, gebeliğin sonlandırılması, erkek çocuklarının sünnet edilmesi, sterilizasyon, kastrasyon ve cinsiyet değişikliği gibi müdahaleler; psikolojik, sosyal ve dini endikasyona örnek olarak verilebilir. Bu tür müdahaleler de hukuka uygun kabul edilir¹⁰¹.

Endikasyon olmaksızın yapılan tıbbi müdahale, hastanın rızası olsa dahi hukuka aykırı müdahaledir¹⁰². Hekim, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken, hastanın üstün menfaatini düşünmeli; hastayı beden veya ruhsal sağlığına kavuşturmayı amaçlamalıdır. Endikasyon varlığı olmaksızın, hekimin sırf hastanın talep etmesine dayanarak tıbbi müdahalede bulunması halinde; hekimin, haksız fiil ve sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan hukuki sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁰³. Hukuka aykırı müdahalelerde hekimler, sıklıkla tazminat yükümlülüğü ile karşı karşıya kalır.

Yargıtay da bir kararında, “*40 yaşlarındaki bir hastaya kalça eklemine yönelik endikasyonu bulunmayan ameliyat yapılmasının tıbbi standartlardan sapma olarak*

⁹⁸ Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, 2013, s. 62; Hakeri, s.534.

⁹⁹ Özdemir, s.49-50.

¹⁰⁰ Demir, Mehmet, Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2020, s. 82; Hakeri, s.541; Özdemir, s. 50-51.

¹⁰¹ Demir, s. 82; Yavuz İpekyüz, s. 24; Kuru, s. 496.

¹⁰² Hakeri, s. 537.

¹⁰³ Hakeri, s.539; Kuru, Onur, “*Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, S: 12/2, s.496-497. (<https://dergipark.org.tr/>, E.T.: 21.04.2022).

nitelendirdiği, Dr ...'ın bu yönden kusurlu bulunduğu," şeklinde hüküm tesis ederek, endikasyon şartı bulunmadığı halde ameliyat yapan hekim aleyhine tazminata hükmetmiştir¹⁰⁴.

Yargıtay Ceza Kurulu'nun bir kararında da *"doktor, doktorluk mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler ile tıp biliminin geçerli kurallarına uygun olarak müdahale yapmalı, tıbbın ilke ve prensiplerine aykırı teşhis ve tedavi yapmamalıdır. Doktorun müdahalesi öncelikle endikasyon da denilen tıbbi bir gereklilik sebebiyle teşhis, tedavi ve hastalıktan korunma gibi sebeplerle yapılmalıdır. Bu zorunluluk Anayasamızın 17. maddesinde de vurgulanmıştır..."* şeklinde hüküm kurularak, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için endikasyon şartının varlığının arandığına değinilmiştir¹⁰⁵.

Tıp bilimi çerçevesinde endikasyon halinin tespiti üzerine yapılan müdahaleden olumlu sonuç alınamaması durumunda, hekimin sorumluluğundan bahsedilemez. Ancak, hekimin kusurlu davranışı ve bu davranışa bağlı bir zarar söz konusu ise, hekimin sorumluluğu da doğacaktır¹⁰⁶.

C. Müdahalenin Gerekli Dikkat ve Özen Yükümlüğüne Uygun Şekilde Tıp Bilimine ve Tekniğine Uyumlu Olarak Yapılması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için; müdahalenin tıp bilimine, tıp biliminin verilerine ve tekniğine uygun şekilde icra edilmesi gerekir¹⁰⁷. Hekim, tıbbi müdahalede bulunurken dikkatli ve özenli şekilde literatüre uygun davranmalıdır. Tıbbi müdahalede, endikasyonun varlığı ve hastanın rızası bulunsa dahi; yapılan müdahale, tıbbi standartlara aykırılık teşkil ediyor ise, müdahalenin hukuka aykırı olduğu kabul edilir¹⁰⁸.

Tıbbi standart, tıp biliminin güncel ve bilimsel bilgileri ile tedaviye yönelik deneyimlere dayanan ispatlanmış ve benimsenmiş tıp biliminin mevcut durumunu ifade eder¹⁰⁹.

Tedavi için belirli bir tekniğin kullanılması gerekiyor ise, hekimden tekniği öğrenmesi ve gerekli şekilde tedavi uygulaması beklenir¹¹⁰. Tıp bilimi, teknolojinin gelişmesi ile günden

¹⁰⁴13. HD., E. 2017/6006 K. 2019/851 T. 30.1.2019 (<https://www.lexpera-com-tr>., E.T: 29.04.2022).

¹⁰⁵ CGK., E. 2014/103 K. 2014/552 T. 09.12.2014. (<https://www.lexpera-com-tr>., E.T: 29.04.2022).

¹⁰⁶ Gökcan, s. 62.

¹⁰⁷ Bkz. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, m. 4: [Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.].

¹⁰⁸ Karagöz Alguer Merve Hazal, Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi), 2019, s. 20; Hakeri, s. 548.

¹⁰⁹ Özdemir, s.45,46; Karagöz, s. 20.

¹¹⁰ Özdemir, s.46.

güne gelişme gösteren, yeniliklere açık bir alandır. Mesleği gereği gelişen ve yenilenen tıp bilimini, tekniklerini takip etmek ve uygulamak hekimin yükümlülüğüdür.

Yargıtay Ceza Kurulu bir kararında, “*Doktor tıptaki bilimsel gelişmeleri takip etmeli, tıbbi müdahaleyi bu güncel bilgiler doğrultusunda gerçekleştirmelidir. Belirtmek gerekir ki, doktorun standartlara ve bilimsel kurallara uygun olarak özenli bir şekilde müdahale yapıp yapmadığı belirlenirken yaptığı müdahale sonucunda hastanın şifa bulması değil, kurallara uygun müdahalede bulunup bulunmadığı göz önüne alınmalıdır.*” şeklinde hüküm kurarak, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu değerlendirilirken, tıbbi standartlara uygun bir müdahalenin varlığına bakılması gerektiğini vurgulamıştır¹¹¹.

Tıbbi standartlara aykırılık, hekimin dikkat ve özen eksikliğinden veya bilgisizliğinden kaynaklanacağı gibi, hastanenin uygun ortamı, organizasyonu sağlamaması veya gerekli malzemeleri bulundurmamasından da kaynaklanabilir¹¹².

Hekimin dikkat ve özen borcu, hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan borçlardandır. Bu konu, çalışmanın ikinci bölümünde, hekimin yükümlülükleri başlığında daha detaylı olarak ele alınmıştır¹¹³.

D. Hastanın Aydınlatılmasına Dayalı Rıza Beyanı

Vücut bütünlüğüne karşı yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için gerekli bir diğer şart, müdahalenin hastanın rızası ile yapılmasıdır. Rızanın geçerli olabilmesi için; hasta, hekim tarafından aydınlatılmalı, uygulanacak tıbbi müdahalenin süreci, tehlikeleri ve sonuçları hakkında bilgilendirilmelidir¹¹⁴. Hastanın rızasının hukuken geçerli olabilmesi için, öncelikle hastanın bilgilendirilmesi (aydınlatılması) gerekir. Aydınlatma yükümlülüğü, müdahalede bulunan hekime aittir. Belirtmek gerekir ki, hekimin aydınlatma yükümlülüğü yanında, diğer sağlık çalışanlarının da, örneğin kan alımı gibi işlemleri yapan hemşirenin de, kendi yaptığı müdahalelerinin süreci ve etkileri hakkında, hastayı bilgilendirme yükümlülükleri söz konusudur¹¹⁵.

¹¹¹ CGK., E. 2014/103 K. 2014/552 T. 09.12.2014. (<https://www.lexpera-com-tr>., E.T: 30.04.2022).

¹¹² Demir, s. 94.

¹¹³ Bkz., II. Bölüm, I. Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, B. Hekimin Yükümlülükler, 1. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü, s. 62 vd.

¹¹⁴ Yılmaz Battal, Açıklamalı- İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2007, s. 31; Sabah Altay, “*Tıbbi Müdahalede Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları*”, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler (Roche Sağlık Hukuku Günleri), İstanbul 2009, s. 221; Hakeri, s. 288.

¹¹⁵ Aykın Aykut Cemil, “Hekimin Sorumluluğu ve Bu Kapsamda Vakıf Üniversite Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Durumu” (Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi), 2015, s. 64.

Hastanın vücut bütünlüğünü koruma hakkı ile kendi geleceğini belirleme hakkı, Anayasa ve ilgili mevzuatımızda güvence altına alınan temel haklardandır¹¹⁶. Bu haklar, tıbbi müdahalenin hukuksal niteliğini belirler. Hekim tarafından yapılan aydınlatma ile, vücut bütünlüğüne karşı yapılacak her türlü müdahalenin süreci, olası riskleri, alternatif tedavi yöntemleri ve hastalığın seyri gibi konularda bilgi sahibi olan hasta, müdahale hakkında serbestçe karar verme hakkına sahiptir¹¹⁷.

Anayasa'nın 17. maddesinde *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.”* ve Türk Medeni Kanunu 24/2 maddesi, *“Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”* şeklinde düzenlenmiştir.

Ayrıca, hekimin aydınlatma yükümlülüğü de mevzuatımızda açıkça hüküm altına alınmıştır. 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesi *“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyat cerrahiler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.”* Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. Maddesinde *“Hastaya; a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir”* ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. Maddesi 2. Fıkrasında *“Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.”*

¹¹⁶ Subaşı İlhan, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü Aydınlatılmış Onam Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2016, s. 31-32; Hakeri, s. 291.

¹¹⁷ Tümer Ali Rıza, Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluk ve Malpraktis, Ankara, 2013, s. 55; Hakeri, s. 291.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, hekimin yükümlülükleri başlığı altında detaylı olarak ele alınmıştır¹¹⁸. Bu kısımda ise, geçerli rızanın şartları incelenecektir.

1. Geçerli Rızanın Şartları

a) Rıza Verme Ehliyetinin Varlığı

i. Genel Olarak

Geçerli bir rızadan söz edebilmemiz için, rıza beyanında bulunan hastanın buna ehil olması ve rızanın hukuka, ahlaka uygun olması gerekir. Kişi dokunulmazlığı hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haktır. Tıbbi müdahaleye izin verme hakkı da vücut bütünlüğüne ilişkin olduğundan, kural olarak, müdahalede bulunulacak kişiye, hastaya aittir. Tam ehliyetlilerin her türlü tıbbi müdahaleye onam verme, hakkı kendilerine aittir¹¹⁹. Rızanın geçerli olabilmesi için; hasta, kendisine uygulanacak müdahalenin kapsamını, önemini, riskini, aciliyetini, alternatiflerini ve sonuçlarını anlama ve kavrama yeteneğine sahip olmalıdır¹²⁰. Hasta, şayet olayın anlam ve sonuçlarını algılayamıyorsa veya ergin değilse rıza beyanı geçerli değildir. Hastanın rıza verme yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin denetleme yükümlülüğü hekime aittir¹²¹. Hekim, rıza verme ehliyetinin varlığını denetlerken, hastanın yaşı, fiziksel ve ruhsal durumu, algılama yeteneğinin düzeyi, aldığı ilaçların etkisi gibi olguları dikkate alarak değerlendirme yapmalıdır¹²²

Hastanın rıza verme yetkisi bulunmadığı hallerde, başka kişi (yasal temsilci) veya kurumun rıza vermesi gerekmektedir. Bu nedenle geçerli rızanın varlığı için, rıza verme yetkisini kimin kullanacağını tespiti önemlidir.

ii. Tam Ehliyetliler Bakımından Rıza Verme Ehliyeti

Rızayı açıklayacak kişi, kural olarak hastanın kendisidir. Hastanın rıza açıklamasının hukuken geçerli olabilmesi için hastanın fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Türk Medeni Kanunu m. 10 uyarınca, “*Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır*”. Kural olarak, 18 yaşını dolduran kişi ergin olur¹²³. 18 yaşını doldurmayan

¹¹⁸ Bkz., Bkz., II. Bölüm, I. Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, B. Hekimin Yükümlülükler, 1. Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 72 vd.

¹¹⁹ Özdemir, s. 82.

¹²⁰ Aşçıoğlu, s. 30.

¹²¹ Subaşı., s. 72.

¹²² Subaşı, s. 72.

¹²³ TMK m. 11/1.

kişinin, TMK da öngörülen belirli hallerde ergin kılınması mümkündür¹²⁴. TMK m. 11/2'ye göre; “evlenme, kişiyi ergin kılar”. Bu hükümle, 18 yaşından küçük kişilerin, evlenme ile ergin olma imkanı yaratılmıştır. 17 yaşını dolduran kişi, anne ve babasının izni ile evlenmesi halinde, erginlik kazanır (TMK m. 126). Kişi, 16 yaşını doldurmuş ise, belirli şartların varlığında hakim kararı ile izin alınarak evlenmesi halinde, erginlik kazanacaktır (TMK m. 124). Aynı şekilde, 15 yaşındaki kişinin de hakim kararı ile ergin kılınması mümkündür (TMK m. 12). Tam fiil ehliyetine sahip kişi, her türlü hukuki işlemi tek başına yapmaya yetkilidir¹²⁵. Bu kapsamda, tam ehliyetli olan hasta, hekimlik sözleşmesinin tarafı olabilir ve tıbbi müdahaleye serbestçe rıza gösterebilir.

iii. Sınırlı Ehliyetsizler Bakımından Rıza Verme Ehliyeti

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ile ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar, sınırlı ehliyetsizlerdir¹²⁶. Rıza verme ehliyeti için asıl olan, ergin olmak değil, ayırt etme gücüne sahip olmaktır¹²⁷. Ayırt etme gücüne sahip olamayan küçük ve kısıtlılar için rıza açıklama yetkisi yasal temsilcisinde olduğu hususunda bir kuşku yoktur¹²⁸. Ancak, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların rıza ehliyetinin olup olmadığı noktasında, mevzuatta çelişki mevcuttur.

Sınırlı ehliyetsizlerin hukuki durumu, TMK m. 16/1' de, [*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir*]. şeklinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar tarafından, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında veli veya vasisinin izni aranmamaktadır. Ancak, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/1 maddesine; [*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz*]. Aynı şekilde, 1219 Sayılı Kanun'un 70/1 hükmüne göre, [*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye*

¹²⁴ Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen, Kişiler Hukuku, Ankara, 2016, s. 56.

¹²⁵ Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen, s. 62.

¹²⁶ Kayıhan, Şaban, Kişiler Hukuku, Ankara, 2022, s. 45.

¹²⁷ Özdemir, s.88; Gökcan, s.141.

¹²⁸ Subaşı, 73; Kayıhan, s. 46.

muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir]. Bu maddeler uyarınca, sınırlı ehliyetsiz hastalar için rıza verme yetkisi yasal temsilcilerine tanınmıştır.

İki kanunda yer alan, aynı olguya ilişkin hükümlerde çelişki bulunmaktadır. Kanun hükümlerinde çelişki bulunması halinde; hangi kanunun uygulanacağı noktasında, kanunların tarihi, niteliği ve kanun koyucunun amacına bakılarak hareket edilmesi gerekir. 1219 sayılı kanun, 1928 tarihli özel nitelikte bir kanundur. Türk Medeni Kanun'un ise, 2002 tarihli genel nitelikte kanundur. Önceki kanun özel, yeni kanun genel nitelikte olduğunda, kanun koyucunun genel yasayı çıkarırken hangi amaç ile hareket ettiğine bakılması gerekir¹²⁹. Kanun koyucu sonraki tarihli genel kanun ile bir değişiklik öngördüğü takdirde, sonraki genel kanun uygulanmalıdır¹³⁰.

Ayrıca, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 6.maddesine göre; *[Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır. Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetiştine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır]*. İlgili hükümde ayırt etme gücüne sahip çocukların, rıza verme yeteneğine sahip oldukları vurgulanmıştır. Taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler, kanunların üst normu olduğundan, iç hukukun uluslararası anlaşmalara uygun olarak düzenlenmesi gerekir¹³¹. Biyotıp sözleşmesi nazara alındığında, bu konuda TMK m. 16'nın uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Zira, sınırlı ehliyetsizler bakımından rıza ehliyetinin, 1219 sayılı Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliği esas alınarak yasal temsilciye bırakılması, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın göz ardı edilmesinden dolayı öğretilde eleştirilmektedir¹³².

Bir görüş, ayırt etme gücüne sahip küçüğün algılama yeteneği, olayı kavrayabilecek, muhakeme edebilecek düzeyde ise, yasal temsilcisinin rızası aranmadan tıbbi müdahaleye rıza

¹²⁹ Zeytin, Zafer/Ergün, Ömer, Türk Medeni Hukuku, Ankara, 2022, s. 53.

¹³⁰ Zevkliler Aydın, Medeni Hukuk, Diyarbakır, 1986, s. 7; Antalya, Gökhan/ Topuz, Murat, Medeni Hukuk Cilt I, İstanbul, 2021, s. 395; Zeytin/Ergün, s. 53.

¹³¹ Eşitli Aygün Ezgi, "Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, S:106, s. 285.

¹³² Hakeri, s. 398-399.

verebileceğini savunmaktadır¹³³. Küçüğün salt rızasının aranması, yasal temsilciye söz hakkı tanınmaması, özellikle riskli müdahalelerde istenmeyen sonuçlara neden olabileceğinden, bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Diğer bir görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip küçüğün, kişilik hakkı gereğince hem kendi rızasının bulunması gerektiği hem de küçüğün menfaatlerini korunması ve velayet/vesayet hakkından dolayı yasal temsilcisinin rızasının bulunması gerektiğidir¹³⁴. Arpacı'ya göre, HHY m. 26 küçük veya kısıtlının dinlenmesini aramış ise de hüküm, aksine davranışı yaptırıma bağlamadığından düzenleyici niteliktedir. Bu nedenle, Arpacı, hekimin küçük veya kısıtlının beyanı ile bağlı olmadığını savunmaktadır¹³⁵.

Küçüğün rıza verme ehliyetine sahip olması değerlendirilirken, TCK' m. 31'deki kusur yeteneğine ilişkin yaş sınırları da göz önünde bulundurulmuştur. On iki yaşından küçükler için rıza verme ehliyetinin varlığından söz edilemez¹³⁶.

Öğretide, kabul gören ve katıldığımız görüşe göre ise, çocuğun rıza ehliyetinin varlığı değerlendirilirken, sadece çocuğun yaşı değil, somut olayın şartlarının da göz önünde bulundurulması gerekir.¹³⁷ Basit hastalıklar ve yaralanmalar gibi risk taşımayan müdahalelerde, çocuğun tek başına rızasının alınması yeterli olmalıdır¹³⁸. Müdahalenin ağırlığı, riskleri ve sonuçları hakkında belirsizlik ne kadar fazla ise, çocuğun rıza verme yeteneğinin o kadar azaldığını kabul etmek gerekir¹³⁹.

Çocuğun yasal temsilcisi, tıbbi müdahaleye rıza göstermiyor ise, TMK hükümlerine göre, yasal temsilcinin velayet hakkını kötüye kullanması veya küçüğün hayatını tehlikeye düşürmesi söz konusu olduğunda, tıbbi müdahalenin uygulanabilmesi için mahkemeye başvurulması gerekir¹⁴⁰. Ancak, acil müdahale gerektiren hallerde, yasal temsilciye ulaşılamama veya yasal temsilcinin müdahaleyi reddetmesi durumunda hekim, mahkemeye başvurmaksızın çocuğun üstün yararını gözeterek tıbbi müdahaleyi uygulamalıdır¹⁴¹. Burada,

¹³³ İpekyüz, s. 85.

¹³⁴ Akipek, /Akıntürk/Ateş, s. 325; Yücel, Özge, "Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları", içinde: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed: Özge Yücel, Gürkan Sert, Ankara, 2021; s. 305-306; Özdemir, s. 88; Hakeri, 399

¹³⁵ Arpacı, s. 10.

¹³⁶ Gökcan, s. 141.

¹³⁷ Hakeri, s.400; Subaşı, s. 74-75.

¹³⁸ Yücel, Hukuka Uygunluk, s. 307, Özdemir, s. 89; Hakeri, s. 400.

¹³⁹ Hakeri, s. 400, Ayan, s. 11.

¹⁴⁰ Gökcan, s. 144; Yücel, Hukuka Uygunluk, s. 306.

¹⁴¹ Gökcan, s. 145; Yavuz İpekyüz, s. 28.

küçük lehine, TCK 25/2 kapsamında, zorunluluk hali söz konusu olduğundan; müdahale hukuka uygun kabul edilir¹⁴².

iv. Sınırlı Ehliyetliler Bakımından Rıza Verme Ehliyeti

Sınırlı ehliyetliler, esasen fiil ehliyetine sahip kişilerdir. Sınırlı ehliyetli, TMK da tahdidi olarak sayılan bazı işlemleri, sadece yasal danışmanın veya makamın onayı ile gerçekleştirebilmektedir¹⁴³. Sınırlı ehliyetliler, TMK m. 429 da belirtilen işlemler dışındaki diğer işlemleri, tek başlarına gerçekleştirebilirler¹⁴⁴. Tıbbi müdahale uygulaması, yasal danışman atanması gereken hallerden değildir. Bu durumda, geçerli bir rıza beyanından söz edebilmek için sınırlı ehliyetli hastanın, tıbbi müdahaleye rıza göstermesi yeterlidir. Ayrıca, yasal danışmanın onay veya izni aranmaz¹⁴⁵.

v. Tam Ehliyetsizler Bakımından Rıza Verme Ehliyeti

Ayırt etme gücüne sahip olmayan gerçek kişiler, tam ehliyetsiz olarak nitelendirilir¹⁴⁶. Tam ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip olmadıkları için rıza beyanında bulunmaya ehil değildirler. Tam ehliyetsizleri, ayırt etme gücünden geçici yoksun olanlar ile ayırt etme gücünden sürekli yoksun olanlar şeklinde ayırarak incelemek gerekir. Hasta, ayırt etme gücünden sürekli yoksun ise, tıbbi müdahalenin uygulanabilmesi için yasal temsilcinin rızası aranır¹⁴⁷. Yasal temsilcisine ulaşamadığı veya yasal temsilcisi tıbbi müdahaleye rıza vermediği durumda, hastanın sağlığı için tıbbi müdahalede bulunmak gerekli ise, mahkemeye başvurulması gerekir¹⁴⁸. Acil hallerde ise, hastanın menfaatleri gözetilerek rıza aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunulur¹⁴⁹. Ayırt etme gücünden geçici yoksun olan hastalarda, rıza için hastanın ayırt etme gücünü kazanması beklenir¹⁵⁰. Öte yandan, tıbbi müdahalede bulunmak için hastanın ayırt etme gücünün kazanmasını beklemek, hastanın yaşamını veya organlarını tehlikeye düşürecekse, hekim acil bir durum gerektiren tıbbi müdahaleyi derhal yapmalıdır¹⁵¹.

¹⁴² Gökcan, s. 145; Hakeri, s. 422.

¹⁴³ Kayıhan, s. 42; Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen, s. 63-64.

¹⁴⁴ Kayıhan, s. 42.

¹⁴⁵ Gülel, İlhan, Tıbbi Müdahaleye Rıza, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi), 2017, s. 88. (www.tez.yok.gov.tr, E.T. 01.02.2023).

¹⁴⁶ Kayıhan, s. 50.

¹⁴⁷ Yavuz İpekyüz, s. 91.

¹⁴⁸ TMK m. 461/1.

¹⁴⁹ Yücel, ,Hukuka Uygunluk, s. 310; Gülel, s. 103.

¹⁵⁰ Yavuz İpekyüz, s. 29.

¹⁵¹ Yavuz İpekyüz, s. 29.

b) Rızanın Konusunun Hukuka ve Ahlaka Uygun Olması

Hastanın rıza beyanının hukuken geçerli olabilmesi için rızanın serbestçe verilmesi ve hastanın iradesinin yanıltma, aldatma ve korkutma gibi bir nedenle sakatlanmaması gerekir. Bunlara ek olarak, rızanın geçerli olabilmesi için, rızanın konusu hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır. Bu durum, TBK m. 27 de, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu şart, genel olarak tüm hukuki işlemlerinin geçerliğinde aranmaktadır¹⁵². Aynı şekilde, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesine göre de “*Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür*”.

Hastanın, tıbbi müdahaleye salt rızasının olması, tıbbi müdahaleyi meşru hale getirmez. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, hukuk kurallarının yanı sıra genel ahlaka, adaba ve kişilik haklarına da uygun olması gerekir¹⁵³. Hukuka uygunluğu, hukuk düzenin tasvip ettiği konular olarak açıklamak mümkündür¹⁵⁴. Ahlak kurallarında, kişinin ve toplumun değer yargıları ön plandadır. Genel ahlaka uygunluk, toplum için iyi ve doğru olanı, toplumun düzenine aykırı olmayana ifade eder¹⁵⁵. Örneğin, hastanın, dilenerek para kazanmak için kolunu kestirmek istemesi halinde, müdahale, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil edeceğinden geçerli bir rızadan ve hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden söz etmek mümkün değildir¹⁵⁶.

2. Rızanın Kapsamı

Hastanın rızasının geçerli olabilmesi için, hastanın yapılacak müdahale hakkında aydınlatılmış olması gerekir. Genel ve soyut durumlar için alınan rıza beyanı geçersizdir¹⁵⁷. Hastadan alınan bütün tıbbi müdahaleleri kapsayan genel bir muvafakatnamenin hukuken geçerliliği yoktur¹⁵⁸.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesi gereğince, hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin verdiği rıza, tedavinin kapsamı dahilinde yapılması zorunlu olan risk içermeyen rutin

¹⁵² Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, Ankara, 2019, s. 99.

¹⁵³ Gülel, s. 153.

¹⁵⁴ Gökcan, s. 146.

¹⁵⁵ Güloğlu, Yavuz, “*Ahlak Kurallarını Türk Hukuk Sistemine Etkisi*”, SDÜHFD, C.10, S. 2, 2020, s. 5, (www.dergipark.org.tr, E.T: 05.02.2023).

¹⁵⁶ Gökcan, s. 146.

¹⁵⁷ Ayan, s. 12; Gülel, s. 153.

¹⁵⁸ Aykın, s. 103.

işlemleri de kapsar. Ancak, yapılan işlemler, tıbbi müdahale kapsamında rutin işlemler değilse veya risk söz konusu ise, bu müdahaleler için hasta bilgilendirmeli ve rızası alınmalıdır¹⁵⁹.

Ayrıca 31. maddenin son fıkrasına göre, [*Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir*]. Dolayısıyla kanun koyucu, maddede sayılan hallerde, tıbbi müdahalenin rıza kapsamı dışında genişletilmesine imkan tanımıştır¹⁶⁰.

Hastanın rızası ile gerçekleştirilen ameliyatta, rıza kapsamı dışında başkaca bir tıbbi müdahalede bulunularak rıza kapsamının genişletilmesi durumunda, yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için hastanın sağlığı bakımından söz konusu işlemin derhal yapılmasında zorunluluk hali bulunması gerekir¹⁶¹.

Danıştay, hastanın normal doğum için hastaneye yatış yaptığı, ancak bebeğin kalbinde ritim bozukluğu tespit edildiği ayrıca bebeğin başının büyük olması nedeniyle sezeryan ile doğum kararı alındığı, sezeryan sırasında hastada yoğun kanama olduğu, yapılan müdahalelere rağmen kanamanın durdurulamaması üzerine, hastanın rahminin alınmasına karar verildiği bir olayda; davalıda herhangi bir kusurun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir¹⁶².

3. Rızanın Şekli ve Zamanı

1219 sayılı Kanun'un 70 maddesinde, rızanın genel olarak şekil şartına bağlı bulunmadığı ancak büyük ameliyatlarda rızanın yazılı olarak alınması gerektiği düzenlenmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28 maddesine göre de “*mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir*”. Kanunlarda düzenlenen haller saklı kalmak şartıyla, rızanın yazılı, sözlü, açık veya örtülü verilmesi mümkündür¹⁶³. Hasta, hal ve hareketleriyle de rıza

¹⁵⁹ Hakeri, s. 431.

¹⁶⁰ Altunkaş, Aysun, “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, içinde: II.Ulusal Sağlık Hukuku Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu, Ed; Altunkaş Aysun, Söğüt İpek Sevdâ, Tacir Hamide, İstanbul, 2015, s. 78.

¹⁶¹ ¹⁶¹ Subaşı, Zeynep Nur, “Tıbbi Standartların Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi”, (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi), 2018, s. 173-174.

¹⁶² Danıştay 15. D. 2014/7874 E., 2015/1341 K., T. 05.03.2015, www.lexpera.com.tr, E.T: 06.08.2022.

¹⁶³ Yücel, Hukuka Uygunluk, s. 310.

beyanında bulunabilir. Örneğin, röntgen çekimi için hastanın üstünü çıkarmasında örtülü rızasının varlığından söz edilebilir¹⁶⁴.

1219 sayılı Kanun'un 70 maddesi gereği, büyük cerrahi işlemlerde ve TMK'nın 23 maddesi gereği, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması aşılınması ve nakli gibi özel tıbbi işlemlerde yazılı rıza aranmaktadır.

Rıza beyanının geçerliliği için şekil şartı öngörülme dahi, ispat kolaylığı açısından rızanın yazılı olarak alınması, en güvenilir yöntemdir. İspat amacıyla veya geçerlilik için yazılı şekil şartı arandığı durumlarda, hastaya onam formu imzalatılır. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 26'ya göre, *[Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir].*

Hasta, gerekli bilgilendirilme yapılmasına rağmen rıza göstermez ise, buna ilişkin bir belge düzenlenerek, hastadan imza alınmalıdır¹⁶⁵. Hasta imzadan imtina ederse, bu durum tutanak altına alınmalıdır¹⁶⁶. Yargıtay, buna ilişkin bir kararında, “...davalı doktorun anılan yükümlülüğünü yerine getirdiğinin kabulü için aşı yapılmasının değil, yapılmamasının sonuçlarını hastaya, varsa yakınlarını anlatması, bütün çabalarına rağmen aşı yapılmasına karşı konulması halinde de hastanın açıklayıcı beyan ve imzasının alınmış olmasını gerektirir. Davada, davacıdan Tetanoz aşısının yapılmaması durumunda olabilecek sonuçların anlatılmasına rağmen davacının Tetanoz aşısının yapılmasına karşı koyduğuna ilişkin davacı bağlayıcı bir imzalı bir belge ibraz edilmemiştir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir¹⁶⁷.

Tıbbi müdahaleye ilişkin rıza beyanının, müdahaleden önce veya en geç müdahale sırasında gösterilmesi gerekir¹⁶⁸. Hekimin tıbbi müdahaleye başladıktan sonra almış olduğu rıza beyanı, hastanın sadece rıza beyanı olmadığından hukuka aykırı hale gelen müdahale için

¹⁶⁴ Subaşı, s.78.

¹⁶⁵ Subaşı, s. 79.

¹⁶⁶ Yücel, Hukuka Uygunluk, s. 311.

¹⁶⁷ Yargıtay 13 HD., 2000/8582 E., 2000/10298 K., T. 20/11/2000 (www.kazancı.com E.T.:08.08.2022).

¹⁶⁸ Özdemir, s. 95; Yavuz İpekyüz, s. 29.

tazminat isteme hakkından vazgeçtiği şekilde yorumlanabilir. Ancak, eylemin cezai yaptırıma tabi tutulmasına veya tıbbi müdahalenin, hastanın rızasının olmaması dışında, başkaca bir sebeple hukuka aykırı olması halinde tazminat istemesine, engel teşkil etmez¹⁶⁹.

Hasta, rıza beyanını her zaman geri alabilir. Hastanın rıza beyanını geri alması, tıbbi müdahaleden vazgeçtiği anlamına gelmektedir¹⁷⁰. Rıza beyanı geri alındıktan sonra, yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırılık teşkil eder. Rızanın geri alınmasında da şekil şartı bulunmamakla birlikte, ispat açısından yazılı imzalı belge alınması önemlidir¹⁷¹. Ancak, tıbbi müdahale başladıktan sonra, tıbbi müdahaleyi yarıda bırakmak hastanın ölüm tehlikesine veya ağır zarara yol açacaksa, hasta rıza beyanını geri alamaz¹⁷². Ayrıca, kanuna veya mahkeme kararına dayalı yapılan tıbbi müdahalelerde, hastanın, rızasını geri alması, hukuki bir sonuç doğurmaz¹⁷³.

4. Rıza Aranmayan Haller

Kural olarak, hastanın vücut bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için hastanın rızası aranmaktadır. Ancak, bazı hallerde, hastanın rızası olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulması mümkündür. Rıza aranmayan haller, acil durumlardan ve kamu sağlığının korunmasına ilişkin kanunlarda yer alan düzenlemelerden kaynaklanabilir¹⁷⁴.

Acil hallerde, hekimin rıza aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunma hakkı vardır. Bu tür müdahalelerde, TMK m. 24/2'ye göre, “*daha üstün özel yarar*” gündeme gelmektedir. Acil hallerde, hastanın rızası olmaksızın vücut bütünlüğüne karşı yapılan müdahalede korunmak istenen değer, hastanın yaşam hakkı ise, “*daha üstün özel yarar*” kapsamında yapılan müdahale, hukuka uygundur. Aynı şekilde, acil hallerde rıza aranmaksızın yapılan müdahalelerin hukuka uygun olduğu, Biyotıp Sözleşmesi 8. maddesinde de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Acil bir durum nedeniyle uygun rızanın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir girişim zaman geçirmeksizin yapılabilir*”.

¹⁶⁹ Gülel, s. 147.

¹⁷⁰ Özdemir, s. 99.

¹⁷¹ Çilingroğlu, s. 78

¹⁷² Aykın, s. 109.

¹⁷³ Çilingroğlu, s. 78

¹⁷⁴ Hakeri, s. 433; Özdemir, s. 104.

Hukukumuz, bazı hallerde de hastanın rızası aranmaksızın zorunlu tıbbi müdahalede bulunmayı hukuka uygun kılmaktadır. Tıbbi müdahalenin uygulanmasında ‘üstün kamu yararı’ söz konusu ise, hastanın rızası aranmaksızın yapılan müdahale hukuka uygun sayılır¹⁷⁵. Kamu sağlığının korunması için kanunlarda açıkça düzenlenen hallerde ve salgın veya bulaşıcı hastalıkların önlenmesi amacıyla hastaya, zorunlu tıbbi müdahale uygulanabilir. Bu duruma, salgın hastalıklarında, hastanın izolasyon zorunluluğunun bulunması veya kolera hastalarında tedavi zorunluluğunun bulunması örnek olarak verilebilir¹⁷⁶.

Ceza hukukumuz, bazı hallerde güvenlik tedbiri olarak, tıbbi müdahalede bulunulmasına hükmedilebilir¹⁷⁷. Türk Ceza Kanunu’nun 32 maddesine göre, *[Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur]*. Aynı Kanun’ un 57/7 maddesine göre de *[Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine infaz hâkimi kararıyla serbest bırakılabilir]*.

¹⁷⁵ Aykın, s. 108.

¹⁷⁶ Hakeri, s. 433; Özdemir, s. 104.

¹⁷⁷ Hakeri, s. 472; Subaşı, s. 87; Özdemir, s. 104.

İKİNCİ BÖLÜM

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAYNAKLARI

I. HEKİMİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

A. Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği Konusundaki Görüşler

1. Genel Olarak

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini belirlenmesi, hekimin sorumluluğunun sınırlarının tespiti için önemlidir¹⁷⁸. Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusunda, öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu ilişkiye, bazı durumlarda, hastane de dahil olmaktadır. Çalışmamızın bu kısmında, hekimin bağımsız çalıştığı veya kamu-özel hastanesinde bağlı olarak çalıştığı durumlar göz önünde bulundurularak, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkiye ilişkin görüşler üzerine inceleme yapılacaktır.

2. Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki, hekimin, hastanın tedavisini üstlendiği anda başlar¹⁷⁹. Sözleşmenin başlangıcı için hekimin, fiziki olarak hastayı muayene etmesi şart değildir. Hekim, hastayı muayene etmeden, telefon veya başkaca iletişim aracılığı ile iletişim kurarak hastayı yönlendirmesiyle veya bir başka sağlık personeline nasıl hareket edeceğini belirterek tıbbi müdahalede bulunulmasını sağlamasıyla, hekim ile hasta arasında hukuki ilişki kurulmuş olur¹⁸⁰. Bu kapsamda, telefon ile hastayı veya diğer sağlık çalışanını yönlendiren hekimin doğabilecek zararlardan sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁸¹.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmesel ilişkinin kurulabilmesi için hastanın teşhis veya tedavi için hekime başvurması ve hekimin de hastayla ilgilenmesi gerekir. Zira, TBK kapsamında sözleşmenin kurulabilmesi için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının açıklanması gerekir. İlk irade beyanı olan ‘önerinin’ kabul edilmesi ile sözleşme kurulmuş olur. Hekim ile hasta ilişkisinde, hastanın, teşhis veya tedavi için hekime başvurması, öneri (icap) niteliğindedir. Hekimin de kabul etmesi, hastayla ilgilenmesi veya muayene etmesi

¹⁷⁸ Demir, s. 78.

¹⁷⁹ Hakeri, s. 961; Özdemir, s. 127

¹⁸⁰ Hakeri, s. 961; Şengül, s. 8

¹⁸¹ Özdemir, s. 127.

halinde sözleşme kurulmuş olur. Hekimlik sözleşmesi, hekimin açık irade beyanı ile kurulacağı gibi, örtülü bir irade beyanı ile de kurulması mümkündür¹⁸².

Hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisine, [tedavi sözleşmesi] veya [hekimlik sözleşmesi] denilmektedir. Öğretide, hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda başlıca beş görüş vardır. Bu görüşler, hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olduğu, eser sözleşmesi olduğu, hizmet sözleşmesi olduğu, kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu ve tüketici işlemi olduğudur.

a) Hekimlik Sözleşmesinin Vekalet Sözleşmesi Niteliğinde Olduğu Görüşü

Öğretide baskın görüş, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin, vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğudur¹⁸³. Bu görüşü savunan yazarlara göre, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkide, hekimin hastaya karşı bir bağımlılığının olmaması ve yükümlülüğünü yerine getirirken özen ve sadakat borcu altında hareket etmesi nedeniyle hekimlik sözleşmesinin, vekalet sözleşmesi ile örtüştüğüdür¹⁸⁴.

Vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler, Türk Borçlar Kanunu'nun 502-514 maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK m. 502 uyarınca, vekaletle ilişkin hükümler, uygun düştüğü ölçüde iş görme sözleşmelerine uygulanabilmektedir. Vekalet sözleşmesi kapsamında iş görme, bir işin veya işlemin yapılması olarak tanımlanır¹⁸⁵.

Vekalet sözleşmesinin unsurları, tarafların anlaşması, bir işin veya hizmetin ifası, işin zamana bağlı olmaması, rizikonun müvekkile ait olması ve işin bağımsız olarak yerine getirilmesidir¹⁸⁶. Ücret ise, vekalet sözleşmesinin kurulabilmesi için zorunlu unsur değildir¹⁸⁷. TBK m. 506 uyarınca, vekalet sözleşmesi kapsamında, vekil, müvekkili menfaatine ve iradesine uygun şekilde özen ve sadakatle iş görmeyi üstlenir. Ancak, vekil, sonuç taahhüt etmez¹⁸⁸. Vekilin başarılı sonuç elde edememesi durumunda riziko vekalet verene aittir¹⁸⁹.

¹⁸² Tekben, Tuğçe, “Hekim ile Hasta İlişkisinin Vekalet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C:8, S:2,2011, s. 861.

¹⁸³ Hancı, s. 147; Seçer, s. 118; Yavuz İpekyüz, s. 71; Tekben, Makale, s. 871; Hakeri, s. 963; Özdemir, s. 129; Gökcan, s. 899; Özdemir, Hayrunnisa, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, ERÜHFD, C. XI, S. 1, 2016 s. 49; Subaşı, s. 109; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.338; Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul, 2014, s. 133, 167-170

¹⁸⁴ Hakeri, s. 963.

¹⁸⁵ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2023, s. 700.

¹⁸⁶ Zevkliler Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004, s. 359-363; Dinar, Cem, “Borçlar Kanunu’ndaki Düzenleme Açısından İstisna Sözleşme ile Vekalet Sözleşmesi Arasındaki Kurumsal Farklılıklar”, YÜHFD, C. 5, S. 1, 2008, s. 53.

¹⁸⁷ TBK m. 502/3: [Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır], Dinar, s. 56.

¹⁸⁸ Öz, s. 704.

Vekilin sorumluluğu, yapılan işin özenle ve gereklerine uygun şekilde yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Hekimin kusurlu davranışı olmaksızın istenmeyen sonucun oluşması halinde hekimin sorumluluğundan söz edilemez¹⁹⁰.

Hekimlik sözleşmesini, vekalet sözleşmesi kapsamında incelediğimizde, hekim, özenle işi görmeyi üstlenen vekil; hasta ise, vekalet veren sıfatındadır. Hekim, hastanın menfaatine iş görmekle birlikte, hastadan bağımsız hareket eder. Hekim, iş görme borcunu özen yükümlülüğüne uygun olarak ifa eder; ancak sonuç garantisi vermez (TBK m. 506/2-3). Ayrıca, hekime, teşhis ve tedavi borcuna karşılık hukuki teamül gereği ücret ödenmektedir. Bu nedenle, hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olarak kabulü mümkündür.

Vekalet sözleşmesi, Kanun'da herhangi bir geçerlilik şekline tabi tutulmamıştır. Dolayısıyla hekimlik sözleşmesinde geçerlilik şartı söz konusu değildir¹⁹¹. Hekimlik sözleşmesinin kurulmasında ilk unsur, tarafların anlaşmasıdır. Hastanın, hekime başvurması öneri olarak kabul edildiği taktirde, hekimin hastayla ilgilenmesi veya hastayı muayene etmesi öneriyi kabul olarak değerlendirilir¹⁹². Hasta, tıbbi müdahaleye zorlanamayacağı gibi hekim de acil haller dışında, hastayı kabule zorlanamaz. Ancak, TBK m. 503'te "*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata 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 hüküm tesis edilmiştir. Bu kapsamda, hekimin tıbbi müdahalede bulunması mesleği gereği olduğundan, öneriye ilişkin iradesini derhal açıklaması gerekir. Hekim, hasta tarafından yapılan öneriyi derhal reddetmez veya sessiz kalırsa sözleşme kurulmuş sayılır¹⁹³.

İkinci unsur, iş veya hizmetin ifasıdır¹⁹⁴. Vekalet sözleşmesinin konusu, TBK m. 502 uyarınca bir hizmetin veya işin görülmesidir¹⁹⁵. Hekim, hekimlik sözleşmesi kapsamında, hastayı muayene etmeyi, teşhis koymayı veya hastanın tedavi edilmesini, yani maddi bir fiilin yapılmasını üstlenmektedir¹⁹⁶. Hekim, bu edimi hastasının menfaatine, gerçekleştirir¹⁹⁷.

¹⁸⁹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2021, s. 712-759; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2021, s. 537-564.

¹⁹⁰ Aşçıoğlu, s. 16.

¹⁹¹ Eren, Özel Hükümler, s. 725.

¹⁹² Ayan, s. 56-57.

¹⁹³ Şengül, s. 9; Özdemir, s. 127.

¹⁹⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 720.

¹⁹⁵ Öz, s. 700.

¹⁹⁶ Türker, Güray, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi), 2016, s. 45-46; Yavuz İpekyüz, s.65.

¹⁹⁷ Yavuz İpekyüz, s.65.

Üçüncü unsur, iş görmenin bir zamana bağlı olmamasıdır¹⁹⁸. Hekimlik sözleşmesinde amaç hastanın tedavi edilmesi olup hekim tıbbi faaliyetlerini belirli veya belirsiz bir süreyle hastaya tahsis etmeyi taahhüt etmez¹⁹⁹. Tıbbi müdahale öncesinde, müdahalenin süresini kesin olarak tespit etmek pek olanaklı değildir²⁰⁰. Zira, hekim, belirli bir zamana bağlı olmadan hastasını serbestçe tedavi etmeyi üstlenmektedir²⁰¹.

Dördüncü unsur, iş veya hizmetin ifasının bağımsız olarak yerine getirilmesidir²⁰². Vekil konumun olan hekim, hastaya karşı yükümlülüğünü yerine getirirken nispi bağımsız olarak hareket eder²⁰³. Hekimin tıbbi müdahale uygularken, hastayı iyileştirme amacına ulaşmak için belirli ölçüde karar verme zorunluluğu söz konusudur. Bu nedenle, hekimin bağımsızlığı nispi olarak nitelendirilir²⁰⁴. Aynı şekilde, hekimin karar verme özgürlüğü de özen ve sadakat gösterme yükümlülüğü ile bağlıdır²⁰⁵. Hekim, hastanın çalışanı veya hizmet sözleşmesiyle bağlı olduğu bir kişi değildir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin niteliğinin hizmet veya iş sözleşmesi değil de vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesinin temel nedenlerinden biri de hekim ile hasta arasında, alt- üst ilişkisi veya bağımlılık ilişkisinin olmamasıdır²⁰⁶.

Türk Borçlar Kanunu m. 505, vekilin talimata uygun ifa borcunu düzenlemektedir. Hükme göre; “*Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir. Bunun dışındaki durumlarda vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zararı karşılamadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz*”. Vekalet sözleşmesi kapsamında, vekil, vekalet veren müvekkilinin menfaatine uygun şekilde hareket etmek ve açık talimatlarına uymakla yükümlüdür²⁰⁷. Hekimlik sözleşmesi kapsamında, bazı haller dışında hekimin, hastasının talimatlarına uyması söz konusu değildir²⁰⁸. TDN m. 6’ya göre, “*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatına göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir*”. O halde, hekim, hastanın iyileşmesi için en

¹⁹⁸ Öz, s. 703; Aşçıoğlu, s. 16; Dinar, s. 55.

¹⁹⁹ Subaşı, 109; Eren, Özel Hükümler, s. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Tekben, Tuğçe, Vekalet İlişkilerinde Vekalet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2021, s. 402 vd.

²⁰⁰ Şenocak Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, AÜHKD, Ankara, 1998, s. 25.

²⁰¹ Özdemir, s. 132; Ayan, s. 56

²⁰² Gümüş, s. 125-126, Eren, Özel Hükümler, s. 721.

²⁰³ Hakeri, s. 963.

²⁰⁴ Güray, s. 46.

²⁰⁵ Hakeri, s. 963-964; Özdemir, s. 132.

²⁰⁶ Yelmer, Necdet, Hekimlerin Hukuki Mesuliyeti, İstanbul 1948, s.60; Hakeri, s. 963; Aşçıoğlu, s. 34.

²⁰⁷ Öz, s. 710, Eren, Özel Hükümler, s. 721. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Tekben, s. 402 vd.

²⁰⁸ Tekben, s. 407-408; Şenocak, s. 51.

uygun tedavi yöntemini, hastadan talimat almadan, bağımsız bir şekilde belirler. Ancak, acil haller dışında, hekimin tıbbi müdahalede bulunabilmesi için hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gerektiği unutulmamalıdır. Hastanın rızası olmaksızın, vücut bütünlüğüne karşı yapılan tıbbi müdahaleler, kural olarak, hastanın kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. Bu durumda, hekim, yeterince aydınlatılmasına rağmen tıbbi müdahaleye rıza göstermeyen hastanın talimatına uymakla yükümlüdür²⁰⁹. Hekimin, hastaya tedavisi için iki veya daha fazla alternatif tedavi yöntemleri sunması halinde, hastanın uygulanacak tedavi yöntemini seçmesi ve seçimini hekime açıklaması, talimat verme işlemi olarak kabul edilebilir²¹⁰. Bu bağlamda, hastanın, hekime talimat vermesi, hekiminde bu talimatlar doğrultusunda iş görme borcunu yerine getirmesi gerekir²¹¹.

Beşinci unsur ise, riskin müvekkile ait olmasıdır²¹². Tıbbi müdahale sırasında ortaya çıkabilecek riskler hastaya aittir. Hekim, hastanın yararına hareket ederek hastanın sağlığına kavuşmasını amaçlamaktadır. Hekim, tıbbi faaliyette bulunurken TBK m. 506/2 uyarınca, azami dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Hekim, gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan istemsiz sonuçlardan sorumlu değildir²¹³.

Zira, hekim, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler hariç olmak üzere, tıbbi müdahalede sonuç garantisi veremez. Hekimin, özen yükümlülüğüne ve tıbbi bilimsel kurallara uygun olarak tıbbi müdahalede bulunması, asli edimi olup hekim, kusuru olmaksızın ortaya çıkan sonuçlardan sorumlu tutulamaz²¹⁴.

Vekalet sözleşmeleri, güven unsuru esaslı olduğundan, TBK m. 512 gereğince, tarafların vekalet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirmeleri mümkündür²¹⁵. Ancak uygun olmayan bir zamanda sözleşme sona erdirilirse, sona erdiren taraf, diğer tarafın bundan doğan zararını karşılamakla yükümlüdür. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 19. maddesine göre, *“Tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. Ancak, bu*

²⁰⁹ Hastanın tedaviyi reddetme/kesme hakkı hukukumuzda düzenlenmiş ise de hayatı tehlikesi bulunan hastalar yönünden özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Hayati tehlikesi bulunan hastanın tedavi reddetmesi durumunda, hastanın geleceğini belirleme hakkı ile yaşam hakkı çatışmaktadır. Özellikle acil hallerde, Anayasa ile güvence altına alınan bu haklarda, hekimin önceliği üstün hak olan yaşam hakkının korunmasıdır. Hastanın kişilik hakkına aykırılık oluşturan talimatlarına, hekimin uyma borcu söz konusu değildir. Bkz. İkinci Bölüm, I Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, B Hekimin Mesleki Yükümlülüğü, 9. Tedaviyi Durdurma Yükümlülüğü başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

²¹⁰ Tekben, s. 411.

²¹¹ Tekben, s. 411.

²¹² Öz, s. 74; Dinar, s. 55.

²¹³ Aşçıoğlu, s. 34; Özdemir, s. 132.

²¹⁴ Yavuz İpekyüz, s. 69; Şengül, s. 17.

²¹⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 727.

gibi hallerde, diğ er bir meslektaşın tedavi veya m udahalesine imkan verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye d üşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğ er bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez. Hastayı bu suretle terk eden tabip veya diş tabibi, l üzum g r d ğ i veya hasta tarafından talep edildiğ i takdirde, tedavi zamanına ait m üşahede notlarını verir”. Hükme göre, hekimin tedaviyi yarım bırakması, hastanın hayatını tehlikeye sokacak veya zarara uğratacak ise, başkaca bir hekim hazır bulunmadıkça, hekim tedaviyi yarım bırakamaz. Bu haller ayrıık kalmak kaydıyla, hekim veya hastanın diledikleri zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmesi mümkündür

Yargıtay kararları da estetik amaçlı tıbbi m udahaleler hariç olmak üzere hekimlik sözleşmesinin, vekalet sözleşmesi hükümleri kapsamında değ erlendirilmesi gerektiğ i y n ndedir²¹⁶. Konuya ilişkin olarak 13. Hukuk Dairesi’nin verdiğ i karara göre; “*Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK’nın 394/1. maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereğ i gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değ işmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır*”.²¹⁷

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin bir baş a kararında, hekimin vekil gibi sorumlu olduğ u ve  zen borcu kapsamında, hafif kusurundan dahi sorumlu olacağ ı vurgulanmıştır. Karara göre, “*Dava, davacıya laparoskopik yöntemle yapılan ameliyat sırasında davalı doktor tarafından gerekli özenin gösterilmemesi nedeniyle safra kanalında meydana gelen yaralanmaya bağ ı olarak uygulanan tedaviler nedeniyle sıkıntı ve zarara uğradığ ı iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olup, taraflar arasındaki hukuki ilişki vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken y neldiğ i sonucun elde edilmemesinden sorumlu değ il ise de bu sonuca ulaşmak için g sterdiğ i çabanın, yaptığ ı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğ an zararlardan sorumludur. O nedenle vekil konumunda olan ve davacının tedavisini yapan doktorun bilim ve teknolojinin getirdiğ i bütün imkanları kullanmak suretiyle  zen borcunu yerine getirmesi gerekir*”²¹⁸.

²¹⁶ Yarg. 13. HD., E. 2018/4570 K. 2020/4375 T. 9.6.2020, Yarg. 13. HD., E. 2014/2829, K. 2014/19675, T. 19.6.2014, 13. HD., E. 2012/26593, K. 2013/21129, T. 11.9.2013www.lexpera.com.tr (E.T: 28.04.2023)

²¹⁷ Yarg. 13. HD., E. 2015/15350 K. 2017/1911 T. 16.2.2017, www.lexpera.com.tr (E.T: 28.09.2022).

²¹⁸ Yarg. 13. HD., E. 2014/12014 K. 2015/10657 T. 06.04.2015, www.lexpera.com.tr (E.T: 28.09.2022).

Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bir kararda da hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Karara göre: *“Hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesi ilişkisi, yasada düzenlenmemiş (atipik) iş görme sözleşmelerindendir. Bu sözleşmenin serbest çalışan bir hekim ile bizzat hasta ya da onun temsilcisi arasında kurulan ve hekimi kendisine ödenecek bir bedel karşılığında tıbbî teşhis ve tedavi edimini yerine getirme yükümlülüğü altına sokan sözleşme şeklinde tanımlanması mümkündür....Hukuksal niteliği konusunda doktrinde değişik görüşler (eser, hizmet, vekâletsiz iş görme gibi) ileri sürülmüş olmakla birlikte bilhassa yürürlük tarihi itibarıyla uyumsuzlukta uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) “Diğer akitler hakkında kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur” şeklindeki 386/2 [6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 502/2] maddesi hükmünü de gözeten yargısal uygulamada hekimlik sözleşmelerinin vekâlet sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler dairesinde çözümlenmesi gerektiği görüşü yerleşik bir hâl almıştır...”²¹⁹.*

Burada izah edilmesi gereken diğer bir husus ise, acil hallerde, hastanın iradesi dışında hekimin hastanın menfaati doğrultusunda tıbbî müdahalede bulunulması durumunda, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin nasıl değerlendirileceğidir. Bu hallerde, hekim ile hasta arasında iradi olarak kurulan bir sözleşme ilişkisi söz konusu değildir²²⁰. Bu ilişkiye “vekâletsiz iş görme” denmektedir. Vekâletsiz iş görme, kişinin bilgisi ve isteği olmadan onun yararına iş yapılmasıdır ²²¹. Bu kapsamda, vekaletsiz iş gören, yaptığı iş neticesinde ücret isteyebilmektedir. Bilinci kapalı hastaya müdahalede bulunulması veya ameliyat sırasında önceden öngörülemeyen nedenlerle hastanın sağlığı için ameliyatın genişletilmesi, vekaletsiz iş görmeye örnek olarak verilebilir. Sözleşme dışında kalan müdahale, vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmektedir. Vekaletsiz iş görmeye dayalı hekimin sorumluluğu, çalışmamızın ‘hekimin vekaletsiz iş görme sebebiyle sorumluluğu’ başlığında anlatılmıştır²²².

b) Hekimlik Sözleşmesinin Eser Sözleşmesi Niteliğinde Olduğu Görüşü

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliği hususunda ileri sürülen bir diğer görüş ise, eser sözleşmesinin hükümlerinin hekimlik sözleşmesine uygulanmasıdır. Estetik amaçlı tıbbî müdahaleler ile protez yapımı gibi belirli bir neticeye yönelik müdahalelerde, hekim ile

²¹⁹ Yarg. HGK., E. 2017/778 K. 2019/329 T. 21.3.2019, www.lexpera.com.tr (E.T: 28.09.2022).

²²⁰ Gökcan, s. 919; Özdemir, s. 135.

²²¹ Gümüş, s. 225.

²²² Bkz. “İkinci Bölüm, II Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu, B. Hekimin Vekaletsiz İş Görme Sebebiyle Sorumluluğu “ başlığı altında yaptığımız açıklamalar, s. 86 vd.

hasta arasındaki sözleşmeye eser sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerektiği, öğretide ve uygulamada kabul görmektedir²²³.

Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesi ve devam hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK 470. maddesi uyarınca, eser sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: *“yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”*.

Eser sözleşmesi, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İş sahibi bir bedel ödemeyi üstlenirken; yüklenici, bir eser meydana getirip, teslim etmeyi üstlenir²²⁴. Estetik amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerde, hekim, belirli bir ücret karşılığında, hastanın istediği farklılığı yaratmayı amaçlamaktadır²²⁵.

Eser sözleşmesini, vekalet sözleşmesinden ve diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsur; eser sözleşmesinin sonuç garantisi içermesidir²²⁶. Vekalet sözleşmesinde, vekil sonuç garantisi vermez iken, eser sözleşmesinde yüklenici, sonuç taahhüdünde bulunur ve başarısız olduğu noktada bundan sorumlu olur²²⁷.

Öğretide bir görüş, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin eser sözleşmesi niteliğinde değerlendirilemeyeceğini, vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır²²⁸. Bu görüşü savunanlara göre, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, “güzelleştirme amaçlıyla” yapılsa dahi, ruh sağlığı açısından tedavi edici niteliktedir. Bu nedenle, bu tür müdahaleleri konu edinen tüm ilişkiler, vekalet ilişkisi sayılmalıdır. Ayrıca, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler dahil tüm tıbbi müdahalelerde, hastanın özellikleri gibi tıbbi uygulamanın başarısını etkileyecek, birçok etken söz konusudur. Hekimin elinde olmayan sebepler, başarısını etkileyebileceğinden, uygulama öncesinde başarılı bir neticeye varma

²²³ Yarg. 15. HD., E. 2019/2716 K. 2019/3692 T. 30.9.2019 kararı uyarınca; *“Taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355. ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi bulunduğu uyumsuzluk konusu değildir. Taraflar arasında davacıya estetik müdahalelerde bulunulması kararlaştırılmıştır. Eser sözleşmesini düzenleyen TBK'nın 355. maddesi uyarınca yüklenicinin edimi bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin edimi ise, karşılığında bedel ödemeyi üstlenmesidir. Eser sözleşmesinin niteliği gereği yüklenici sonucu garanti etmektedir.”* (www.lexpera.com.tr, E.T: 26/03/2023) Hakeri, 966-967; Özdemir, s. 137; Subaşı, s. 103-104; Ayan, s. 52; Gökcan, s. 900; Şenocak, s. 23.

²²⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 595-596; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 354; Aşçıoğlu, s. 17.

²²⁵ Özdemir, s. 136; Ayan, s. 52.

²²⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 612; Gümüş, s. 9; Dinar, s. 47.

²²⁷ Hakeri, s. 801; Yavuz İpekyüz, s. 61; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 388; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 455; Dinar, s. 63.

²²⁸ Tekben, Hekim, s. 868; Ayan, s. 56; Arpacı, s. 8.

sonucunu garanti etmesi çok zordur²²⁹. Yine, tıbbi müdahalenin, hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisi çerçevesinde gerçekleşmesi için niteliği gereği zaruridir. Bu kapsamda, hastanın dilediği zaman, sözleşme ilişkisini sona erdirmeye hakkına sahip olabilmesi için estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde de vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır²³⁰.

Buna karşılık Yargıtay, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hekimin, hastaya estetik görünümünü hususunda belirli bir güvence vermesi halinde, eser sözleşmesi hükümleri uygulanacağına hükmetmiştir²³¹. İlgili karara göre; “Davaya dayanak yapılan maddi olgu, karın germe ameliyatı yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Varılmak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukuki nitelendirilmesi yapıldığında ise, yanlar arasında BK'nun 355 ve devamı (TBK'nun 470 ve devamı) maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu, dolayısıyla uyumsuzluğun eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği açıktır.”.

Yargıtay benzer başka bir kararında da²³² diş hekiminin, protez diş yapımına yönelik tıbbi müdahalesini, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmiştir. İlgili karara göre: “diş ve diş etlerindeki ağrı ve hassasiyet nedeniyle davalı hekime giden davacıya dişetleri tedavi edilmeksizin 18 adet protez diş takıldığı, ancak ağrı ve şikayetlerinin dayanılmaz boyuta ulaştığı, başka hekime giden davacıya diş etleri tedavi edildikten sonra protezlerin değiştirilmesi gerektiğinin söylendiği, tekrar davalı diş hekimine başvurmasına rağmen tedavi isteğinin geri çevrildiği, bunun üzerine başka bir hekime giden davacının aylarca tedavi gördüğü, yeni doktora 5.000 TL para ödendiği ileri sürülerek, 5.000 TL maddi tazminat ile 5.000 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesi istenilmiştir.... Yanlar arasında gerçekleştiği ileri sürülen temel hukuksal ilişki, BK'nun 355.maddesinde tanımlandığı üzere bir eser sözleşmesidir...Diğer yandan eser sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdüldüğünden ve yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlü olduğundan, protez yapımı sözleşmesi de vekâlet akdi değil, bir eser sözleşmesidir”.

Sonuç olarak, tıbbi müdahale, mahiyeti gereği sonuç taahhüt etmeye elverişli değildir. Ancak, yargı kararlarında da sabit olduğu üzere, bazı estetik müdahaleler bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Estetik müdahalelerde, hekim tarafından bir sonuç taahhüdü varsa,

²²⁹ Tekben, s. 404.

²³⁰ Tekben, s. 406; Ayna, s. 59.

²³¹ Yarg. 3. HD., E. 2015/11672 K. 2016/4827 T. 29.3.2016 , www.lexpera.com.tr (E.T: 28.09.2022).

²³² Yarg. 3. HD., E. 2011/19821 K. 2012/4726 T. 27.02.2012, www.lexpera.com.tr (E.T: 28.09.2022).

örneğin burnunu yaptıran hastanın burnunun nasıl olacağına ilişkin muhtemel görüntüsünü göstermek veya göğüs büyütmek isteyen hastaya aynı müdahalenin yapıldığı başka hastalara ait görüntülerin gösterilmesi gibi durumlarda, müdahale, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

c) Hekimlik Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesi Niteliğinde Olduğu Görüşü

Türk Borçlar Kanun'un m. 394' e göre, [*hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana ve yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*]. Hizmet sözleşmesinde, işçi, işverene karşı belirli veya belirsiz süreli olarak iş görme borcu altına girmektedir²³³. Hizmet sözleşmesinde işçi, işverene bağlı olarak çalışır ve bu çalışma karşılığında bir ücret alır²³⁴. Hizmet sözleşmesinde, işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi, bu sözleşmeyi diğer iş görme sözleşmelerinden ayırtırmaktadır²³⁵. İşçi, iş verenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görmektedir. Ayrıca, işverene ait iş yerinde işverenin sağladığı araç ve gereçleri kullanması gerekmektedir²³⁶. Hukukumuzda, aile hekimi ile hasta arasındaki ilişkinin niteliğinin hizmet sözleşmesi olduğunu savunan yazarlar vardır. Bu görüşe göre, aile hekimliği sözleşmesi belirli bir hastalık için değil, aile bireylerine düzenli sağlık hizmeti verilmesi için yapıldığı, bu nedenle hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğu savunulmaktadır. Ancak, hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsuru bulunmadığından ve hasta ile aile hekimi arasında bir talimat ilişkisi olmadığından, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Hizmet sözleşmesi, sadece hekimin, hastane veya klinik ile yaptığı sözleşmede söz konusu olur²³⁷.

d) Hekimlik Sözleşmesinin Kendine Özgü (Su generis) Sözleşme Niteliğinde Olduğu Görüşü

Kendine özgü sözleşme, unsurları kısmen veya tamamen kanunda öngörülen sözleşme tiplerinin hiçbirine uymayan, kendine özgü öğelerden oluşan sözleşmelerdir²³⁸. Tıbbi müdahaleye ilişkin hekimlik sözleşmesinin TBK'da sayılan sözleşme türlerinden hangisine

²³³ Eren, Özel Hükümler, s. 545-572; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 393.

²³⁴ Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 395; Özdemir, s. 140.

²³⁵ Yavuz İpekyüz, s. 57.

²³⁶ Yavuz İpekyüz, s. 58; Arslan, s. 406.

²³⁷ Ayan, s. 53.

²³⁸ Yavuz İpekyüz, s. 72.; Subaşı, s. 111; Eren, Özel Hükümler, s. 947-979.

girdiği öğretilerde tartışmalıdır. Bu sözleşmeler, teamüllerine ve TMK kapsamında iyi niyet kurallarına göre yorumlanır²³⁹.

Öğretilerde azınlık görüş, hekimlik sözleşmesinin Kanun'da yazan hiçbir sözleşme türüne uymadığından, kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğunu savunmaktadır²⁴⁰. Bu görüşe göre, hekimlik sözleşmesi, kanunda belirtilen sözleşmelerin hiçbirinde olmayan özellikleri taşımaktadır. Taraflar arasında klasik bir edim alışverişi yoktur. Sözleşmede güven, yardım, özen ve şefkat gibi unsurlar ön plandadır ve taraflar sözleşme kapsamında eşit güce sahip değildir²⁴¹. Bu nedenle, TBK kapsamında hiçbir sözleşme ile bağdaşmadığından genel hükümlere başvurulması gerektiği savunulmuştur²⁴².

Bir başka ileri sürülen gerekçe ise, hekimlik sözleşmesi kapsamında, hekimin tıbbi faaliyette bulunması, bir işin görülmesi niteliğinde olduğundan, vekalet sözleşmesinin konusu olamayacağıdır²⁴³. Ancak, vekil sadece bir hukuki işlem gerçekleştirmez, maddi bir fiilin yapılması da vekalet sözleşmesinin konusu olabilmektedir²⁴⁴.

e) Hekimlik Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Olduğu Görüşü

Öğretilerde yer alan diğer bir görüşe göre ise, hekimlik sözleşmesine, vekalet sözleşmesi ve şartların varlığı halinde eser sözleşmesi hükümleri uygulanmakla birlikte, hekimin hastaya karşı tıbbi müdahalede bulunması aynı zamanda tüketici işlemi niteliğindedir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un²⁴⁵ 3. maddesi uyarınca tüketici işlemi: *[Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi]* şeklinde tanımlanmıştır. Bu kapsamda, hasta, ticari amaç gütmeyen tıbbi hizmetten yararlanan gerçek kişi tüketici olarak; hekimin sözleşme ilişkisi çerçevesinde sunduğu teşhis ve tedavi hizmetleri de TKHK kapsamında hizmet olarak değerlendirilmektedir²⁴⁶.

²³⁹ Ayan, 51; Özdemir, s. 139; Subaşı, s. 11- 112.

²⁴⁰ Atabek, Reşat/ Sezen Merih, "Hekimin Mesuliyeti", İstanbul Barosu Dergisi, C:28, S:2, 1954, s. 143 vd.

²⁴¹ Ayan, s. 51.

²⁴² Atabek/Sezen, s. 144-145.

²⁴³ Arslan, Firdevs, "Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti, MÜHFHAD, C: 26, S:1, 2020, s. 405.

²⁴⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 720.

²⁴⁵ RG: 07/11/2013, 28835.

²⁴⁶ Işık, s. 100; ASLAN, İsmail Yılmaz, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketici Hukuku, Bursa 2015, s. 23-27; Özgül, Mehmet Emin, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010, 68; Akipek Öcal, Şebnem, "

Bu durumda, hasta, hekimin kusurlu davranışına karşı, genel hükümler çerçevesinde korunmakla birlikte, yapılan müdahalenin tüketici işlemi sayılması ile TKHK kapsamında da korunması söz konusudur.

4077 sayılı mülga Kanun²⁴⁷ döneminde, tüketici işlemi tanımlanırken, vekalet sözleşmesi kapsamındaki işlemler spesifik olarak kanunda belirtilmemiştir. Mülga Kanun’da tüketici işlemi: “*tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü işlem*” şeklinde tanımlanmıştır. Yargıtay’ın, 2014 yılına kadar, hekim ile hasta arasındaki uyuşmazlıkları, tüketici işlemi olarak değerlendirmede ve genel hükümlere göre yargılama yapılması gerektiği yönünde kararları mevcuttur. Örneğin, Yargıtay 13. HD.’nin vermiş olduğu bir karara göre, “... *yanlış tedavi sonucu organ kaybına neden olduğunu belirterek maddi ve manevi tazminat istemiyle eldeki davayı açmışlardır. Mahkemece, tüketici mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik karar verilmiş ise de B.K. nun 502. maddesi hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekalet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar ile hasta arasındaki uyuşmazlıkların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğreti ve Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır. ...Somut olayda, davacı ile davalı arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin vekalet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakla, uyuşmazlığa vekalet hükümleri uygulanmalı ve doğal olarak, uyuşmazlığın da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Tüketici yasası ile güdülen amaç tüketicinin tüketime yönelik satışlarda mal ve hizmetlerdeki ayıplara karşı korunması olduğundan, uyuşmazlığın genel mahkemede görülmesi gerekir*”²⁴⁸.

07/11/2013 tarihinde yürürlüğe giren 6052 sayılı TKHK ile vekalet sözleşmeleri ve eser sözleşmeleri, tüketici işlemi sayılmıştır. 6052 sayılı kanun döneminde, Yargıtay’ın görüşü, hekim ile hasta arasındaki ilişkisinin vekalet sözleşmesi olduğu ve sözleşmenin mahiyeti

Hasta Tüketici midir? ”, içinde: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed: Özge Yücel, Gürkan Sert, Ankara, 2021, s. 356.

²⁴⁷ RG: 03/02/1995, 22221, mülga tarihi: 07/11/2013.

²⁴⁸ Yarg. 13. HD., E. 2013/23371 K. 2013/23874 T. 01.10.2013, (www.lexpera.com.tr , E.T: 11.10.2022).

gereği tüketici işlemi olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir: Buna ilişkin olarak bir kararında, “Tüm dosya kapsamı değerlendirildiğinde, davacı ile davalı sağlık kuruluşu arasında, tedavi hizmetine ilişkin vekalet ilişkisi bulunmakta olup ihtilafın, vekâlet hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir 6502 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3/1-(I) maddesi ile vekâlet sözleşmeleri de Kanun kapsamına alındığından, taraflardan birinin tüketici olduğu vekâlet sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların da tüketici mahkemesinde çözümlenmesi zorunludur.”²⁴⁹ şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Kanaatimizce de yeni TKHK ile vekalet sözleşmesi ve eser sözleşmesi, tüketici işlemi sayıldığından ve hekimlik sözleşmesi vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğundan, hekimlik sözleşmesinin tüketici işlemi olarak değerlendirilmesi yerindedir. Ancak, hekim ile hasta arasındaki karmaşık ve uzmanlık gerektiren uyuşmazlıkların, tüketici mahkemesinde basit yargılama usulü ile görülmesi vakıaların tartışılmasını kısıtladığından, yargılamanın sıhhatli olarak yürütülmesini engellemektedir.

3. Özel Durumlar

a) Hekimin Kamuya Ait Hastanelerde Çalışması Durumunda Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişki

Serbest çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişki, vekalet sözleşmesi veya işin niteliğine göre eser sözleşmesi niteliğinde olacağı yukarıda açıklanmıştır. Ancak, kamu hastanesine başvuran hasta ile hekim veya hastane arasında sözleşme ilişkisi söz konusu değildir²⁵⁰. Şöyle ki, kamu hastanesinde çalışan hekim, kamu personeli statüsündedir. Hasta da kamu hastanesine başvurarak, kamu hizmetinden yararlanmaktadır²⁵¹.

Kamu hastanesi ile hasta arasında sözleşmesel ilişki değil, idare hukuku ilişkisi söz konusudur²⁵². Dolayısıyla, kamu hastanesinde çalışan hekimin uyguladığı tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluğu, idare hukuku çerçevesinde çözümlenecektir²⁵³. Bu durumda, ortaya çıkan zararlardan, idare birincil derecede sorumlu olur²⁵⁴.

²⁴⁹ Yarg. 20. HD., E. 2016/5920 K. 2016/9175 T. 17.10.2016,(www.lexpera.com.tr, E.T: 11.10.2022).

²⁵⁰ Hakeri, s. 976.

²⁵¹ Özdemir,s. 142.

²⁵² Hakeri,s. 977.

²⁵³ Canbolat, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, TBB Dergisi, S:80, 2009, s. 156; Ayan, s. 46.

²⁵⁴ Özdemir, s. 143.

Sorumluluktan söz edebilmek için hekimin, eyleminin hukuka aykırı olması gerekir. Kusur söz konusu ise, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır²⁵⁵. Sorumluluğun kaynağını belirlemede, hizmet kusuru, kişisel kusuru ve salt kişisel kusur tanımları önemli rol oynamaktadır²⁵⁶.

Hizmet kusuru, “idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenişinde, işleyişinde ve ilgili personel üzerindeki nezaret ve denetim görevinde söz konusu olan aksaklık, düzensizlik, sakatlık ve eksiklik şeklinde ortaya çıkan; belli bir ya da birkaç kamu görevlisine atıf ve izafe edilemeyen somut, anonim ve objektif karakterli; tamamen idare hukukuna has ve idarenin doğrudan doğruya ve asli sorumluluğunu gerektiren kusurdur”²⁵⁷.

Hizmet kusurunda, kamu personeli değil, doğrudan idare sorumludur²⁵⁸. Zira, idareden kaynaklı bir kusur söz konusudur. Hizmet kusuruna, hastanenin kötü yönetimi, tıbbi alet ve cihazların arızalı olması, ambulans, ameliyathane veya yoğun bakım ünitesinin kullanıma elverişsiz olması, ısıtma, aydınlatma, havalandırma sistemlerinin çalışmaması, hastanenin steril olmaması, enfeksiyonlara karşı gerekli tedbirin alınmaması gibi örnekler verilebilir²⁵⁹.

Kişisel kusur da ise, bizzat kamu personelinin kusuru söz konusudur. Bu kusur, görevle ilişkisi olup olmasına göre, görevle ilişkili kusur ve salt kişisel kusur olarak iki ayrı şekilde değerlendirilir²⁶⁰.

Yargıtay eski tarihli vermiş olduğu kararlarda, zarar görenin, kamu hastanesinde çalışan hekime karşı, adli yargıda doğrudan doğruya tazminat davası açılabileceğine hükmediyordu²⁶¹. Ancak, Yargıtay, 2012 tarihinden itibaren verdiği kararlarda bu görüşten dönerek, davanın idarede açılması gerektiğini içtihat etmiştir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 2012 tarihli kararında²⁶², “...kamu görevlisinin görevini yaparken kusurlu davranışta bulunmasının hizmet kusuru mu yoksa hizmetten ayrılabilen kişisel kusuru mu olacağının tespiti gerekmektedir. Kamu kurumları kamu hizmeti yaparlar. Ancak kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik

²⁵⁵ Özdemir, s. 143.

²⁵⁶ Subaşı, s. 151.

²⁵⁷ Gökcan, s. 1020.

²⁵⁸ Subaşı, s. 151.

²⁵⁹ Subaşı, s. 151.

²⁶⁰ Hakeri, s. 977-978.

²⁶¹ Subaşı, s. 151; Canbolat, s. 157.

²⁶² Yarg. 4.HD, E. 2010/11806, K. 2012/235, T. 16.01.2012. (www.hukukturk.com, E.T 05.10.2022).

olduğundan, kamu hizmetini bizzat yerine getiremezler. Kamu hizmeti, gerçek kişi konumunda olan kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine getirilir. Bunun sonucu olarak, kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur. Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur. Davaya konu edilen olayda; ...'nde uzman hekim olan ve kamu görevlisi sıfatını taşıyan davalının, görevini yerine getirmediği ileri sürülerek tazminat isteminde bulunulmuştur. Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında, davanın idari yargı yerinde ve idareye karşı açılması gerekir. Davalı ...'a husumet yöneltilemez. Bu davalı yönünden husumet yokluğu nedeniyle davanın reddi yerine, işin esasının çözümlenmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde hüküm kurulmuştur.

Benzer şekilde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2015 tarihli başka bir kararında da “...Bu ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacıların doktor olan davalının mutaassıp kişiliği nedeniyle hastaya alkollü olduğundan bahisle ön yargılı şekilde yaklaştığı, bu nedenle ambulans tahsis etmediği ve desteğin ölümüne neden olduğu belirterek ve davalı doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açtıkları anlaşılmaktadır. Davacıların bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmeline dayanmaktadır. Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir.”²⁶³ şeklinde hüküm kurulmuştur. Bu karara göre, kamu hastanesinde çalışan hekimin, salt kişisel kusurundan kaynaklanan durumlar hariç olmak üzere, kusurlu davranışı sonucunda bir zarar meydana gelmiş ise, zarar görenin, zarar tazmini için açacağı tazminat davası, idareye karşı açılmalıdır.

Hekim görevinden bağımsız olarak özel işlerini yaptığı sırada, hukuka aykırı fiili neticesinde üçüncü kişilere zarar vermesi halinde, hekim salt kişisel kusurundan bizzat

²⁶³ Yarg. [HGK., E. 2013/1533 K. 2015/1099 T. 27.3.2015](#), (www.lexpera.com.tr, E.T: 05.10.2022).

sorumlu olur²⁶⁴. Bu hallerde, hekime karşı doğrudan doğruya adli yargıda dava açılacaktır²⁶⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında²⁶⁶ salt kişisel kusuru şu şekilde tanımlamıştır; “*kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur.*”.

Değnilmesi gereken başka husus ise, kamu hastanesi tanımından ne anlaşılması gerektiğidir. Kamu hastaneleri, devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan veya işletilen, kamu yararına sağlık hizmeti sunan hastanelerdir²⁶⁷.

Devlet üniversitelerinin eğitim ve araştırma hastaneleri, belediye ve özel idarelere ait hastaneler, aile sağlığı merkezleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulmuş ve çalıştırılmakta olan hastaneler ile vakıf hastanelerinin vakıf yönetimi devlet kurumuna verilmiş ise, bu hastaneler de kamu hastanesi sayılacaktır²⁶⁸. Üniversite hastaneleri, vakıf üniversitesi hastaneleri ve devlet üniversitesi hastanesi ayrımı yapılmaksızın kamu hastanesi statüsünde sayılmaktadır²⁶⁹.

Sonuç olarak, hasta, kamu hastanesinde çalışan hekimin uyguladığı tıbbi müdahaleden dolayı zarar görecekt olursa, zararın tazmini için kamu tüzel kişisine karşı dava açmalıdır²⁷⁰. Kamu tüzel kişisi, bu tür davalar sonucunda hastaya ödediği tazminatı, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun²⁷¹ 13. maddesi uyarınca kusuru olan hekime rücu edebilir²⁷². İdarenin, hekime karşı rücu davası hukuk mahkemelerinde görülecektir.

b) Hekimin Özel Hastanelerde Çalışması Durumunda Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişki

Özel hastaneler, kamu hastaneleri dışında kalan ve sağlık hizmeti veren gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait hastanelerdir²⁷³. Hekimin özel hastanede çalışması durumunda, hasta

²⁶⁴ Subaşı, s. 151

²⁶⁵ Hakeri, s. 977.

²⁶⁶ Yarg. HGK., E. 2013/1575, K. 2015/1102, T. 27.03.2015. (www.hukukturk.com, E.T 05.10.2022).

²⁶⁷ Ayan,s .171; Hakeri, s. 978.

²⁶⁸ Subaşı, Zeynep, s. 203; Hakeri, s. 978

²⁶⁹ Subaşı, Zeynep, s. 204.

²⁷⁰ Canbolat, s. 160.

²⁷¹ RG: 1965/12056, madde 13: [Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır].

²⁷² Subaşı. s. 152.

²⁷³ Ayan, s. 128.

ile hastane arasında sözleşme ilişkisi kurulur²⁷⁴. Hekim ise, hizmet sözleşmesi kapsamında hastanede çalışan konumundadır²⁷⁵. Bu şekilde özel hastanede çalışan hekim, sözleşme ilişkisinin tarafı olmayıp, TBK m. 116 kapsamında ifa yardımcısı statüsündedir²⁷⁶.

Özel hastane ile hasta arasında kurulan sözleşmeye “hastaneye kabul sözleşmesi” adı verilmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında, hasta, belirli bir ücret ödemeyi; hastane de hastanın tedavisini ve diğer bakım hizmetlerini karşılanmayı üstlenir²⁷⁷. Diğer bakım hizmetlerine; yataklı oda tahsisi, beslenme, temizlik, dezenfeksiyon, tıbbi malzeme sağlanması vb. gibi edimler örnek olarak gösterilebilir²⁷⁸.

Özel hastane ile hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisi; tam hastaneye kabul sözleşmesi, hekim sözleşmesi ekli hastaneye kabul sözleşmesi ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır²⁷⁹. Tam hastaneye kabul sözleşmesinde, yukarıda belirttiğimiz gibi, sözleşmenin tarafları hasta ve özel hastane olup hekimin hasta ile doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır. Hastanın, tıbbi müdahaleden kaynaklı bir zarara uğraması halinde, tazminat istemi hastaneye yöneltilir²⁸⁰. Hekimin uyguladığı tıbbi müdahale dolayısıyla hastanenin; hasta ile hastane arasındaki sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan TBK m. 116 kapsamında sözleşmesel sorumluluğu ve TBK m. 66 kapsamında ‘kusursuz sorumluluğu’ söz konusudur²⁸¹. Bu durumda, TBK m. 116 ve TBK m. 66 yarışma halindedir. Taraflar kendi durumlarına en uygun olanı seçme hakkına sahiptirler²⁸².

Yargıtay bir kararında “...*Davalı şirketin sorumluluğu BK 55. maddesinde (yeni TBK 66. madde) düzenlenen istihdam edenin mesuliyetine dayanan kusursuz sorumluluk olduğundan, çalıştırdığı doktorun kusursuz kabul edildiği bir durumda, çalıştıran şirketin de kusurundan bahsedilemeyecektir. O halde, açıklanan nedenlerle, davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirmeye, yazılı gerekçeyle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*”²⁸³ şeklinde hüküm tahsis ederek, özel hastanenin sorumluluğunun

²⁷⁴ Hakeri, s. 970.

²⁷⁵ Özdemir, s. 144. Ayrıca, cerrahi müdahaleler için devamlı veya zaman zaman özel hastaneyi kullanan hekim bu kapsam içinde değerlendirilmemelidir, bkz. Subaşı, s. 144.

²⁷⁶ Aykın, Aykut Cemil/ Çınarlı, Serkan, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2016, s. 255; Ayan, s. 135; Aşçıoğlu, s. 22; Hakeri, s. 970.

²⁷⁷ Erdoğan, Faruk, Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2020, s. 17.

²⁷⁸ Erdoğan, s. 50.

²⁷⁹ Subaşı, Zeynep, s. 202.

²⁸⁰ Ayan, s. 135.

²⁸¹ Demir, s. 360; Erdoğan, s. 139.

²⁸² Özdemir, Hayrunnisa, “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği, TBB Dergisi, S. 105, 2013, s. 264.

²⁸³ Yarg. 13. HD., E. 2015/11520 K. 2017/1532 T. 8.2.2017. (www.lexpera.com, E.T: 07.10.2022).

TBK m. 66 kapsamında olduğunu vurgulamıştır. Uygulamada hastalara seçme hakkı tanımayıp, hekimin kusurlu davranışından dolayı, hastanenin sözleşmesel sorumluluğuna değil, haksız fiil sorumluluğu olduğunun benimsemesi hasta için aleyhe durum oluşturmaktadır²⁸⁴.

Hastaneye kabul sözleşmesinin tarafı olmayan hekimin ise, sözleşmesel sorumluluğu söz konusu olmayıp, TBK m. 49 hükmüne istinaden, haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazminat sorumluluğu söz konusudur²⁸⁵. Tazminatı ödemek zorunda kalan hastanenin, tazminat miktarını hekime rücu etme hakkı vardır²⁸⁶. Hekimin haksız fiil sorumluluğu bulunmadığı, ancak sadakat ve özen borcuna aykırı hareket ettiği durumlarda ise, hasta, tazminat istemini yalnızca hastaneye yöneltebilir.

Hekim sözleşmesi ekli hastaneye kabul sözleşmesinde, tam hastaneye kabul sözleşmesinin yanında, özel hastanede çalışan hekim ile hasta arasında yapılan ayrı bir sözleşme mevcuttur²⁸⁷. Burada, özel hastane işletmecisi, beslenme, barınma, diğer hasta bakım giderleri yanında, teşhis ve tedavi edimlerini de üstlenmektedir. Ayrıca, hekim de teşhis ve tedavi borcunu üstlenmektedir. Hasta, hem özel hastane işletmecisine, hem de hekime ücret ödeme borcu altına girmektedir²⁸⁸. Tıbbi tedaviye ilişkin sorumluluk gerektiren bir husus meydana geldiğinde, hekim ve hastane işletmecisi müteselsil sorumlu olur²⁸⁹. Hekimin kusurlu müdahalesi haksız fiil niteliği taşıması halinde, hekim ile hastane TBK m. 49 vd. uyarınca birlikte sorumlu olur. Ayrıca hekimin, TBK m. 112 kapsamında sözleşmesel sorumluluğu söz konusu iken, hastane işletmecisi de TBK m. 116 kapsamında sorumlu olur²⁹⁰.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi ise, hastaya karşı üstlenilecek olan hizmetlerin bölünmesiyle, hastanın tıbbi tedavisinin özel hastane işletmecisi çalışanı dışında, başka bir hekim tarafından üstlenilmesi durumunda söz konusudur²⁹¹. Bu sözleşmede hasta iki ayrı sözleşmenin tarafıdır²⁹². Birincisi, hasta ile özel hastane işletmecisi arasında akdedilen

²⁸⁴ Özdemir, H., Hastane, s. 264.

²⁸⁵ Hakeri, s. 970-971, Özdemir, s. 146.

²⁸⁶ Özdemir., s. 146.

²⁸⁷ Kızır, Mahmut, “Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanelerdeki Sağlık Çalışanlarının Fiillerinden Doğan Sorumluluğunun Değerlendirilmesi”, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:1, 2013, S. 336.

²⁸⁸ Kızır, s. 231; Erdoğan, s. 54-55.

²⁸⁹ Temel, Erhan, “Alman Sağlık Sisteminde Hastaneler ve Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, İÜHFM, C.68, S:1-2, 2010, s. 267; Subaşı, Zeynep, s. 201.

²⁹⁰ Özçetin, Selvi/ Balaban, Murat, Sağlık Hukuku, Ankara, 2015, s. 231.

²⁹¹ Gökcan, s. 940; Erdoğan, s. 56.

²⁹² Özçetin/Balaban, s. 232; Temel, s. 268.

hastaneye kabul sözleşmesidir. Bu sözleşme kapsamında, hastane işleticisi, hastane standartlarını sağlama, teknik hizmet, barınma, yeme ve diğer bakım hizmetleri sağlamayı üstlenmektedir²⁹³. İkincisi ise, hasta ile hekim arasında akdedilen tedavi sözleşmesidir. Tedavi sözleşmesi kapsamında, hekim sadece teşhis ve tedavi üstlenmektedir. Hekimin kusurlu davranışı nedeniyle hastanın zarar uğraması halinde, hastanenin sorumluluğu söz konusu olmayacak, heki tedavi sözleşmesi kapsamında hastaya karşı sorumlu olacaktır²⁹⁴.

Yargıtay’ında, bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi söz konusu olduğu durumlarda, hekimin hatalı uygulamasından dolayı özel hastane işletmecisinin sorumlu tutulamayacağı yönünde bir kararı mevcuttur. Yargıtay 13 HD.’nin kararı şu şekildedir; “...*davalı doktorun davacı hastanede görev yapmadığı, sadece bir geceliğine hastane odasını ücret karşılığı kullandığı ve doktorun müessir fiil olduğu kabul edilen eyleminden doğan zarar ile hastanenin eylemi arasında illiyet bağının ve davacı ile sözleşme ilişkisinin bulunmadığı bu sebeple hastanenin de zarardan sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı* gözetilerek davalı Vatan Sağlık Hizmetleri AŞ hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken bu davalı hakkındaki davanın da kabul edilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir”²⁹⁵.

Özel hastane işletmecileri, sorumluluktan kurtulmak maksadıyla, kendi bünyesinde çalışan hekimlere şahıs şirketi kurdurarak, sorumluluktan kaçmaya çalışmaktadırlar. Bu durumlarda, hekimin tüm mesaisini orda geçirdiği ve görünüşteki durumun muvazaalı olduğu ispatlanarak, sorumluluğun hastaneye de yöneltilmesi mümkün olacaktır²⁹⁶.

²⁹³ Gökcan, s. 940.

²⁹⁴ Aykın/Çınarlı, s. 262; Özdemir, s. 147; Gökcan, s. 940.

²⁹⁵ 13 HD. E. 2006/905, K. 2006/5549, T. 13.04.2006, (www.hukukturk.com, E.T: 10.10.2022).

²⁹⁶ Hakeri, s.976; Özdemir, s. 145.

B. HEKİMİN MESLEKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hekimlik sözleşmesinin kurulmasıyla, hekimin hastaya karşı, sözleşmeden ve meslek etik kurallarından doğan birçok yükümlülüğü söz konusu olur. Bu görev ve yükümlülükler, hekimin borçlarını oluşturduğu gibi, hastanın da haklarını oluşturur.

Bu çalışmada, hekimin mesleki yükümlülüklerinin tümü ele alınmayacak olup, ana yükümlülükler üzerinde durulacaktır.

1. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü

a) Sadakat Yükümlülüğü

Sadakat ve özen borcunun temeli, TMK m. 2 kapsamında düzenlenen dürüstlük kuralıdır²⁹⁷. Sadakat borcu, vekilin, vekalet verenin menfaatine uygun hareket etmesi, ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınması anlamındadır²⁹⁸. Ayrıca sadakat yükümlülüğü ile asli edimin ifası dolayısıyla müvekkilin zarar görmesinin önüne geçilmesini amaçlamaktadır. Bu nedenle, sadakat yükümlülüğü, sözleşme kurulmasından evvel başlamakla birlikte, borcun ifasından sonra da devam etmektedir²⁹⁹.

Hekimlik sözleşmesi de vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğundan, vekil konumunda olan hekimin sadakat borcu, Türk Borçlar Kanunu m. 506/2 hükmünde, “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Hekim sadakat borcu kapsamında, hastanın menfaatini gözetmesi ve hastaya zarar verecek davranışlardan kaçınması gerekmektedir³⁰⁰. Hekim, hasta ile arasındaki güven ilişkisi gereğince hastaya zarar verecek davranışlardan kaçınmalı, sağlığını korumak için elinden geleni yapmalıdır³⁰¹.

Hekimin sadakat yükümlülüğü, tedavi sürecinin tamamlanması ile sona ermez³⁰². Sadakat borcunun kapsayıcı niteliği bulunmaktadır. Vekalet ilişkisi çerçevesinde sadakat

²⁹⁷ Öz, s. 712; Gümüş, Mustafa Alper, Türk- İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001, s. 156-158; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C II, İstanbul, 2010, s. 408.

²⁹⁸ Öz, s. 712.

²⁹⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 745

³⁰⁰ Yavuz İpekyüz, s.102; Ayan, s. 87, Aşçıoğlu, s. 49; Seçer, Öz, ‘*Hekimin Hukuki Sorumluluğu*’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.1, s. 121 (www-jurix-com-tr, E.T: 20.09.2022).

³⁰¹ Ayan, s. 87.

³⁰² Şatır, Nejdet, Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 2018, s. 73.

yükümlülüğü; sır saklama, aydınlatma ve hesap verme yükümlülüklerini de kapsamaktadır³⁰³. Sadakat borcunun kapsayıcı niteliği bulunmaktadır. Vekalet ilişkisi çerçevesinde sadakat yükümlülüğü; sır saklama, aydınlatma ve hesap verme yükümlülüklerini de kapsamaktadır³⁰⁴. Bu yüzden, sözleşme ilişkisi sona erse dahi, söz konusu yükümlülükler devam eder³⁰⁵.

Tedavinin ücretini arttırmak için hastayı yanlış bilgilendirmek veya tedavinin gereksiz uzamasını sağlamak, sadakat borcuna aykırılığa örnek verilebilir³⁰⁶. Sadakat borcuna aykırılık durumunda, hekim, hastanın uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür³⁰⁷

b) Özen Gösterme Yükümlülüğü

Özen, “*bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, özenme, itina, ihtimam*”³⁰⁸ şeklinde tanımlanmaktadır. Vekilin, üstlenmiş olduğu işi özenle ifa etme yükümlülüğü, TBK m. 506/2’de açıkça düzenlenmiştir. Özen yükümlülüğü, vekilin, asıl edimin ifası için gereken ve beklenen dikkat ve önemi göstermesidir³⁰⁹. TBK m. 506/3³¹⁰ uyarınca, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun kapsamı belirlenmiştir. Hüküm doğrultusunda, vekilin sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır³¹¹.

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği vekalet sözleşmesi olmasından dolayı, bu ilişkide Türk Borçlar Kanunu kapsamında, vekilin özen borcu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Hekim, TBK 506/2 kapsamında hastanın tedavisini gerçekleştirirken, özenli hareket etmekle yükümlüdür. Vekilin, müvekkilin zararına yol açacak davranışlardan kaçınması da özen yükümlülüğü kapsamındadır³¹².

Hekim, mesleğinin tıbbi ve teknik kurallarına uyarak, koruyucu önlemler alarak, hastasını gereksiz riske atmaktan kaçınarak ve hastanın yararını gözeterek tedavi için en uygun seçeneğe başvurarak özen yükümlülüğünü yerine getirir. Hekim, her daim hastanın

³⁰³ Aşçıoğlu, s. 49; Koyuncu Aktaş, Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu, İstanbul, 2020, s. 219; Tekben, Makale, s. 878.

³⁰⁴ Aşçıoğlu, s. 49; Koyuncu Aktaş, Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu, İstanbul, 2020, s. 219; Tekben, Makale, s. 878.

³⁰⁵ Tekben, Makale, s. 879

³⁰⁶ Şengül, s. 70.

³⁰⁷ Hancı, s. 156.

³⁰⁸ <http://www.tdk.gov.tr/> E.T.:20.09.2022.

³⁰⁹ Seçer, s. 129, Gümüş, Vekilin Özen Borcu, s. 222.

³¹⁰ TBK m. 506/3; “*vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*”.

³¹¹ Seçer, s. 121; Özdemir, H., Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 61; Öz, s. 711; Aktaş, s. 145.

³¹² Dinar, s. 56.

menfaatlerini kendi menfaatlerinin üstünde tutmalıdır³¹³. Özen yükümlülüğü kapsamında, hekim, mesleki bilgilerini güncel tutmalı, en son bilgi ve teknolojiye yararlanarak mesleğini icra etmelidir³¹⁴. Aynı şekilde, özen yükümlülüğü, hekimin bizzat ifade bulunması gerektirir. İşin niteliği gereği, hekimin şahsi bilgi ve becerisine karşı duyulan güven söz konusudur. Hekim, başka hekimlerden veya yardımcı sağlık çalışanlarından destekleyici ve tamamlayıcı yardım alabilir, ancak asli edimini, kural olarak, başkasına bırakamaz³¹⁵.

Özen yükümlülüğü, tedavi sürecinin her aşamasında karşımıza çıkmaktadır. Hekim, tedavi süresince üstlendiği tüm davranışları özenle yerine getirmelidir. Hekimin özensiz davranışı, tıbbi kusur olarak nitelendirilir. Gerekli özeni göstermeyen hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusudur. Hekimin özen borcunu yerine getirmemesinden dolayı hasta zarar görmüş ise, hekim, TBK m. 49 veya TBK m. 112 kapsamında bu zararı gidermekle yükümlüdür³¹⁶.

Özen yükümlülüğünün sınırının belirlenmesinde diğer bir önemli ölçüt ise, hekimin tecrübesi, uzmanlığıdır. Zira, pratisyen bir hekime kıyasla uzmanlık vasfı olan hekimin daha özenli hareket etmesi beklenmektedir³¹⁷.

Yargıtay, kararlarında hekimin özen borcunu şu şekilde izah etmiştir; “*Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Borçlar Kanunu'nun vekalet akdini düzenleyen 386 vd (Yeni TBK 502 vd) maddeleri uyarınca, vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi Özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (TBK'nın 396/1 md.) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu*

³¹³ Aktaş, s. 218.

³¹⁴ Yücel, Özge, “Hekimin, Özel Sağlık Kuruluşlarının, İlaç Üreticisi ve Eczacının Yükümlülükleri ve Hukuksal Sorumluluğu”, içinde: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed: Özge Yücel, Gürkan Sert, Ankara, 2021, s. 436.

³¹⁵ Özdemir, s. 103-104.

³¹⁶ Aktaş, s. 268.

³¹⁷ Şengül, s. 71.

tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nın 394/1.(TBK 510/1.) maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır”³¹⁸ . Yargıtay, hekimlik sözleşmesini, vekalet sözleşmesi olarak nitelendirdiğinden, hekimin gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen beklenmeyen olumsuz bir durum söz konusu olduğunda, hekimin kusuru olmadıkça oluşan zarar nedeniyle sorumluluğundan bahsedilemez.

Bazı tıbbi uygulamalarda ise, hekim ile hasta arasındaki ilişki eser sözleşmesi niteliğindedir. Eser sözleşmesinde, yüklenici bir sonuç garantisinde bulunur. Diş protezi ve bazı estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde sonuç taahhüdü söz konusudur. Vekalet sözleşmesinin aksine, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilen uygulamalarda, hekim kendisinden beklenen özeni göstermiş olsa dahi, garanti ettiği sonuca ulaşılmamasından sorumludur³¹⁹.

Yargıtay, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilen tıbbi uygulamalarda hekimin özen borcu kapsamını şu şekilde belirlemiştir; “...Davacının yüzünün görünümünün daha estetik bir hale gelmesi konusunda davalı doktor ile estetik operasyon için anlaşma yapıldığı ve davalı doktor tarafından uygulamanın gerçekleştirildiği; böylece, taraflar arasında eser sözleşmesi kurulduğu anlaşılmaktadır. Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, davalı yüklenicinin hem sadakat hem de özen borcunu kapsar. Bu arada belli bir sonucun ortaya çıkması amaçlanır. Meydana getirilen eserin, iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde, sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulmuş olur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özellikleri taşıması aranır. Aksi halde, eserin ayıplı olduğu kabul edilir. Ayıplı eseri meydana getiren yüklenici ise, ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden

³¹⁸ Yarg. 13. HD., E. 2013/30822 K. 2014/10772 T. 9.4.2014; Yarg. 13. HD., E. 2013/27946 K. 2013/31316 T. 13.12.2013 (www.lexpera.com.tr, E.T:20.09.2022).

³¹⁹ Yücel, Sorumluluk, s. 437-438.

ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumludur. Yüklenici hangi yöntemi kullanırsa kullansın eserin ayıpsız olarak ortaya çıkması gerekir. Yüklenici, sadakat ve özen borcu gereğince eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde meydana getirmek zorundadır. Akdın gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye koyan tüm hallerinden zamanında iş sahibine haber vermek zorundadır. Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğünden doğan çeşitli özel açıklama ve yol gösterme yükümlülükleri vardır. Yüklenici ihbar mükellefiyetini zamanında yerine getirmezse bundan doğacak tüm zarardan da sorumludur (BK. md. 96). (TBK. md. 112) O halde, davalının ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmesi BK. 357.(TBK. 472) maddesine göre bir zorunluluktur”³²⁰.

2. Kişisel İfa ve Edim Yükümlülüğü

Güven ilişkisinin esas olduğu hekimlik sözleşmesinde, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki, vekalet sözleşmesi niteliğindedir. Vekalet sözleşmelerinde, vekil, üstlendiği iş görme borcunu şahsen ifa etmekle yükümlüdür³²¹. Bu yükümlülüğün kaynağı olan TBK m. 506/1’e göre, [vekil, vekalet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.].

Hekim, hekimlik sözleşmesi uyarınca, hastaya karşı üstlendiği tıbbi yardım ve tedavide bulunma yükümlülüğünü bizzat kendisi yerine getirmelidir. Hastanın muayenesi, hastalığın teşhisi, tedavisi ve uygulanacak yöntemin belirlenmesi, hatta gerekli olması halinde, tedavi sonrası takibi, tedaviyi üstlenen hekim tarafından yerine getirilmelidir³²².

Aynı şekilde, hekimin bizzat ifa borcu, Tıbbi Denotoloji Nizamnamesinin 16. maddesinde; [Tabip ve dış tabibi bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmi metodları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fenni kanaata ve şahsi müşahadesine göre rapor verir] ve Hekimlik Meslek Etiği Kurallar 23. maddesinde, [Hekim, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz] şeklinde düzenlenmiştir.

Hekim kural olarak, tıbbi yardım ve tedavide bulunma yükümlülüğünü üçüncü kişiye bırakamaz³²³. Ancak, hekimin, hasta için gerekli tüm tıbbi yardım ve müdahaleyi, tek başına üstlenmesi de mümkün değildir. Hekim, tıbbi müdahalede bulunurken yardımcı kişilerden

³²⁰ 3. HD., E. 2015/9077 K. 2016/5505 T. 11.4.2016, (www.lexpera.com.tr, E.T:20.09.2022).

³²¹ Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 588; Öz, s. 709; Eren, Özel Hükümler, s. 736-737; Dinar, s. 56.

³²² Gökcan, s. 89.

³²³ Yavuz İpekyüz, s. 95.

faydalanma ihtiyacı doğduğu bir gerçektir. Tıbbi Denotoloji Nizamnamesinin 21. maddesine göre, *[Başkalarının yardımı ile yapılacak cerrahi ameliyeler ile diğer tedavilerde, operatör, müdavi tabip ve dış tabibi, beraber çalışacağı elemanları seçmekte serbesttir.]* TBK m. 83'te ise, *“Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifaya mecbur değildir.”* Hekimin, asli edimi teşhis koyma, uygun tedavi seçme ve tedaviyi şahsen uygulama olmakla beraber, somut olayın özelliklerine ve tıp biliminin izin verdiği ölçüde yardımcı kişilerden faydalanabilecektir³²⁴.

Tıbbi yardım ve müdahale hizmeti, uzmanlık veya teknik bilgi gerektiriyor ise, yetkili sağlık mensubuna işin devri mümkündür³²⁵. Şöyle ki, TBK m. 506/1 kapsamında, vekilin şahsen ifa yükümlülüğünün istisnaları mevcuttur. Vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde, vekilin işi başkasına yaptırabilmesi mümkündür³²⁶. Örneğin, tedavi sürecinde psikiyatriden yardım alınması, ameliyatta anestezi uzamından destek alınması, vb., uygulamalarda; hekimin, diğer uzman hekimlerle tıp bilimi çerçevesinde, uzmanlık alanları doğrultusunda iş bölümü yaparak, işi uzman hekime devretmesi mümkündür³²⁷.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde, hekim, yardımcı kişilerin fiillerinden, TBK m. 116 kapsamında sorumlu olacaktır³²⁸.

3. Öykü (Anamnez) Alma Yükümlülüğü

Hastanın öyküsünün alınması ve muayene edilmesi, hastalığın doğru teşhisi ve tedavisi için önemlidir. Hasta veya yakını tarafından, hastalık ile ilgili şikayetler, şikayetin çıkış noktasını bulmaya yardımcı olabilecek olaylar ve hastanın daha önceden geçirmiş olduğu hastalıklar, kullandığı ilaçlar gibi tıbbi bilgilerin aktarılmasına ‘öykü alma’ denir³²⁹.

Hekimin TBK m. 506 kapsamında özen borcu, sadece asli edim olan hastayı tedavi etme yükümlülüğü ile sınırlı değildir. Hekimin, hastanın öyküsünü alırken, hastaya teşhis koyarken veya hastayı muayene ederken de gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekir³³⁰. Öyküde

³²⁴ Uygur, Atiye, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü) Ankara, 2009 , s. 139.

³²⁵ Türkmen, s.79, Hakeri, s. 553.

³²⁶ Öz, s. 709.

³²⁷ Gökcan, s. 89.

³²⁸ Özdemir, s. 144, Kızır, s. 345, Ayan, s. 67.

³²⁹ Gökcan, s. 90.

³³⁰ Aktaş, s. 156.

eksiklik olması, teşhis ve tedavinin yanlış olmasına yol açabilir³³¹. Hekimin, hastanın öyküsünü almaması, eksik alması veya öykü alırken gerekli dikkat ve özeni göstermemesi tıbbi uygulama hatasıdır³³².

Hekimin, hastanın öyküsünü alma yükümlülüğünü yerine getirdiğinin ispatı, kendisine aittir. Bu nedenle, sürecin yazılı olarak kayıt altına alması; sorumluluk incelemesi açısından önem taşır³³³. Hastanın bilinci kapalı olduğu hallerde veya acil durumlarda öykü almak mümkün olmayabilir. Bu hallerde de mümkün olduğunca hasta yakınından öyküyü almak, doğru teşhis ve tedavi için önem arz eder.

4. Muayene Etme Yükümlülüğü

Hekim, hastanın öyküsü aldıktan sonra, hastalığı teşhis ve tedavi edebilmek için hastayı modern tıbbi araçlar ve kendi imkanlarıyla muayene etmelidir³³⁴. Burada hekim, beş duyu organıyla veya stetoskop, tansiyon aleti gibi yardımcı aletler ile hasta üzerinde inceleme yapar³³⁵.

Hekimin asli edimi, TBK m. 506/2 kapsamında, hastanın menfaatine iş görmesidir. Hekimin hastayı tedavi edebilmesi için doğru teşhisi koyması önemlidir. Hekim, doğru teşhisi koyabilmek için fiziki muayene yapmalı ve gerekli gördüğü test ve tetkikleri uygulamalıdır³³⁶. Hekimin, gerekli incelemeleri yapmaksızın hatalı teşhis koyması veya teşhis koyamaması halinde, sözleşmesel sorumluluğu söz konusu olur³³⁷. Hekimin, gerekli dikkat ve özeni göstererek, hastayı muayene etmesine, gerekli test ve tetkikleri uygulamasına rağmen, hastalığa doğru teşhisi koyamamasından dolayı sorumluluğu söz konusu olmaz³³⁸. Zira, hekim, sonuç garanti etmeden, işini özenle görme borcunu üstlenmektedir.

Hekimin muayene etme yükümlülüğünün temel kaynağı, TBK m. 506/2 kapsamındaki özen borcudur. Ayrıca, hekimin muayene yükümlülüğü, Türkiye Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 23'te, *[Hekim, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz.]* şeklinde düzenlenmiştir.

³³¹ Şengül, s. 45.

³³² Hakeri, s. 561.

³³³ Şengül, s. 46.

³³⁴ Hakeri, s. 563.

³³⁵ Günday Rezzan, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Sorumluluk, Ankara, 2012, s. 22

³³⁶ Aktaş, s. 156.

³³⁷ Aktaş, s. 156.

³³⁸ Aktaş, s. 157.

Muayene; teşhis muayenesi, önleyici muayene ve kontrol muayenesi olarak üçe ayrılmaktadır. Teşhis muayenesi, hastalığın ve uygulanacak tedavi yönteminin belirlenmesi için yapılan muayenedir. Önleyici muayene, hastalığı önlemek için yapılan muayenedir. Kontrol muayenesi ise, hastanın tedavisi sonrası, müdahalenin sonuçlarını gözlemlenmesidir. Kontrol muayenesi yapmamak tıbbi hatadır. Hastanın müdahale sonrası kontrole çağrıldığına ve kontrol muayeneleri hakkında bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükümlülüğü hekimedir³³⁹.

5. Teşhis Koyma ve Tedavi Etme Yükümlülüğü

Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkide hekimin en önemli yükümlülüklerinden biri de teşhis koyma ve hastalığa uygun tedaviyi uygulamadır. Teşhis, hastalığın tanınmasıdır³⁴⁰. Hekim, hastalığı teşhis ettikten sonra doğru tedaviyi uygulayabilir. Öncelikle hastalığın teşhis edilebilmesi için; hastanın öyküsünün alınması, hastanın muayene edilmesi ve gerekli tetkiklerin alınması gerekir. Hekim, teşhis koyabilmek için tıbbi standartlara uygun olan yöntemlerden ve gelişmiş teknolojiye yararlanmalıdır. Hekimin, teşhis koyarken doğru araştırma yöntemlerinin kullanmada ve hastalığın öyküsünü almada gerekli özeni göstermemesi hukuki ve cezai sorumluluğunu doğurabilmektedir. Hekim, tüm tetkikleri yapmasına ve gerekli özeni göstermiş olmasına rağmen, yanlış tanı koyduğu veya tanı koyamadığı hallerde, hekimin sorumluluğu söz konusu değildir³⁴¹. Hekimin sorumluluğunun değerlendirilmesinde, dikkate alınan husus, hekimin TBK m. 506 kapsamında sadakat ve özen borcuna aykırı hareket edip etmediğidir.

Hekim, tanısını koyduğu hastalık için, en uygun tedavi yöntemini belirlemeli ve uygulamalıdır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 6. maddesine göre, [*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder.*] ve 2. maddesi uyarınca, [*Tabip ve dış tabibi, hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.*]. Hekim, istediği tedavi yöntemini seçebilmekte, ancak, tedavi yöntemini seçerken gerekli özeni göstermek ile yükümlüdür.

³³⁹ “Taburcu işleminden sonra kontrole çağrıldığına ilişkin ispat yükü davalılarda olup, davacıların murisinin taburcu sonrası kontrol için çağrıldığına ilişkin de bir delil sunulamamıştır”, Yarg. 13. HD., 2013/23055 E., 2013/27584 K., T. 07.11.2013, www.legalbank.net, E.T: 21/07/2022).

³⁴⁰ Hakeri, s. 566; Gökcan, s. 91.

³⁴¹ Hakeri, s. 568; Ayan, s. 66; Yücel, Sorumluluk, s. 452; Yavuz İpekyüz, s. 94.

Hekimin uygulayacağı tedavi somut olaya ve hastanın özelliklerine göre değişebilmektedir. Hekim, uygulayacağı tedavi yönteminin tespitinde “en güvenli yol prensibi” ile hareket etmeli ve tedavi için başarı şansı en yüksek, riski en az olan yöntemi tercih etmelidir³⁴². Zira, vekalet sözleşmesi kapsamında vekil, vekalet verenin menfaatini gözeterek hareket etmelidir³⁴³. Hekim, seçilen tedavi yöntemini tıbbi bilim ve standartlara uygun olarak uygulamalıdır.

Kural olarak, hekim, hastasını bizzat görerek teşhis ve tedavi eder³⁴⁴. Hekimin, hastayı muayene ederek gerekli tedaviyi uygulamada TBK m. 506/1 uyarınca şahsen ifa yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durum, hekimlerin sorumluluğunu doğuran haller olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, gece rahatsızlanarak acil servise getirilen çocuk için icapçı nöbetçi doktora haber verilmiş, doktorun telefonda verdiği talimat ile tedavi uygulanmıştır. Hastanede yoğun bakımın dolu olması ve hastanın gece solunumunun durması üzerine, sabah tekrar aranan hekim, hastaneye gelerek hastaya menenjit tanısı koyarak, hastanın sevkini sağlamış, hasta sevk edildiği hastanede hayatını kaybetmiştir. Yargıtay, acil durum kendisine bildirilen hekimin, hastaneye gelerek teşhis ve tedavisini yapması gerekirken, telefon ile talimat vermesini özen borcuna aykırı bulmuştur³⁴⁵.

Başka bir olay, çiçekçide çalışırken gözüne ağaç parçası batan ve acile gelen hastanın muayenesini yapan pratisyen hekim, gözde bir yaralanma olduğunu saptamış ve icapçı göz hekimine bilgi vermiştir. Nöbetçi olan göz hastalıkları uzman hekimi, telefon ile tedaviye ilişkin talimatlar vermiş hastanın sabah polikliniğe gelmesini istemiştir. Yargıtay da “*sanığın bizzat hastaneye gelerek hastayı muayene etmesi ve tedaviyi derhal başlatması gerekirken, tedaviyi uzmanlığı bulunmayan pratisyen hekime bıraktığı bu itibarla eyleminin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi*” şeklinde hüküm tesis etmiştir³⁴⁶. Hemen belirtmek gerekir ki, hekimin bizzat gelinceye kadar gerekli talimatları vermesi mümkündür³⁴⁷.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 13’e göre [*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz*]. Hekim, acil durumlar istisnai

³⁴² Yavuz İpekyüz, s. 92; Tekben, Makale, s. 892.

³⁴³ Öz, s. 711, Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 551.

³⁴⁴ Öz, s. 708-709.

³⁴⁵ Yarg. 4. CD. 2011/3195 E., 2012/2667 K., T. 14.02.2012, (www. legalbank.net, E.T: 21/07/2022).

³⁴⁶ Yarg. 12. CD. 2014/7004 E., 2015/6054 K., T. 07.04.2015 (www. legalbank.net, E.T: 21/07/2022).

³⁴⁷ Hakeri, s. 579.

olmak üzere, hastayı tedavi etmeyi reddedebilir. Ancak, hekimin, tıbbi müdahalede bulunması mesleği gereği olduğundan, TBK m. 503 kapsamında ret iradesini derhal açıklaması gerekir. Keza, hasta da hekimin belirlediği tedavi yönteminin uygulanmasını reddetme veya tedaviyi durdurma hakkına sahiptir³⁴⁸.

Son yıllarda teknolojinin gelişmesi ve Corona salgını ile uzaktan teşhis ve tedavi işlemleri yapılması gündeme gelmiştir. Hekim tarafından yapılan uzaktan teşhis ve tedaviye ‘tele-tıp’ denmektedir³⁴⁹. Her ne kadar hekimin uzaktan tıbbi teşhis ve tedavisi yasak olsa bile, günümüz şartları, tele-tıp ile tıbbi hizmet sunulma kaçınılmaz hale getirmiştir. Özellikle 2020 yılında pandeminin başlarında birçok özel hastane ve poliklinikler, online danışmanlık vermeye başlamıştır. Bu konu hakkında düzenlemeler, mevzuatımızda oldukça sınırlıdır. “Tele Sağlık Servisi Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönerge ile seyir halindeki deniz ve hava araçlarında bulunan kişilere sağlık hizmeti sunulmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır”³⁵⁰. Ayrıca, Sağlık Bakanlığı tarafından 07.10.2020 tarihinde yayımlanan ‘Tele Sağlık Entegresyon Kılavuzu’ ile de, covid-19 tanısı konulan veya temaslı olan vatandaşlara online sağlık hizmetlerinden yararlanabilme imkanı tanınmıştır. Bu iki husus haricinde mevzuatımızda, tele-tıp yolu ile sunulabilecek sağlık hizmetlerinin işleyişine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Tele-tıp uygulaması, ‘bizzat muayene’ kavramına karşı bir durum söz konusu değildir. Hekim, online platformda hasta ile görüşme sağlamakta, hastalığa ilişkin bilgileri alabilmekte, ancak hastaya fiziki muayene yapması söz konusu olamamaktadır. Hekim, hastayı fiziken muayene etmesi gerektiği hallerde, hastayı online olarak muayene etmemelidir. Kanun koyucu, gelişen ve değişen koşullara uyum sağlamalı, bu yönde gerekli değişiklikleri yapmalıdır. Bu kapsamda, online olarak tıbbi hizmetin verilmesinde, hekimin sorumluluğunun kapsamı ve uygulamanın bilimsel tıbbi standartlarının belirlenmesi için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

6. Sır Saklama Yükümlülüğü

Hekim, teşhis ve tedavi süresince hastaya ilişkin öğrendiği bilgileri saklamakla yükümlüdür. Sır saklama yükümlülüğü, TBK m. 506/2 hükmü uyarınca, sadakat

³⁴⁸ Yücel, Sorumluluk, s. 452. Ayrıca bkz, İkinci Bölüm, I Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, B. Hekimin Mesleki Yükümlülükleri, 9. Gerektiğinde Tedaviyi Durdurma Yükümlülüğü, s. 68 vd.

³⁴⁹ Hakeri, s.939.

³⁵⁰ Çapacı, Merve/ Özkaya, Serdar, “Covid-19 Pandemi Döneminde Tele-Tıp Uygulamaları”, Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi, C:25, S:1, 2020, s. 261.

yükümlülüğünden kaynaklanır³⁵¹. Sır saklama yükümlülüğü, Anayasa ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkı ve hastanın kişilik haklarının korunması amacını güder. Hekim, hastaya ilişkin sağlık verileri ile tedavi sürecinde hasta hakkında edindiği kişisel verileri, ancak hastanın rızası ile veya kanunun öngördüğü hallerde paylaşılabilmektedir³⁵². Sır saklama yükümlülüğü, hasta yakınları dahil tüm üçüncü kişileri kapsamaktadır.

Aynı şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesinde, hekimin sır saklama yükümlülüğü, şu şekilde düzenlenmiştir; *“Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz. Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz”*.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün kapsamını sadece hastanın sağlığına ilişkin veriler olarak düşünmemek gerekir. Hekimin, mesleğini icra ederken hastaya ilişkin doğrudan veya dolaylı olarak öğrendiği ailevi, mesleki, ekonomik, siyasi vb. her türlü veri hakkında sır saklama yükümlülüğü vardır³⁵³. Hekimin yanı sıra, teşhis ve tedavide yardımcı olan sağlık çalışanları, sekreter ve hasta danışmanı gibi yardımcı personel ile sağlık kuruluşlarının da sır saklama yükümlülüğü söz konusudur³⁵⁴. Hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda hem cezai hem tazminat sorumluluğu söz konusu olur³⁵⁵.

Sır saklama yükümlülüğü, hekimin sadakat borcundan kaynaklandığından, hekim ile hasta arasındaki borç ilişkisi sona erse dahi, hekimin sır saklama yükümlülüğü devam eder³⁵⁶.

7. Reçete Yazma Yükümlülüğü

Hekim, hastanın tedavi amacıyla ilaç kullanması gerektiği durumlarda ilaçları reçete etmekle yükümlüdür. Hekim reçeteyi düzenlerken ilacın yan etkilerini ve hastanın durumunu göz önünde bulundurmalıdır. Hekim, ilaçların olumlu, olumsuz etkileri ile ilacın kullanma

³⁵¹ Şatır, s. 78; Özdemir, H., Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 63; Gümüş, Vekilin Özen Borcu, s. 156; Tandoğan, s. 409; Tekben, Makale, s. 878

³⁵² Hakeri, s. 634; Tekben, Makale, s. 880.

³⁵³ Hakeri, s. 635; Aşçıoğlu, s. 47.

³⁵⁴ Yavuz İpekyüz, s. 116.

³⁵⁵ Yavuz İpekyüz, s. 116.

³⁵⁶ Tekben, Makale, s. 879.

şekli ve dozu hakkında gerekli bilgileri hastaya anlatmalıdır. İlacın kullanılmasıyla ilgili hastayı aydınlatma yükümlülüğü eczacıya değil, hekime aittir³⁵⁷.

İlaç kullanımı tıbbi bir müdahale olduğundan, müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için hastanın rızası gerekir. Tedavi amacı olmadan, tıbbi araştırma için hasta üzerinde ilacın kullanılabilmesi, hastanın rızası yanı sıra, Sağlık Bakanlığının iznine tabidir³⁵⁸.

8. Kayıt tutma Yükümlülüğü

Hekimlik sözleşmesi gereği, hekim tedavisini üstlendiği hastanın tıbbi bilgilerinin kaydını tutmak ve bunları muhafaza etmekle yükümlüdür³⁵⁹. Bu yükümlülük, vekalet sözleşmesinin gereği olan hekimin hastasına hesap verme yükümlülüğünün bir sonucudur³⁶⁰. Türk Borçlar Kanunu m. 508 uyarınca, “*Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekaletle ilişkili olarak aldıklarını vekalet verene vermekle yükümlüdür.*” Aynı şekilde, hekimin kayıt tutma yükümlülüğü, 1219 sayılı Kanununun 72. maddesinde, “*İcrayı sanat eden tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu ücretten mütevellit davalarda Sahibi lehine delil teşkil edebilir. Şu kadar ki müstenidi iddia olan kaydın hilafı vesaik veya delaili muteberei saire ile ispat edilebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Hekim, hesap verme yükümlülüğü kapsamında, hastanın öyküsü, sağlık geçmişi, hastaya uygulanan tedaviye ilişkin bilgiler, hastaya yapılan tüm tetkik ve tahlillere ilişkin bilgileri düzenli bir şekilde kayda geçirmek ve saklamakla yükümlüdür³⁶¹.

Kayıtta hastanın kimlik bilgileri, muayene bilgileri, hastalığın geçmişi, hastalığın teşhisi, tedavinin seçimi ve süreci, hastanın son durumu ve sair hususları yer almalıdır³⁶². Kayıt tutmanın amacı, hekimin yaptığı tıbbi müdahalelerden dolayı hesap verebilmesinin sağlanması yanında, hastanın tedavi sürecinin daha sağlıklı şekilde yürütülmesini sağlamaktır.

³⁵⁷ Hakeri, s. 604

³⁵⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 36; “*Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmış olsa dahi, sırf tıbbi araştırma amacı ile hasta üzerinde kendi rızası ve Bakanlığın izni bulunmaksızın hiçbir ilaç ve terkip kullanılamaz.*”.

³⁵⁹ Gökcan, s. 106; Aktaş, s. 220.

³⁶⁰ Hakeri, s. 614; Tekben, Makale, s. 900; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 552

³⁶¹ Aktaş, s. 220; Tekben, Makale, s. 900.

³⁶² Ayan, s. 95.

Tıbbi kayıtlar, hekimin hastalığa koyduğu teşhisi ve uyguladığı tedaviyi göstermektedir³⁶³. Bu durum hastanın sağlığının gelecekte de korunabilmesinde önemli rol oynar. Kayıtların gereği gibi tutulmaması, hastaya ilişkin tıbbi bilgilerin değerlendirilmesini zorlaştırır ve hastalığa ilişkin doğru tanı ve tedavinin uygulanmasında sorunlara yol açar³⁶⁴.

Tıbbi kayıtların, el yazısı ile veya bilişim sistemi üzerinden tutulması mümkündür. Kayıtlar delil niteliğine sahip olduğundan, kaydı tutanın kimliğinin belli olması ve kaydın sonradan değiştirilememesi veya yapılan değişikliklerin izlenebilir olması gerekir³⁶⁵. Ayrıca kayıtlar, tıbbi müdahale sırasında veya zamansal yakınlık içinde derhal tutulmalıdır³⁶⁶. Aksi halde, hizmet kusuru söz konusu olabilir. Kayıtların içeriğinin sonradan değiştirilmesi, ceza hukuku bakımından belgede sahtecilik suçunu oluşturabilir. Sağlık kuruluşu, ilgili kayıtların güvenliği, gizliliği ve ulaşılabilirliği için gerekli organizasyonu sağlamakla yükümlüdür³⁶⁷.

9. Gerektiğinde Tedaviyi Durdurma Yükümlülüğü

Kişinin kendi geleceğini belirleme ilkesi gereğince, hasta, tıbbi müdahale yapılmasını reddetme veya tedaviyi bırakma hakkına sahiptir. Hastanın vücut bütünlüğünü koruma hakkı ve kendi geleceğini belirleme hakkı, Anayasa ve ilgili mevzuatımızda güvence altına alınan temel haklarından³⁶⁸. Bu kapsamda hekim, hastanın isteği karşısında tedaviyi kesmekle yükümlüdür³⁶⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, hekim ile hasta arasındaki ilişki güven esasına dayalıdır. Bu güven unsuru, taraflara dilediği zaman sözleşme ilişkisini sona erdirmeye ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır³⁷⁰. Keza, vekalet sözleşmeleri de güven esaslı olup, TBK m. 512 gereğince, tek taraflı sona erdirmek mümkündür³⁷¹.

Hasta tedaviyi reddetmesine rağmen, hekim tıbbî müdahaleyi gerçekleştirerek tıbbî müdahale sebebiyle hastada zarara neden olmuşsa, hekim söz konusu zarardan sorumlu olacaktır.

Hayati tehlikesi bulunan hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda, hekimin tıbbi müdahalede bulunması konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, asıl olan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı olduğundan, hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda hekimin

³⁶³ Hakeri, s. 615; Ayan, s. 95.

³⁶⁴ Gökcan, s. 106.

³⁶⁵ Hakeri, s. 619.

³⁶⁶ Hakeri, s. 619.

³⁶⁷ Gökcan, s. 107.

³⁶⁸ Subaşı, s. 30.

³⁶⁹ Türkmen, s. 84.

³⁷⁰ Subaşı, s. 111; Gümüş, s. 127.

³⁷¹ Eren, Özel Hükümler, s. 727; Kılıçoğlu, s. 555.

tıbbi müdahalede bulunmaması gerektiğidir³⁷². Diğer görüş ise, hekimin görevi insan yaşamını korumak olduğundan, hayati tehlikesi bulunan hasta, tedaviyi reddetse dahi, hastaya müdahale edilmesi gerektiğini savunmaktadır³⁷³.

Kanaatimizce, hukukumuzda her ne kadar, hastanın tedaviyi kesme hakkı düzenlenmiş ise de hayati tehlikesi bulunan hastalar yönünden özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Hayati tehlikesi bulunan hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda, hastanın geleceğini belirleme hakkı ile yaşam hakkı çatışmaktadır. Özellikle acil hallerde, Anayasa ile güvence altına alınan bu haklarda, hekimin önceliği üstün hak olan yaşam hakkının korunmasıdır. Hayati tehlikesi bulunan hastanın onayı olmasa dahi, müdahale edilebilmesi gerekir. Keza, acil hallerde hastanın bilinci açık olmasına rağmen duyduğu acı ve elem ile karar verme yeteneğinin zedelenmesi muhtemeldir. Hastanın durumu mukayese edecek yeterli zamanı bulunmamaktadır. Yaşam hakkı, tüm hakların üstünde korunması gereken bir hak olduğundan, hastanın tıbbi müdahaleyi reddetmesi durumunda, acil tıbbi müdahalede bulunulmaz ise, hastanın ölüm tehlikesi söz konusu ise; yaşam hakkı korunmalı ve hekim gerekli müdahaleyi uygulamalıdır. Örneğin, kanaması bulunan hasta bilinci açık şekilde acile getirildiğinde kanamanın durdurulmasını istemiyor ise, ancak kanama durdurulmaması halinde hastanın, kan kaybından ölme olasılığı muhtemel ise, hastanın rızası bulunmasa dahi, yaşam hakkı, hastanın kendinden dahi korunarak hastaya müdahale edilmesi gerekir.

10. Aydınlatma Yükümlülüğü

a) Genel Olarak

Hastanın, tıbbi müdahaleye ilişkin rızasının hukuken geçerli olabilmesi için, hekim tarafından müdahalenin sebepleri, riskleri, süreci, varsa alternatif yolları ve sonuçları hakkında aydınlatılması gerekir³⁷⁴. Hastanın aydınlatılması ile, hasta kendi sağlığı ve uygulanacak tıbbi müdahale hakkında detaylı bilgi sahibi olacak, kendi geleceğini kendisi belirleyebilecektir³⁷⁵. Aydınlatma hem hastanın temel haklarından hem de hekimin temel yükümlülüklerindendir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, hastanın rızasını geçersiz kılacağı gibi hekiminde hukuki ve cezai sorumluluğunu doğurabilecektir.

³⁷² Hakeri, s. 584.

³⁷³ Arpacı, s. 12.

³⁷⁴ Yılmaz, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2007, s. 31; Özdemir, s. 52.

³⁷⁵ Ayan, s. 73; Özdemir, H., Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 56.

b) Yasal Düzenlemeler

Hukukumuzda, hekimin aydınlatma yükümlülüğü doğrudan ve dolaylı düzenlemelerle ele alınmıştır. Hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün temeli Anayasa'nın 17. maddesine dayanmaktadır. Hükümde, *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.”* ifadesi yer almaktadır. Kendisine uygulanacak tıbbi müdahale hakkında aydınlatılmayan hastanın, maddi ve manevî varlığının korunmasından söz edilemez.

Türk Medeni Kanunu madde 23 ve 24 hükümleri, haksız fiillere karşı kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümler olduğundan, aydınlatma yükümlülüğünün de hukuki dayanaklarıdır³⁷⁶. Türk Borçlar Kanunu madde 56 ve 58 hükümlerinde ise, kişilik hakkına saldırı olduğu hallerde hangi yaptırımların uygulanacağı düzenlenmiştir. Yine, TBK madde 506'daki vekilin sadakat borcuna ilişkin düzenleme, aydınlatma yükümlülüğünün temel dayanaklarından³⁷⁷.

Genel nitelikli düzenlemeler dışında, aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin özel düzenlemeler de mevzuatımızda yer almaktadır.

1219 sayılı Kanun'u m. 70'e göre, hekimin, tıbbi müdahalede bulunmadan önce hastanın rızasını alması gerekir. Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için hastanın bilgilendirilmesi gerektiğinden, aydınlatma yükümlülüğünün dolaylı dayanağı olarak kabul edilmelidir³⁷⁸. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesi; *“Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir. Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur. Meş'um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tâyin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir”*. Bu düzenleme ile hastanın sağlık durumuna bağlı olarak aydınlatmanın sınırları belirtilmiştir.

³⁷⁶ Ayan, s. 73; Çilingiroğlu, s. 61.

³⁷⁷ Tekben, Makale, s. 881; Aktaş, s. 213.

³⁷⁸ Yenerer Çakmut, Özlem, *“Tıpta Aydınlatma ve Rıza”*, içinde: Roche Sağlık Günleri 1. Tebliğler, 2007, İstanbul, s.11; Subaşı, s. 37.

Aynı şekilde, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre; “sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.”. Bu düzenlemeler, aydınlatma yükümlülüğünün yasal dayanağını oluşturan başlıca özel düzenlemelerdir.

c) Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı

Aydınlatmanın kapsamı ve sınırları belirlenerek, nelerin hastaya aktarılması gerektiği, nerede durulacağı gibi konuların açığa kavuşturulması hekimin sorumluluğu açısından önem arz etmektedir. Hukukumuzda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını açık şekilde belirleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı her olaya ve hastaya göre farklılık arz etmektedir³⁷⁹.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Hastaya;

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
- c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- ç) Muhtemel komplikasyonları,
- d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
- e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
- f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
- g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir”.

Bunların yanında, hastalığın teşhisi için yapılacak müdahaleleri, tedavinin masrafları, amaçlanan tedavinin başarı şansı, tedavi sonrası dikkat edilmesi gereken hususlar gibi konularda da hasta bilgilendirilmelidir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, TDN m. 14 ise,

³⁷⁹ Yakut, Cemil Barut, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi), 2014, s. 21; Ayan, s. 75.

bazı hallerde hastanın sağlık durumuna göre psikolojik olarak kötü yönde etkilenmemesi adına aydınlatma yükümlülüğüne sınır getirilebileceğini öngörmektedir.

Bu düzenlemeler doğrultusunda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken, tıbbi müdahalenin niteliği, risk derecesi, hayati tehlike teşkil edip etmemesi, hastanın ruh sağlığı, hastanın eğitim düzeyi gibi somut olaya göre değişkenlik gösterecek hususlara dikkat edilmesi gerekir³⁸⁰. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, somut olaya göre daralacağı ya da ortadan kalkacağı gibi, bazı hallerde de genişleyebilir. “Tıbbi müdahalenin ivediliği azaldıkça, aydınlatma yükümlülüğünü kapsamı genişlemekte, ivediliği arttıkça da kapsamı daralmaktadır”³⁸¹.

Hasta, hekimden uygulanacak tıbbi müdahale hakkında bilgilendirme isteme mecburiyetinde değildir. Kural olarak, hasta talep etmese dahi, hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmekle yükümlüdür³⁸².

d) Aydınlatma Çeşitleri

Öğretide, aydınlatmanın işlevlerine göre aydınlatma çeşitlerinden söz edilmektedir³⁸³. Çalışmamızda, güvenlik (koruma) aydınlatması ve otonomi (karar) aydınlatması ele alınacaktır.

1. Güvenlik (Koruma) Aydınlatması

Güvenlik aydınlatmasının, otonomi aydınlatmasından farkı, güvenlik aydınlatması hastanın rızasını alma amacına yönelik bir aydınlatma olmamasıdır³⁸⁴. Bu tür aydınlatmada, hekim, tıbbi müdahalenin gereklilikleri, müdahalenin başarılı olması için yapılması gerekli hususlar ve olası zararları önlemeye yönelik davranışlar hakkında hastayı bilgilendirir³⁸⁵. Bu sebeple, güvenlik aydınlatmasında amaçlanan, hastanın kendi durumu ve kullanılacak ilaçların etkileri hakkında bilgi sahibi olmasını sağlayarak iyileşme sürecine uygun şekilde davranışlarda bulunmasını sağlamaktır. Hastayı tıbbi tehlikelere karşı koruma ön plandadır. Hekim, koruma aydınlatması kapsamında, hastayı koruması gereken yaşam biçimi, diyeti, kullanması gereken ilaç dozu veya ameliyat durumunda ameliyat sonrası dikkat etmesi gerekli

³⁸⁰ Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.3, 2003, s. 71 (<https://dergipark.org.tr>, E.T: 28.08.2022); Çilingiroğlu, s. 65; Yavuz İpekyüz, s. 71.

³⁸¹ Ayan, s. 76.

³⁸² Özdemir, s. 63.

³⁸³ Hakeri, s. 300; Subaşı, s. 42; Yavuz İpekyüz, s. 77 vd.; Ozanoğlu, s. 64 vd.

³⁸⁴ Hakeri, s. 318.

³⁸⁵ Demir, s. 186; Ozanoğlu, s. 68; Hakeri, 318; Subaşı, s. 42; Yakut, s. 28.

hususlar hakkında bilgilendirmelidir³⁸⁶. Örneğin, hastanın olası tromboz (pıhtı oluşumu) tehlikesine karşı tedavi süresince gerekli tıbbi kontrollerin yaptırılmasına yönelik uyarıcı bilgileri de hastaya vermek zorundadır³⁸⁷.

Hastanın tıbbi müdahaleyi reddetmesi halinde, hekim, müdahalenin reddi durumunda hastanın sağlığı açısından olası sonuçları hakkında bilgilendirme yükümlülüğü altındadır.

2. Otonomi (Karar) Aydınlatması

Otonomi aydınlatması, “hekimin hastalıkla ilgili teşhisi, uygulanacak tıbbi müdahale, tıbbi müdahalenin riskleri, olumlu olumsuz etkileri, uygulanabilecek alternatif tıbbi müdahaleleri kapsayacak şekilde tıbbi müdahalenin bütün özelliklerini içeren aydınlatmadır”³⁸⁸. Otonomi aydınlatması, hastanın tıbbi müdahale hakkında serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak karar verebilmesine olanak sağlamaktadır. Bu bağlamda, teşhis, süreç ve rizikonun tam olarak hastaya aktarılması, hastanın müdahaleye ilişkin karar vermesine yardımcı olur³⁸⁹.

2.1. Teşhis Aydınlatması

Teşhis aydınlatması, hastanın tıbbi bulguları hakkında bilgilendirilmesidir. Sağlık sorunu için hekime başvuran hastaya, hastalığın teşhisi için birtakım muayene ve müdahaleler yapılır. Müdahaleler sonucunda tespit edilen hastalık ve tıbbi bulgular hakkında hastanın bilgilendirilmesi gerekir. Esasen, hastanın tedaviye veya ameliyata rıza gösterebilmesinin ön koşulu hastalığını bilmesidir³⁹⁰. Bu aydınlatma hekim ile hasta arasındaki iletişimin temelini oluşturduğundan, güven ilişkisi açısından da önem arz etmektedir³⁹¹.

Öte yandan, hekimin kesin ve güvenilir olmayan kuşku duyulan tanıları hastaya bildirmesi özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir³⁹². Özen borcu kapsamında, hekim hastayı korkuya sürüklememeli, gereksiz yere hastaya psikolojik ağırlık yüklememelidir³⁹³.

Kural olarak, hekimin, hastayı teşhis konusunda aydınlatma yükümlülüğü olsa da bazı hallerde hekim, hastadan teşhisi saklayabilir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, TDN madde 14/2’de bu konuya ilişkin şu şekilde düzenleme mevcuttur; “*Tabip ve dış tabibi, hastasına*

³⁸⁶ Hakeri, s. 319.

³⁸⁷ Demir, s. 186.

³⁸⁸ Ozanoğlu, s. 65; Çilingiroğlu, s. 60; Hakeri, s. 304.

³⁸⁹ Ayan, s. 72.

³⁹⁰ Hakeri, s. 304.

³⁹¹ Yakut, s. 25; Ozanoğlu, s. 66.

³⁹² Demir, s. 187.

³⁹³ Hakeri, s. 305- 306.

ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur”. Ağır hastalık durumlarında, eğer söz konusu teşhisi bilmek hastada ağır psikolojik sorunlara neden olacak ve sağlığı bakımından ciddi tehlikelere yol açacak ise, hastalığın ciddiyeti konusunda bilgilendirme şartıyla insancıl koşullarda teşhisi bildirmekten kaçınılabilir³⁹⁴. Ancak bu durum, dar sınırlarda yorumlanmalıdır.

2.2. Süreç Aydınlatması

Süreç aydınlatmasında amaç, hastanın tedavi süreci ve müdahalenin etkileri hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamaktır. Bu bağlamda süreç aydınlatması ile hekim, teşhis neticesinde elde ettiği bulgular kapsamında uygulanacak tıbbi müdahale hakkında müdahalenin türü, ivediliği, gerekliliği, izlenecek yöntemi, başarı oranını ve hastanın müdahale öncesi durumu ile başarılı müdahale sonrası durumu hakkında hastayı bilgilendirecek, hastada tedavi hakkında fikir oluşturmaya yardımcı olacaktır³⁹⁵.

Süreç aydınlatmasında, hekim müdahalenin kesin sonuçları hakkında da bilgi vermelidir. Örneğin, ameliyat sonrası oluşacak dikiş izi veya rahim alınması sonrasında hastanın çocuk doğuramayacağı hakkında yapılan bilgilendirme, süreç aydınlatmasının kapsamındadır. Ayrıca, hekim süreç aydınlatmasında tıbbi müdahalenin başarısız olma ihtimalinden de söz etmeli, başarı şansını yüzdelik olarak hastaya açıklamalıdır³⁹⁶. Hastanın, uygulanacak tıbbi müdahaleyi reddetmesi durumunda ne gibi bir süreçle karşılaşacağı hakkında bilgi sahibi olması, tıbbi müdahaleye rıza göstermesinde de önemli unsurdur³⁹⁷.

2.3. Riziko Aydınlatması

Riziko aydınlatması, hastaya söz konusu tıbbi müdahalenin olası risk ve sonuçları hakkında bilgi verilmesidir. Hekim tarafından gerekli özen gösterilerek ve meslek kurallarına uygun şekilde davranılmasına rağmen tıbbi müdahalede bazı planlanmayan gelişmeler veya

³⁹⁴ Subaşı, s. 44; Yavuz İpekyüz, s. 78.

³⁹⁵ Hakeri, s. 306; Subaşı, s. 44; Çilingiroğlu, s. 60; Ayan, s. 71.

³⁹⁶ Yakut, s. 26.

³⁹⁷ Aykın, s. 92.

komplifikasyonlar ortaya çıkabilir³⁹⁸. Hekim, doğrudan bilinen tehlikeler yanında bilinen veya bilmesi gereken olası riskler hakkında da hastayı aydınlatmalıdır³⁹⁹.

Riziko aydınlatmasının, ne ölçüde yapılması gerektiği ve nelerin aydınlatılması gereken riziko olarak değerlendirileceği, mevzuatımızda açıkça düzenlenmemiştir. Öğretide bir görüşe göre, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesi için hekimin gerçekleşme ihtimali çok düşük riskleri bile açıklaması gerekmektedir⁴⁰⁰. Nitekim, gerçekleşme ihtimali ne kadar düşük olursa olsun, riskler konusunda hastanın aydınlatılmasının gerekli olduğu hususunda Yargıtay kararı mevcuttur⁴⁰¹. Diğer görüşe göre ise, hekimin gerçekleşme ihtimali çok uzak olan riskleri dahi açıklaması, hekimi oldukça ağır yükümlülüğe sokacaktır. Bu nedenle ortalama bir kişinin kararını etkileyemeyecek bir olasılığın açıklanması zorunlu görülmemelidir⁴⁰².

Kanaatimizce, hastaya gerçekleşme ihtimali az bulunan risklerin bile aktarılması, hastanın korkmasına ve tedaviyi reddetmesine sebep olabilir. Hastanın menfaatini gözeterek hareket etmek gerekir. Hastanın şahsi durumuna ve somut olaya göre bilgilendirme düzeyi, dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Ortalama bir hastanın kararını etkilemeyecek, gerçekleşme ihtimali düşük bir riskin endişesini kontrol edemeyen hastaya, rizikonun aktarılmaması hastanın menfaatinde. Ama hastanın kişisel özelliklerinden dolayı bu risk, karar vermesinde önemli faktör olacak ise, gerçekleşme ihtimali düşük olsa dahi, risk hakkında hasta bilgilendirilmelidir. Örneğin, piyanistin geçireceği bir ameliyatta gerçekleşme ihtimali uzak olsa da geçici veya kalıcı his kaybı oluşması riski var ise, bu riskin gerçekleşme olasılığı ne kadar az olursa olsun, hasta bilgilendirilmelidir⁴⁰³.

e) Aydınlatma Kapsamının Genişlediği Durumlar

Aydınlatmanın kapsamı, tıbbi müdahalenin şartlarına, özelliklerine, ivediliğine ve taşıdığı risklere göre daralıp, genişleyebilir. Aydınlatma yükümlülüğünün genişlediği halleri belirlemede en önemli kıstas, müdahalenin taşıdığı risk ve doğurabileceği tehlikeli sonuçlardır. Tıbbi müdahalede riziko ne kadar ağır ise, aydınlatma kapsamı o ölçüde

³⁹⁸ Ozanoğlu, s. 67.

³⁹⁹ Çilingiroğlu, s. 60; Yavuz İpekyüz, s. 79; Hakeri, s.312.

⁴⁰⁰ Hakeri, s. 314.

⁴⁰¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1976/6297. K. 1977/2541, T. 08.03.1977, (www.lexpera.com.tr, E.T: 10.09.2022); Subaşı, s. 47.

⁴⁰² Gökcan, s. 155.

⁴⁰³ Yavuz İpekyüz, s. 82

genişlemektedir⁴⁰⁴. Bu durumda, tehlikenin tıbbi müdahale ile ortaya çıkma ihtimalinin yüksek olması ve tehlikenin kalıcı veya uzun süre devam edecek nitelikte olması, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını genişleten hallerdendir.

Aydınlatma yükümlülüğünü kapsamını genişleten diğer bir kıstas ise, tıbbi müdahalenin gerekliliği ve aciliyetidir. Aydınlatma kapsamı ile müdahalenin ivediliği ve zarureti arasında ters orantı söz konusudur⁴⁰⁵. Tıbbi müdahale ivedi olmadığı durumlarda, aydınlatma borcunun kapsamı genişlemektedir. Aciliyeti olmayan müdahalelerde, hastanın üzerine serbestçe düşünüp karar vermesi için gerekli süre mevcuttur. Bu nedenle, aciliyeti olmayan ve zarureti olmayan tıbbi müdahalelerde hekimin geniş kapsamlı aydınlatma yapması ve hastaya karar vermesi için gerekli süreyi tanıması gerekir⁴⁰⁶.

Hastanın birden fazla tedavi yöntemini seçme olanağı olması durumlarında da aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişletilmek zorundadır⁴⁰⁷. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü genişleten diğer bir husus ise, hastanın bilgi almayı açıkça talep etmesidir. Kural olarak, hekim zaten hastayı aydınlatmakla yükümlüdür. Buradaki kapsam genişlemesi, olağan aydınlatma yükümlülüğü dışında, yani somut olaya ve hastanın durumuna bakıldığında yapılması gereken aydınlatma kapsamının ötesinde, gerçekleşme ihtimali çok düşük olan risklerin ve komplikasyonların dahi detaylı şekilde açıklanmasıdır⁴⁰⁸.

f) Aydınlatma Kapsamının Daraldığı Durumlar

Aydınlatma yükümlülüğünün, daralması da mümkündür. Burada aydınlatma yükümlülüğünün genişlemesine neden olan nitelik ve şartların tersi durumlarında, aydınlatma yükümlülüğünün daralacağı şeklinde değerlendirme yapılabilir. Bu bağlamda, hastanın sağlığı için müdahalenin ivediliği arttıkça veya müdahalenin riskleri azaldıkça, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı daralmaktadır⁴⁰⁹.

Aydınlatma kapsamının dar tutulabileceği diğer husus ise, hastanın bu yönde bir talebinin olmasıdır⁴¹⁰. Hastanın tıbbi müdahale hakkında aydınlatılması, hastanın tedavisini ve psikolojisini negatif yönde etkilemesi ihtimalinin varlığı halinde de aydınlatmanın kapsamı

⁴⁰⁴ Işık Yılmaz, Ş. Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, S:98 s. 401; Yavuz İpekyüz, s.82.

⁴⁰⁵ Subaşı, s. 50; Çilingiroğlu, s. 65; Ayan, s. 76; Yavuz İpekyüz, s. 81-82.

⁴⁰⁶ Yavuz İpekyüz, s. 82.

⁴⁰⁷ Işık Yılmaz, s. 401.

⁴⁰⁸ Ayan, s. 77; Çilingiroğlu, s. 67.

⁴⁰⁹ Yavuz İpekyüz, s. 83.

⁴¹⁰ Hancı, s. 76.

daralabilir⁴¹¹. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi TDN m.14/2; “*Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu noktada, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilememesinden dolayı hastanın geleceğini belirleme hakkı ihlali söz konusu olabilir. Ancak burada hekimin, hastanın yaşam hakkını üstün tutarak, hastanın yararına işlem ya da fiili uygulaması gerekir⁴¹².

Bazı hallerde ise, aydınlatma yükümlülüğü tamamen ortadan kalkabilir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin m.20 hükmüne göre, [*İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir*]. Aydınlatma yükümlülüğü hekimin sorumluluğu olduğu gibi, hastanın da hakkıdır. Hasta aydınlatılma hakkından vazgeçebilir. Bu hallerde hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkar. Vazgeçme iradesi açık ve net olmalıdır⁴¹³.

Aydınlatma yükümlülüğünü tamamen ortadan kaldıran bir diğer durum ise, hastanın bilincinin kapalı olması ve yasal temsilcisine ulaşılamaması dolayısıyla aydınlatmanın fiilen imkansız olduğu acil müdahale gerektiren hallerdir⁴¹⁴. Bu durumda, makul bir hastanın aydınlatma sonucunda müdahaleye rıza göstermesi bekleniyorsa, aydınlatılmış rıza olmadan hareket edilir⁴¹⁵.

g) Aydınlatılacak Kişi

Aydınlatılması gereken kişi hastanın bizzat kendisidir⁴¹⁶. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesinin ön koşul hastanın rızasının alınmasıdır⁴¹⁷. Vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haktır. Bu nedenle tıbbi müdahaleye izin verme hakkı,

⁴¹¹ Özdemir, s. 79.

⁴¹² Yavuz İpekyüz, s. 83; Yakut, s. 35.

⁴¹³ Ayan, s. 79, Çilingiroğlu, s. 67.

⁴¹⁴ Işık Yılmaz, s. 399, Yakut, s. 39.

⁴¹⁵ Hakeri, s. 434.

⁴¹⁶ Hakeri, s. 342.

⁴¹⁷ Hakeri, s. 342.

vücut bütünlüğüne ilişkin olduğundan, kural olarak, müdahalede bulunulacak kişiye yani hastaya aittir⁴¹⁸.

Yargıtay da bir kararında⁴¹⁹, “Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayırık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuruldan ayrılmamak gerekir, Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar vermek yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.” şeklinde hüküm kurmuştur. Hastanın geleceğini belirleme hakkı kendisine ait olduğundan, aydınlatılacak kişinin de hastanın bizzat kendisi olduğuna karar vermiştir.

Tam ehliyetsiz hasta bakımından, aydınlatma, yasal temsilcisine yapılmalıdır. Yazımızın birinci bölümünde ‘rıza verme ehliyeti’ başlığında⁴²⁰ belirttiğimiz gibi, tıbbi müdahaleye rıza verilmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde olduğundan, sınırlı ehliyetsizler de kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları tek başına kullanabileceğinden, müdahalenin kapsamı ve riskine göre değerlendirme yapılarak, bazı hallerde sınırlı ehliyetsizin rızası ile müdahalelerde bulunmak mümkündür. Bu hallerde, bilgilendirmenin hastanın kendisine yapılması gerekir⁴²¹. Müdahalenin büyüklüğü, riski göz önünde bulundurulmalı, müdahalenin kapsamına göre küçük veya kısıtlı hastanın yasal temsilcisinin de rızası gerekli ise, aydınlatma yasal temsilciye de yapılmalıdır.

Hasta, kendisi yerine başkasının aydınlatılmasını yazılı ve imzalı olarak talep ettiği hallerde, başkasını aydınlatmak mümkündür. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18/3’e göre, “Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir.”

h) Aydınlatma Yükümlüsü

Hasta Hakları Yönetmeliği 18/2’ ye göre, [Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir.

⁴¹⁸ Özdemir, s. 82; Hakeri, s. 392; Ateş, s. 46.

⁴¹⁹ 4.HD, 1976/6297 E., 1977/2541 K., T.07.03.1977, www.kazancı.com, E.T., 17.09.2022).

⁴²⁰ Bkz. s. 26 vd.

⁴²¹ Ozanoğlu, s. 72; Çavdar, Pelin, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, MÜHFD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayı, C. 22, S. 3, s. 758-759.

Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir]. Kural olarak, hastanın aydınlatılması tıbbi müdahaleyi uygulayacak hekimin yükümlülüğüdür⁴²². Bunun nedeni, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin güven esasına dayanmasıdır. Hekim bu yükümlülüğü bizzat yerine getirmeyip başka meslektaşına devretmesi durumunda, aydınlatmanın yapıldığından emin olması gerekir. Aydınlatma yükümlülüğünü meslektaşına devreden hekimin sorumluluğu devam eder⁴²³.

Tıbbi müdahale birden fazla hekim tarafından uygulanacak ise, her hekim uzmanlık alanına ilişkin hastayı aydınlatmakla yükümlüdür⁴²⁴. Örneğin, hastaya ameliyat yapılacağı zaman, ameliyatı yapan cerrahın yanında anestezi hekimin de aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Aydınlatma görevinin hekim dışındaki başka yardımcı sağlık personeline devri mümkün değildir⁴²⁵. Ancak, yardımcı sağlık çalışanlarının da kendi sorumluluk alanlarına ilişkin aydınlatma yükümlülükleri vardır. Örneğin, kan alımı yapacak olan hemşire, yapacağı işlemin rizikoları varsa, bu rizikolar hakkında hastayı bilgilendirmelidir⁴²⁶.

i) Aydınlatma Şekli

Hekimin, hastayı aydınlatmasında esas itibarıyla bir şekil şartı öngörülmemiştir. Aydınlatmanın şekli, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18 de şu şekilde düzenlenmiştir; *[Hastanın rızasının geçerli olabilmesi için neye rıza verdiğinin bilincinde olması gerekir. Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir. Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir. Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak*

⁴²² Gökcan, s. 149; Ozanoğlu, s. 72; Işık Yılmaz, s. 402.

⁴²³ Yücel, Hukuka Uygunluk, s. 297, Özdemir, s. 69.

⁴²⁴ Aşçıoğlu, s. 81.

⁴²⁵ Hancı, s. 79; Subaşı, s. 57.

⁴²⁶ Işık Yılmaz, s. 402.

kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir. Hasta, aynı şikayeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir. Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır. Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır. Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir].

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, hastanın aydınlatılmasının sözlü olarak yapılması dahi yeterli görülmüştür. Ancak, aydınlatmanın yapıldığına dair ispat yükü hekim ve ilgili sağlık kuruluşundadır. Uygulamada karşılaşılabilecek sorunların önlenmesi ve ispat kolaylığı sağlanması için aydınlatmanın yazılı yapılması, hekim açısından daha uygun olacaktır.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, yeni tarihli bir kararında ⁴²⁷, “ *sağlık hizmetinin verilmesinde tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakımı özenle yapma görevinin hekime ait olduğu, hastanın uygulanan ve diğer tanı, tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hasta sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, komplikasyonları ve reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri konusunda bilgi edinme hakkının bulunduğu, bu bilgilendirmenin hekim tarafından hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde yapılması gerektiği, hastayı bu şekilde aydınlatma yükümlülüğü hekimin olup, bu yükümlülüğün mevzuata ve usule uygun şekilde yerine getirdiğini ispat yükü davalılardadır.*” şeklinde hüküm tesis ederek, aydınlatmanın yapıldığına dair ispat yükünün hekimde olduğunu vurgulamıştır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir kararında ⁴²⁸, “*...muvafakatin alınıp, hastanın aydınlatıldığı konusunda da ispat külfeti hastane ya da hekimdedir. Büyük ameliyatlarda rızanın yazılı olması gerektiği halde, diğer müdahalelerde ispatı konusunun ise genel hükümlere göre belirlenmesi gerekir.*” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Gerek yargı kararları gerek mevzuatımız büyük cerrahi ameliyatlarda yazılı aydınlatma şartı aramaktadır⁴²⁹.

⁴²⁷ Yarg. 3. HD., E. 2020/9693 K. 2021/9450 T. 4.10.2021 (www.lexpera.com.tr, E.T. 17.09.2022).

⁴²⁸ Yarg. 13. HD., E. 2013/27946 K. 2013/31316 T. 13.12.2013 (www.lexpera.com.tr, E.T. 17.09.2022).

⁴²⁹ Özdemir, s. 71; Gökcan, s. 23; Ayan, s. 84.

Aydınlatma, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun şekilde açık ve sade dil kullanarak yapılmalıdır⁴³⁰. Uygulamada, yazılı aydınlatma genel olarak broşür veya standart bir form şeklinde yapılmakta, bu durum eleştirilere konu olmaktadır.

Broşür aydınlatmasında, uygulanacak tedavi yöntemleri, alternatifleri, muhtemel yararları, sakıncaları ve başarı oranları hakkında bilgiler yer almaktadır⁴³¹. Bu broşür, hastanın anlayacağı şekilde tıp terminolojisinden uzak ve sade dil kullanılarak hazırlanmış olmalıdır. Hasta broşürü inceledikten sonra ise, hekim kısaca hastaya bilgi verir. Bu uygulama, hastanın broşürü okuyup okumadığı, okumuş olsa bile anlayıp anlamaması noktasında eleştirilmiştir⁴³². Ayrıca, broşürde gereğinden fazla bilginin yer alması, uygulama hakkında yetersiz bilgiye sahip hastanın tedirginliğini arttıracak gerekçesiyle de eleştirilmektedir⁴³³.

Formüler aydınlatmada ise, hastaya, hastalığın teşhis ve uygulanacak tedavi yöntemi içeren formüler verilir⁴³⁴. Hasta bu belgeyi okur ve imzalar. Bu yöntem, hastayı aydınlatma amacından çok ispat amacı gütmesi ve hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisini zedeleyebileceğinden bahisle eleştirilmektedir⁴³⁵.

Yazılı aydınlatma türlerine ilişkin olarak yapılan eleştiriler, aydınlatmanın genel nitelikte olması ve yetersiz kalması yönündedir. Aydınlatma hastaya özgü olarak düzenlenmelidir⁴³⁶. Aydınlatma, bir formun okunması ve imzalanması değil, hasta ile hekimin, hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin detaylarının ve risklerinin konuşulmasıdır⁴³⁷. Bu nedenle, matbu aydınlatma metinlerinden kaçınmak gerekir. Matbu form, hastanın durumunu tam olarak yansıtmıyor ise, usulüne uygun aydınlatmadan söz edilemez⁴³⁸.

Danıştay'da bu görüşe katılmaktadır. Danıştay'ın kararına göre; *“bilgilendirilmiş hasta onayı formu dosyaya sunulmuş ise de; söz konusu form incelendiğinde, formda yalnızca davacının ad, soyad ve imzasının yer aldığı, bilgilendirmeyi yapan/yapması gereken sağlık personelinin kimlik bilgileri ile imzası ve tarih bilgilerinin eksik olduğu, bununla birlikte*

⁴³⁰ Hakeri, s. 362.

⁴³¹ Subaşı, s. 59; Yavuz İpekyüz, s. 86-87; Yakut, s.47.

⁴³² Yavuz İpekyüz, s. 87.

⁴³³ Ergun Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 1982, s. 53; Ayan, s. 85.

⁴³⁴ Yavuz İpekyüz, s. 86.

⁴³⁵ Özdemir, s. 74; Yakut, s. 48; Yavuz İpekyüz, s. 86; Subaşı, s. 59.

⁴³⁶ Hakeri, s. 355.

⁴³⁷ Hakeri, s. 355; Ayan, s. 85; Özdemir, s. 72.

⁴³⁸ Çavdar, s. 755.

davacıya imzalatılan onay formunun tüm cerrahi müdahaleler için hazırlanmış matbu bir form olduğu, söz konusu formda davacıya uygulanacak tıbbi işlemlerin neler olduğu, bunların faydaları ile muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri hakkında yeterli açıklamaların bulunmadığı, nitekim söz konusu formda yer alan ve ameliyat sonrası gelişmesi beklenebilecek komplikasyonlar arasında davacıda ortaya çıkan gaz ve gaita tutamama şikayetinin yer almadığı, yine davacıya uygulanan cerrahi girişimlere özgü olarak verilecek/verilmesi gereken bilgiler için formda ayrılan kısımların boş bırakıldığı, bu haliyle davacının kendisine uygulanan cerrahi girişimler hakkında yeterli biçimde aydınlatıldığının kabul edilemeyeceği anlaşılmıştır”⁴³⁹.

Aynı şekilde Yargıtay’da matbu formların aydınlatmayı ispata yeterli olmayacağı görüşüne katılmakta olup, bir kararında şu şekilde hüküm kurmuştur; “*Adli Tıp Kurumu raporunda özetle uygulanan bilateral fonksiyonel endoskopik sinüs cerrahisi ve alt konkaya radyo frekans uygulaması sonucunda şahısta görülen vasküler tıkanıklığın endoskopik sinüs cerrahisinde görülebilen komplikasyonlar arasında bulunduğu, davacıya uygulanan tedavinin tıp kurallarına uygun olduğu, davalının hizmet kusurunun olmadığı bildirilmiştir. Buna göre ameliyatın rizikoları, muhtemel hasıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından ispat edilememiştir. Davacıya ameliyat öncesi imzalatılan aydınlatılmış onam formu, davacının geçireceği ameliyat ve sonuçları ve oluşabilecek komplikasyonlar konusunda bir açıklama içermemekte matbu önceden hazırlanmış belge hastaya imzalatılmıştır”⁴⁴⁰.*

Aydınlatma formlarında yer alan ibareler, genel nitelikte ise, yapılan aydınlatmanın hukuken geçerliliği yoktur. Örneğin; [Yukarıdaki bilgileri okudum ve anladım, tıbbi müdahaleye ilişkin tarafıma birçok bilgi verildi, Tarafıma yapılan sözlü ve yazılı bilgilerden tatmin olduğumu belirttim, komplikasyon olasılığı bulunduğu tarafıma açıklandı] gibi genel nitelikte olan formların imzalatılması, aydınlatmanın yapıldığına dair delil teşkil etmez.

Ayrıca, belirtmek gerekir ki, aydınlatma formlarında yer alan, tıbbi müdahalenin olumsuz sonuçlanması halinde, hekimin ve hastanenin hukuki ve cezai sorumluluk açısından sorumlu tutulamayacağına ilişkin ifadelerin de hukuki geçerliliği bulunmamaktadır⁴⁴¹. Hekim,

⁴³⁹ Danıştay 15. D., E. 2016/2055 K. 2018/8407 T. 20.12.2018 (www.lexpera.com.tr, E.T: 18.09.2022).

⁴⁴⁰ Yarg. 13. HD., E. 2009/13945 K. 2010/4346 T. 02.04.2010 (www.lexpera.com.tr, E.T: 18.09.2022).

⁴⁴¹ Özdemir, s. 75.

sorumluluktan kurtulabilmek için hastayı tıbbi müdahalenin içeriği, muhtemel sonuçları ve riskleri hakkında detaylı aydınlatmalı ve müdahaleye ilişkin hastanın rızasını almalıdır.

j) Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatma, hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleye rıza göstermesinin ön koşulu olduğundan, bu yükümlülük tıbbi müdahaleden önce yerine getirilmelidir. Keza, Hasta Hakları Yönetmeliği madde 4/ğ' de bilgilendirme, *[Yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesi]* şeklinde tanımlanmıştır. Madde metninde aydınlatmanın, tıbbi müdahale öncesinde yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Aydınlatmanın zamanında olabilmesi için tıbbi müdahaleden ne kadar önce yapılması gerektiği, açıklığa kavuşturulması gereken bir durumdur. Hastanın kendi geleceğini belirleyebilmesi ve sağlıklı karar verebilmesi için hastaya müdahaleden önce makul bir süre tanınması gerekir. Hekim, acil hal olmadıkça, aydınlatma zamanı ve müdahale arasında hastaya üzerinde baskı hissetmeyeceği, rahatça karar verebileceği, gerekirse, başkalarına danışabileceği süreyi tanımalıdır⁴⁴². Makul süre, her somut olayın şartlarına, tıbbi müdahalenin niteliğine, ağırlığına ve önemine göre değişiklik göstermektedir. Örneğin, ayakta tedavi şeklinde olan tıbbi müdahalelerde, müdahale günü yapılan aydınlatma zamanında yapılmış sayılırken, ağır bir ameliyat için bir gün öncesinden yapılan bilgilendirme geç yapılmış bir aydınlatma olarak kabul edilmelidir⁴⁴³. Belirtmek gerekir ki, ayakta tedavilerde aydınlatmanın müdahale günü yapılması, zamanında yapılmış sayılsa dahi, aydınlatma müdahale gerçekleşmeden makul süre içinde yapılmalıdır. Müdahaleden hemen önce yapılan aydınlatma, hastada müdahaleye ilişkin sürecin artık başladığı ve süreci durduramayacağı izlenimi yaratıyorsa, aydınlatmanın zamanında yapılmadığı sonucu ortaya çıkar⁴⁴⁴.

⁴⁴² Hakeri, s. 348; Yavuz İpekyüz, s. 83; Ayan, s.83, Çilingiroğlu, s. 73; Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003, s. 104.

⁴⁴³ Hakeri, s. 349.

⁴⁴⁴ Yavuz İpekyüz, s. 84; Yakut, s. 50; Özdemir, s. 68.

II. HEKİMİN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞU

A. Hekimin Culpa in Contrahendo Sorumluluğu (Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk)

Sözleşme ilişkisi kurulduğu takdirde, borç ilişkisinin kaynağı doğal olarak sözleşmedir⁴⁴⁵. Sözleşme ilişkisi kurulmadan önce, taraflar birbiriyle görüşerek sözleşme kurmaya hazırlanırlar. Sözleşme görüşmeleri sırasında, taraflardan birinin veya yardımcılarının, diğer tarafa veya koruması altında bulunan kişilere karşı dürüstlük kuralına ve güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zararlardan sorumlu olmasına, culpa in contrahendo sorumluluğu denir⁴⁴⁶. Kısacası, culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmeleri sırasında taraflardan birinin kusurlu davranışından doğan sorumluluğudur⁴⁴⁷.

Öğretide, culpa in contrahendodan doğan sorumluluğun kaynağı; kanuni ve edim yükümlülüklerinde bağımsız borç ilişkisi teorisine ve TMK m. 2/1’de düzenlenen dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır⁴⁴⁸. Taraflar, sözleşme görüşmeleri sırasında, dürüstlük kuralına uygun şekilde hareket ederek, doğru ve gerekli bilgiyi vermeli, yanlış bilgi vermemeli, gerekli özeni göstermeli ve sözleşme görüşmelerinin ciddi olarak yürütülmesine özen göstermelidir. Zira, taraflardan biri, bu yükümlülükleri hiç veya gereği gibi ifa etmez ise, karşı tarafın bundan kaynaklanan zararını, tazmin etmekle yükümlü olur⁴⁴⁹.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide, hekimin sorumluluğunun temel kaynağı sözleşme olmakla birlikte, hekimin culpa in contrahendo nedeniyle de sorumluluğu söz konusu olabilir⁴⁵⁰. Hekim, sözleşme görüşmelerinden evvel, kusurlu olarak hastanın zarar görmesine neden olursa, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁴⁵¹. Hekimin, culpa in contrahendo sorumluluğuna neden olacak hallere örnek olarak; hekimin uzmanlık alanına girmeyen bir konuda kendisine başvuran hastaya, teşhis ve tedavide bulunabilecekmiş izlenimini vermesi, gerekli olmadığı halde cerrahi müdahalede bulunmak için hastanın sağlık durumu hakkında

⁴⁴⁵ Kayıhan, Şaban/ Ünlütepe, Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018, s. 54.

⁴⁴⁶ Kayıhan/ Ünlütepe, s. 55.

⁴⁴⁷ Antalya, Genel 1/1, s. 249; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 1128.

⁴⁴⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 1091; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 55; Özdemir, H., Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 36; Serozan, Rona, “Culpa in Contrahendo, Akdın Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD 1968, 108 vd.

⁴⁴⁹ Antalya, Genel 1/1, 249-251; Işık, s. 115-116; Eren, Genel Hükümler, s. 1128.

⁴⁵⁰ Özdemir, s. 188.

⁴⁵¹ Özdemir, H., Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 37.

yanıltıcı bilgi vermesi veya tıbbi müdahaleye gerek olmadığını söyleyerek hastayı oyalaması gibi durumlar gösterilebilir⁴⁵².

B. Hekimin Vekaletsiz İş Görme Sebebiyle Sorumluluğu

Hekimin uyguladığı tıbbi müdahalenin, hukuka uygun olabilmesi için hastanın rızasının olması gerekir. Ancak, acil hallerde veya tıbbi müdahalenin genişletilmesi gereken hallerde, hastanın rızasının alınması mümkün olmayabilir. Bu hallerde, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin sözleşme ilişkisine dayanmaması ve hastanın aydınlatılmış rızasının bulunmaması nedeniyle, hasta ile hekim arasındaki ilişki vekaletsiz iş görme hükümlerine tabidir⁴⁵³.

Vekaletsiz iş görme, TBK m. 526 ve devamı hükümlerde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, vekaletsiz iş görme, başkasına ait bir işin veya işlemin, iş sahibinin verdiği bir yetki veya talimat olmaksızın iş sahibinin menfaatine ve varsayılan rızasına dayalı olarak işin görülmesidir. Vekaletsiz iş görmede, taraflar arasında kurulan ilişki, sözleşme ilişkisi değildir⁴⁵⁴. Ancak, vekaletsiz iş görme de borcun kaynaklarından olup, burada, iş gören ile iş sahibi arasında kanuni borç ilişkisi kurulmuştur⁴⁵⁵. Vekaletsiz iş görmenin borç doğurabilmesi için, iş görenin vekaletinin olmaması ve görülen işin başkasına ait olması gerekir⁴⁵⁶. Vekaletsiz iş görme, gerçek anlamda vekaletsiz iş görme ve gerçek olmayan anlamda vekaletsiz iş görme olarak ikiye ayrılır⁴⁵⁷. İş görenin, başkasına ait bir işi, vekaleti olmaksızın onun menfaatine görmesi, gerçek anlamda vekaletsiz iş görme; işi kendi menfaatine görmesi ise gerçek olmayan anlamda vekaletsiz iş görmedir⁴⁵⁸. Hekimin, acil hallerde hastanın rızası olmaksızın müdahalede bulunması veya müdahalenin genişletilmesi, gerçek anlamda vekaletsiz iş görmeye örnek teşkil etmektedir⁴⁵⁹. Bu hallerde, hekim ile hasta arasında ya sözleşme ilişkisi yoktur ya da var olan sözleşme ilişkisinin sınırları aşılmıştır⁴⁶⁰. İki halde de

⁴⁵² Özdemir, H., Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 37; Işık, s. 117.

⁴⁵³ Özdemir, H., Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 37-38; Ayan, s. 113.

⁴⁵⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 911.

⁴⁵⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 911-912; Ayan, s. 113.

⁴⁵⁶ Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 1360; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 587.

⁴⁵⁷ Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 588; Eren, Özel Hükümler, s. 9112-913, Özdemir, s. 184.

⁴⁵⁸ Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 588.

⁴⁵⁹ Işık, s. 118.

⁴⁶⁰ Arpacı 'ya göre, Hekimin kararlaştırılandan başka bir tıbbi müdahalede bulunması zorunluluğu doğmuş hallerde, hastaya sorulabilseydi hastanın da bu müdahaleye rıza göstereceği varsayılabilseyse, bu müdahale, TBK m. 505/f.1 hükmü kapsamında değerlendirilerek yorum yoluyla yapılan müdahale vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin safra kesesi ameliyatında hekimin zorunlu gördüğü için karaciğerde bulunan lezyona da müdahale etmesi hastanın farazi iradesine dayanılarak yapılmış sayılarak sözleşme kapsamında düşünülmelidir, bkz. Tekben, s. 414.

hekim, hastanın iradesi olmaksızın hastayı iyileştirmek amacıyla tıbbi müdahalede bulunmaktadır.

TBK m. 527' ye göre; *“Vekaletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, iş gören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir”*.

Hekim, hasta ile arasında sözleşme ilişkisi olmasa dahi, hastaya karşı tıbbi müdahalede bulunurken gerekli dikkat ve özeni göstermelidir⁴⁶¹. Zira, vekaletsiz iş gören konumundaki hekim de her türlü ihmalden dolayı sorumlu olur⁴⁶². Vekaletsiz iş görmede, iş görme borcu, iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun şekilde ifa edilmesi gerekir. Vekaletsiz iş görme niteliğindeki tıbbi müdahalelerde, hekim hastanın muhtemel iyileşme menfaatine uygun hareket etmelidir⁴⁶³. Ancak, işin görülmesi, iş sahibinin çıkarına ve menfaatine uygun değilse, vekaletsiz iş görenin fiili hukuka aykırılık teşkil eder.

Ayrıca, TBK m 527/1 gereği, hekimin, hastanın hayatına veya sağlığına yönelen tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla uyguladığı tıbbi müdahale sonucunda zarar meydana gelirse, sorumluluğu hafifletilmelidir⁴⁶⁴.

Bilinci kapalı şekilde gelen hastaya, hekimin müdahale etmesi veya hastanın rızası kapsamında yapılan ameliyat sırasında ortaya çıkan ve önceden tahmin edilemeyen bir zorunluluk hali nedeniyle ameliyatın genişletilmesi vekaletsiz iş görmeye örnek olarak verilebilir⁴⁶⁵. Bu hallerde, hastanın varsayılan rızasına ve üstün özel yararına uygun tıbbi müdahale söz konusu olduğundan, yapılan müdahale haksız fiil olarak değerlendirilemez⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ Eren, Özel Hükümler, s. 917- 918.

⁴⁶² Özdemir, s. 184.

⁴⁶³ HHY m. 24/7: *[Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur]*.

⁴⁶⁴ Gökcan, s. 1001; Özdemir, s. 186; Aksi görüş için bkz. Ayan, s. 114.

⁴⁶⁵ Ayan, 61.

⁴⁶⁶ TMK m. 24/2: *[Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır]*. Özdemir, H., Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 38.

C. Hekimin Haksız Fiil Nedeniyle Sorumluluğu

Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi olmayan hallerde, vekaletsiz iş görme ve culpa in contrahendo hükümlerinin uygulama alanı bulamadığı durumlarda, hekimin sorumluluğu, haksız fiil hükümleri çerçevesinde söz konusu olabilir.

Haksız fiil, kişinin kusurlu davranışıyla, bir başkasına zarar vermesidir⁴⁶⁷. TBK m. 49 kapsamında, haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, hukuka aykırı bir fiil, zarar, zarar verenin kusuru ve hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir⁴⁶⁸.

Haksız fiil sorumluluğunun esaslı unsuru, hukuka aykırılıktır. Hukuk düzeninin veya hukuk kuralının, doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilmesi halinde, hukuka aykırılık söz konusudur⁴⁶⁹. Hukuka aykırılığın kaynağı hakkında ileri sürülen iki teori söz konusudur. Subjektif teoriye göre, bir fiilin hukuka aykırı sayılabilmesi için gereken ölçüt, failin, zarar verici fiili işlemeye dayanak olan bir hakkının bulunup bulunmadığıdır⁴⁷⁰. Objektif ölçüte göre ise, hukuka aykırılık, hukuk kurallarının ihlal edilmesinden kaynaklanır. Hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs malvarlıklarını doğrudan veya dolaylı şekilde koruyan emredici hukuk kurallarının, ihlal edilmesi halinde söz konusu olur⁴⁷¹. Bir fiilin hukuka aykırı sayılabilmesi için, fiili gerçekleştiren kişinin, fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi gerekmez⁴⁷². Zira, [*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*] ilkesi, haksız fiil sorumluluğu için de geçerli bir kuraldır⁴⁷³.

Hukuka aykırı fiil, bir şey yapmak, bir şey vermek gibi müspet (olumlu) bir davranış şeklinde olabileceği gibi bir şey yapmama, bir şey yapmaktan kaçınma şeklinde menfi (olumsuz) davranış olarak da ortaya çıkabilir⁴⁷⁴. Hekimin, haksız fiil nedeniyle sorumluluğunun olabilmesi için öncelikle, yapma (olumlu) veya yapmama (olumsuz) şeklinde bir davranışının olması gerekir. Bu davranışın, hukuka uygun şekilde gerçekleşmesi halinde, hekimin sorumluluğu söz konusu olmaz. Hekimin, haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için yapılan müdahalenin hukuka aykırı olması ve tıbbi standartlar açısından hatalı tıbbi müdahale sayılması gerekir. Tıbbi müdahale de hukuka aykırılık, hekimin kusurlu

⁴⁶⁷ Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016, s. 147.

⁴⁶⁸ Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul, 2020, s. 14.

⁴⁶⁹ Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,2, Ankara, 201 s. 92-93.

⁴⁷⁰ Ayan, Genel Hükümler, s. 251.

⁴⁷¹ Ayan, Genel Hükümler, s. 251-252; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 228.

⁴⁷² Kayıhan/ Ünlütepe, s. 229; Işık, s. 122.

⁴⁷³ Kayıhan/ Ünlütepe, s. 229; Işık, s. 122.

⁴⁷⁴ Kayıhan/ Ünlütepe, s. 229; Ayan, Genel Hükümler, s. 252.

davranışıyla hastanın kişilik haklarına karşı yapmış oluğu saldırıdan kaynaklanmaktadır. Gerek TMK m. 24 gerekse de TBK m. 49, kişilik haklarına yönelik saldırıların, hukuki sorumluluğa yol açacağını düzenlemiştir. Ancak, Hekimin uyguladığı tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi, müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilmektedir.

Haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için, gerekli ikinci unsur ise, hukuka aykırı davranışta bulunan failin, kusurlu olmasıdır. Kusurun tanımı, kanunda açıkça yapılmamıştır. Kusuru, hukuka aykırı sonucu isteyerek veya göze alarak hareket etme yahut bu sonucu istememiş olmakla birlikte, hukuk düzeninin kınadığı hukuka aykırı davranışta hareket etme, şeklinde tanımlayabiliriz⁴⁷⁵. Kusur kavramını izah etmeye çalışan iki anlayış vardır⁴⁷⁶. Objektif kusur teorisine göre, kusur, kişinin benzer durum ve şartlarda bulunan makul, dürüst ve güvenilir bir insandan beklenen ortalama davranış şekline, uymayan ve ondan sapan davranış biçimi olarak tanımlanır. Subjektif kusur teorisine göre ise, zarara sebebiyet veren kişi, davranışının zararlı sonucunu öngörüp, bundan kaçınma veya başka türlü davranma hakkına sahipken, gerekli irade ve çabayı sarf etmemesi halinde kusurludur⁴⁷⁷. Sorumluluk hukukunda kusur, failin, kasten veya ihmali davranışından kaynaklanabilir⁴⁷⁸. Hukuka aykırı sonucun bilinçli olarak istenmesine kast; hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, hukuka aykırı sonucun doğmasını önlemek için gerekli özenin gösterilmemesine ihmal denir⁴⁷⁹.

Hekimin tıbbi müdahaleden doğan sorumluluklarını, kasten veya ihmali davranışıyla ihlal etmiş olmasına, tıbbi müdahale açısından kusurlu davranış denir. Kusur bakımından, hekimin sözleşmesel sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu arasında bir fark söz konusu değildir. Ancak, yargılamada ispat yükü açısından farklılık söz konusudur.

Haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için gerekli diğer bir unsur, hukuka aykırı fiil neticesinde bir zararın meydana gelmiş olmasıdır⁴⁸⁰. Zarar, maddi ve manevi zarar şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Zararın çeşitleri, çalışmamızın ‘hekimin tazminat sorumluluğu’ başlığında detaylı şekilde anlatılmıştır⁴⁸¹. Hekimin tazminat sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, hekimin kusurlu davranışı neticesinde, bir zarar meydana gelmiş olmalıdır.

⁴⁷⁵, Aykırı/Çınarlı, s. 193; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 244.

⁴⁷⁶ Ayan, Genel Hükümler, s. 271; Antalya, Genel 1/2, s. 72.

⁴⁷⁷ Ayan, Genel Hükümler, s. 271; Antalya, Genel 1/2, s. 72.

⁴⁷⁸ Hakeri, s. 1135.

⁴⁷⁹ Özdemir, s. 151, Berberoğlu Yenipınar, Filiz, Tıbbi Sorumluluk Tazminat Esasları Hukuki Sorumluluk, İstanbul, 2017, s. 20.

⁴⁸⁰ Ayan, Genel Hükümler, s.275; Özdemir, s. 178; Antalya, Genel 1/2, s. 133.

⁴⁸¹ Bkz. üçüncü bölüm ‘Hekimin Tazminat Sorumluluğu’, s. 92 vd.

Son olarak, haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için, zarar ile zarara sebebiyet veren hukuka aykırı fiil arasında uygun illiyet bağının olması gerekir⁴⁸². Hekimin, haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için hekimin uyguladığı hatalı tıbbi müdahale ile hastada meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Hayatın olağan akışına ve deneyimlere göre, oluşan zarar, belirli bir fiilin doğal sonucuysa ve bu fiili, hekim kusur ile gerçekleştirmiş ise, hastanın zararı ile hekimin uyguladığı tıbbi müdahale arasında illiyet bağının varlığından söz edilebilir⁴⁸³. Ancak, bazı hallerde, hekimin fiili kusurlu olsa dahi, hastanın zarar iddiası arasında nedensellik bağına tespit etmek çok kolay olmamaktadır. Zira, hastanın tedavi süresince veya tedavi sonrasında yerine getirmesi gereken yükümlülükleri söz konusu olabilir. Hasta, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirdiğini iddia etse de bunun tespiti hususunda büyük sorunlar yaşanabilmektedir. Örneğin, tedavi sonrasında hasta, kullanması gereken ilacını, yüksek dozda kullanması veya az dozda kullanması halinde, ortaya çıkan zararın meydana gelmesinde, hastanın yanlış dozda ilaç kullanmasının payı olup olmadığının tespit edilmesi gerekecektir. Bu nedenle, kanımızca, hekimin haksız fiil sorumluluğunun en önemli unsuru, zarar ile hekimin fiili arasındaki nedensellik bağının tespiti. Uygun nedensellik bağının varlığını, hastanın ispatlaması gerekir⁴⁸⁴.

Bazı hallerde, hekimin fiili hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil edebilir. Bu durumda, hastanın hangi sorumluluk esasına dayanarak, zararının tazminini isteyebileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bazı yazarlar, sözleşmeye aykırılığın, haksız fiil hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olduğunu; bu nedenle, borca aykırılık hükümlerine dayanılması gerektiğini savunmaktadır⁴⁸⁵. Hakim görüş ise, iki sorumluluğun yarışacağını ve mağdurun dilediği esasa dayanabileceği görüşündedir⁴⁸⁶. Burada değinilmesi gereken önemli husus, mağdur, davayı hangi sebebe dayandırır, o esasın hükümlerinin uygulanmasıdır. Zarar gören, kısmen sözleşmesel sorumluluğa kısmen haksız fiil sorumluluğuna dayanamaz⁴⁸⁷.

Hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranarak ameliyat sırasında ameliyat uygulanan bölgede makas, sargı bezi gibi yabancı cisimleri unutması halinde hem sözleşmeye aykırılık kapsamında sorumluluğu hem de haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilir. Hasta, sözleşmeye aykırılık halinde (TBK m. 506/2/3), hekime karşı, TBK m. 112 ve devamı

⁴⁸² Kayıhan/ Ünlütepe, s. 255; Özdemir, s. 178; Ayan, Genel Hükümler, s. 282.

⁴⁸³ Işık, s. 126.

⁴⁸⁴ Yavuz İpekyüz, s. 143.

⁴⁸⁵ Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich, 1974, s.100; aktaran, Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2019, s. 446.

⁴⁸⁶ Ergün, Mevci, Hekimlerin Sorumluluğu, Ankara, 2022, s. 344.

⁴⁸⁷ Kaya, Asım, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C., 1, S. 2, 2016, s. 215-216, (www.jurix.com.tr E.T: 20.102022)

maddeleri kapsamında tazminat talebinde bulunabileceği gibi, hekime karşı tazminat talebini, TBK m. 49 kapsamında hekimin haksız fiil sorumluluğuna da dayandırabilir⁴⁸⁸.

Yargıtay; “Bazı durumlarda ise zarar doğurucu eylem hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil edebilir. Başka bir anlatımla, borçlunun zarar görenle arasındaki sözleşmeye aykırı davranışı aynı zamanda genel bir davranış kuralının da ihlâlini teşkil etmekteyse, aynı olayda hem sözleşmeden doğan sorumluluk hem de haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Doktrinde fikir ayrılıklarına rağmen, açıklanan durumun varlığı hâlinde Türk hukukunda hâkim olan görüş bu iki sorumluluğun yarışması (hakların telâhuku) görüşüdür. Hakların yarışmasında, zarar görenin tazminat istemini isterse sözleşmenin ihlâli isterse haksız fiil hükümlerine dayandırma yönünde bir tercih hakkının bulunduğu; dayatılan hukuki sebep açıkça belirtilmediyse, hâkimin önüne gelen olay bakımından hangi sorumluluk hâli zarar gören lehine ise o hükümleri bir bütün olarak uygulaması gerektiği kabul edilir.”⁴⁸⁹ şeklinde hüküm tesis ederek, sorumlulukların yarışması durumunda, davacı tarafın istediği sorumluluğa dayanarak zararının tazminini isteme hakkı olduğunu vurgulamıştır. Zira, TBK’nın 60. maddesinde de sebeplerin yarışması halinde, zarar görenin lehine olan hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. İlgili madde şu şekildedir; “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.”.

⁴⁸⁸ Özdemir, s. 179.

⁴⁸⁹ Yarg. HGK., E. 2017/778 K. 2019/329 T. 21.3.2019, (www.lexpera.com.tr, E.T: 20.10.2022).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

I. HEKİMİN ÖZEL HUKUK BAKIMINDAN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Hekimin sorumluluğunu, sözleşme içinde sorumluluğu ve sözleşme dışında sorumluluğu olarak ayrı ayrı incelemek gerekir. Hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi var ise, hekimin sözleşmeden doğan yükümlülükleri söz konusudur. Hekimin sözleşme kapsamında, asli borcu, hastayı tedavi etmesidir. Bunun yanı sıra, aydınlatma yükümlülüğü, sadakat ve özen yükümlülüğü, muayene etme yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü gibi yan yükümlülükleri de vardır⁴⁹⁰. Hekim, söz konusu tüm bu yükümlülüklerine uygun hareket etmelidir. Aksi halde, sözleşmenin ihlali söz konusu olacak ve hekimin TBK m. 112 kapsamında hukuki sorumluluğu doğacaktır. Sözleşmesel sorumlulukta, borcun gereği gibi ifa edildiğine ilişkin ispat yükü hekimdedir⁴⁹¹.

Hekimin sözleşme dışı sorumluluğunun kaynağı ise, haksız fiil, vekaletsiz iş görme ve sözleşme görüşmeleridir⁴⁹². Haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk arasındaki en önemli fark, ispat yükünün yer değiştirmesi ve zamanaşımıdır. Haksız fiil sorumluluğunda, mağdur, failin kusurunu ve zararın bu kusur neticesinde meydana geldiğini ispatlamak zorundadır (TBK m. 50)⁴⁹³.

Hekimin gerek sözleşme kapsamında sorumluluğu gerekse de sözleşme dışı sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, davranışının kusurlu olması gerekir⁴⁹⁴. Zarar olmadan hukuki sorumluluktan bahsedilemez. Başka bir anlatımla, hekimin tazminat sorumluluğundan bahsedebilmemiz için; hastanın, hekimin hukuka aykırı fiili neticesinde zarara uğramış olması gerekir⁴⁹⁵.

Hekim, kusurlu davranışıyla hastaya verdiği zararları, tazmin ile yükümlüdür. Bu zarar, maddi veya manevi olabilir. Hastanın veya yakınlarının, malvarlığı değerinde eksilme olarak

⁴⁹⁰ Özdemir, s. 149.

⁴⁹¹ Özdemir, s. 179.

⁴⁹² Yavuz İpekyüz, Filiz, “*Hekimin Tazminat Sorumluluğu*”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 33, 2015, s. 27. www.dergipark.org.tr, E.T: 20.10.2022.

⁴⁹³ Oğuzman, Öz, C I, s. 447.

⁴⁹⁴ Hakeri, s. 1134.

⁴⁹⁵ Şatır, s. 157.

görülen zararlar, maddi zarar; kişilik değerlerinde meydana gelen eksilme ise, manevi zarardır⁴⁹⁶.

A. Maddi Tazminat

Maddi zarar, kişinin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma, mahrum kalınan kazanç ya da borcun artması şeklinde tanımlanabilir⁴⁹⁷. Maddi zararların karşılanması için ödenen tazminat da maddi tazminattır. Maddi tazminat, hastanın, hatalı müdahale nedeniyle yapmak zorunda kaldığı harcamalara karşılık ödenir⁴⁹⁸. Örneğin, tedavi masrafları, ilaç masrafları, kazanç kaybı, ölümü halinde cenaze giderleri, yol masrafları maddi tazminat kapsamındadır⁴⁹⁹.

Hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan maddi zarar kalemleri, TBK m. 53 ve m. 54'te sayılmıştır. Kanun, maddi zarar kalemlerini, hastanın bedensel zarara uğraması halinde ve ölümü halinde şeklinde ayırarak düzenlemiştir.

1. Ölüm Nedeniyle Ortaya Çıkan Zararlar

Hastanın ölümü halinde hangi zararların tazminat kapsamında istenebileceği, TBK m. 53'te, şu şekilde düzenlenmiştir:

“Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

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

Kanunda belirtilen bu zararların incelenmesi yerinde olacaktır.

a) Cenaze Giderleri

Cenaze giderleri, hastanın ölümü halinde, ölümü dolayısıyla yapılan masraflardır. Defin masrafları, otopsi, ölüm ilanı, yol, mezarlık, mezar taşı vb. giderler cenaze giderlerine örnek verilebilir⁵⁰⁰. Cenaze giderleri, ailenin sosyal ekonomik durumuna, inancına göre değişiklik gösterebilir. Bu durumda, hastanın ölümüne sebebiyet veren hekim, hastanın sosyo-ekonomik

⁴⁹⁶ Aşçıoğlu, s. 99, Yavuz İpekyüz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 35.

⁴⁹⁷ Gökcan, s. 972; Özdemir, s. 325; Hakeri, s. 1141; Ayan, Genel Hükümler, s. 276; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 248.

⁴⁹⁸ Oğuzman/Öz, C II., s. 101.

⁴⁹⁹ Yavuz İpekyüz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 35, Ayan, s. 110, Özdemir, s. 325; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 249-250; Doğan, Murat/ Şahan, Gökhan/ Atamulu, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021, s. 202

⁵⁰⁰ Aşçıoğlu, s. 101; Özdemir, s. 222; Eren, Genel Hükümler, s. 752.

durumuna göre yapılan cenaze giderlerini karşılamalıdır⁵⁰¹. Tazminatın belirlenmesinde, zararların somut olarak ortaya koyulabilmesi gerekir, ancak bazen bu giderler için belge ibraz edilememektedir. Bu durumda, TBK m. 50/2⁵⁰² uyarınca, yargılama sırasında net olarak ortaya koyulamayan giderler, bilirkişi eliyle, ölenin sosyal ekonomik durumuna ve o yörenin adetlerine göre hesaplanır⁵⁰³.

Yargıtay da kararında, delil ile ispatlanmasa dahi bilirkişi nezdinde kişinin gelenek ve adetlerine göre defin giderlerinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Anılan karara göre, *“Davacılar dava dilekçelerinde, desteklerinin ölümü nedeniyle katlandıkları defin masraflarının da tahsilini istemişlerdir. Gerçi maddi tazminatın her türünün ispatı davacılara aittir. Ne var ki ölen her şahıs için yakınlarının veya ailesinin ya da ailelerden birinin mutlak surette bazı defin giderlerine katlandığının kabulü zorunludur. Bunun aksi düşünülemez. Bütün mesele defin giderlerinin kapsamını belirlemekte toplanır. Bu tür giderler her türlü delille ispatlanabilir. Bu konuda delil ibraz edilememesi halinde dahi mahkeme, bir bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle sarfedilen giderleri tespit ettirmek zorundadır. Mahkemenin, defin giderleri hakkındaki isteği gerekçe göstermeksizin reddetmiş olması bozmayı gerektirmiştir.”*⁵⁰⁴.

b) Ölümün Hemen Gerçekleşmemesi Halinde Ölene Kadar Olan Tedavi Giderleri ve Çalışma Gücünün Azalmasından Doğan Kayıplar

Ölüm hemen gerçekleşmemiş ise, hastanın ölene kadar tedavisi için yapılan masraflar ile ölünceye kadar çalışamamasından doğan kayıplar da maddi tazminat olarak istenebilir⁵⁰⁵. Hastanın iyileşmesi için yapılan tüm tedavi giderleri, sorumluluk hukuku kapsamında, hekimden talep edilebilir. Bu giderlere, hastanın ameliyatı, hastanede kalış ücreti, ilaçları, hastaya yardımcı olan hastabakıcı ücreti, hastaya yapılan klinik tetkikler, tekerlekli sandalye gibi hastanın kullanması gereken gereçler, tedavi için yapılan yol masrafları örnek olarak verilebilir⁵⁰⁶. Hastanın eski sağlığına kavuşuncaya kadar yaptığı tüm masraflar tedavi gideri olarak nitelendirilir.

⁵⁰¹ Yavuz İpekyüz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s.44.

⁵⁰² TBK m. 59/2: [Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler].

⁵⁰³ Çelik Ahmet, “Cenaze ve Gömme Giderleri Hakkında”, Online Makale (www.tazminathukuku.com, E.T:22.10.2022).

⁵⁰⁴ Yarg. 4.HD.06.05.1980, 1110-5858 (www.tazminathukuku.com E.T:22.10.2022).

⁵⁰⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 753.

⁵⁰⁶ Özdemir, s. 224, Yavuz İpekyüz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s.42.

Zarar görenin ölümünün hemen gerçekleşmediği durumda, hukuka aykırı fiil ile ölümü arasındaki süreçte, hasta, hukuka aykırı fiil nedeniyle çalışma gücünde azalma veya çalışma gücünü yitirme ile karşı karşıya kalabilir. Burada esasa alınması gereken husus, hastanın kazancının azalması veya kaybı değil, çalışma gücünde ortaya çıkan azalma veya yitirilmedir⁵⁰⁷. Çalışma gücü, zihinsel ve bedensel kuvvetin kazanç elde etme amacıyla kullanılması demektir⁵⁰⁸.

c) Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

Destek kavramı, gerçek destek ve farazi destek olarak ikiye ayrılır⁵⁰⁹. Buna göre gerçek destek, bir kimsenin bakımının kısmen veya tamamen üstlenilmesidir⁵¹⁰. Farazi destek ise, ölen kişinin, normal şartlarda ileride başkasına bakması kuvvetle muhtemel olması durumunda söz konusu olur⁵¹¹. Bu halde ölen kişinin ileride bakacağı düşünülen kişilere karşı desteğine, farazi destek denir⁵¹². Çalışma çağına gelmeden ölen çocuk, anne babası için farazi destektir⁵¹³. Farazi desteğin söz konusu olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Çocuğun fikri veya fiziki yeteneğinin olması, ileride ailesine bakabileceği yönünde kanaat oluşması, ailesinin de gelecekteki mali açıdan desteğe ihtiyaç duymaları halinde, farazi destekten bahsetmek mümkündür⁵¹⁴. Destekten yoksunluk ise, ölenin, beden ve beyin gücüyle elde ettiği gelirinden, hizmetlerinden, yardımlarından, bakım ve gözetiminden veya deneyimlerinden yoksun kalınmasıdır⁵¹⁵.

TBK m. 53/3 kapsamında, hastanın ölümü ile ortaya çıkan diğer zarar kalemi ise, destek yoksun kalma tazminatıdır. Destekten yoksun kalma tazminatı ile ölenin yakınlarına, hastanın ölüm hali gerçekleşmeden önceki sosyal ve ekonomik düzeylerinin korunmasının sağlanması amaçlanmaktadır⁵¹⁶. Destekten yoksun kalanların mirasçılık sıfatıyla bir ilgisi yoktur⁵¹⁷. Başka bir deyişle, hastanın mirasçısı olmasa dahi, hastanın vefat etmesiyle, onun mali destek

⁵⁰⁷ Şengül, s. 146.

⁵⁰⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 746.

⁵⁰⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 755; Çelik, Ahmet, Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, Ankara, 2021, s. 49.

⁵¹⁰ Özdemir, s. 242-243, Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 428; Antalya, Genel 1/2, s.177.

⁵¹¹ Özdemir, s. 244.

⁵¹² Özdemir, s.244-245.

⁵¹³ Eren, Genel Hükümler, s. 758.

⁵¹⁴ Gürsoy, Kemal Tahir, 'Destekten Yoksun Kalma tazminatı', AÜHFD, C. 29, S. 1, 1972, s. 148; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 428; Antalya, Genel 1/2, 178.

⁵¹⁵ Çelik, Destekten Yoksunluk, s. 189.

⁵¹⁶ Eren, Genel Hükümler, s 753.

⁵¹⁷ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s. 428; Ayan, Genel Hükümler, s. 321-322; Oğuzman/ Öz, C II, s. 102.

ve bakımından mahrum kalan kişiler, destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilir⁵¹⁸. Destek, tazminat talebinde bulunan kişiye sadece maddi açıdan sürekli bakma değil, kişiyi koruyup kollama, yardım ve hizmet etme şeklinde de olabilir⁵¹⁹.

Yargıtay kararları da ölenin sağladığı düşünsel ve bedensel desteği de zarar kalemleri içinde değerlendirmiştir⁵²⁰. Bir karara göre, “Destek kavramı, gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi umulan bir bakım ilişkisini gösterir. Eylemli ve düzenli olarak bir kimsenin geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak biçimde ona yardım eden veya olayların olağan akışına göre eğer ölüm gerçekleşmeseydi az veya çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse destek sayılır. Bu manada, bir başka kişiye fiilen bakan, onu geçindiren veya ileride bakma, geçindirme ihtimali bulunan kişi, destektir. İlk durumda eylemli destek, ikinci durumda ise varsayımsal (farazi) destek kavramı söz konusudur. İfade olunan bu hususlar gerek öğretide gerekse Yargıtay uygulamalarında kabul edilmiş olup, destek kavramının sadece mali olarak yardımı ifade etmediği, bakım ve hizmet etmek suretiyle sağlanacak katkıyı da kapsadığı genel olarak kabul edilmektedir. Somut olayda; ölen ... eşi olan davacı ...'nin maddi olarak eşinin desteğine ihtiyacı olmadığı kanaati ile tazminat alamayacağı kabul edilmiş ise de yukarıda anlatılanlar doğrultusunda ölen eşinin desteğinden yoksun kaldığı kabul edilerek toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirmeyle, yazılı olduğu biçimde hüküm tesisi doğru görülmemiştir”⁵²¹.

Hukukumuz, kişinin, ölen nişanlısı bakımından da destekten yoksun kalma tazminatının istenmesini mümkün kılmıştır⁵²². Nişanlı bir birlikteliğin olduğunun ispatı için teamüle uygun bir nişan töreni şart değildir. Uzun süreli birlikteliğin ispatı ile nişan ilişkisinin varlığı kabul edilmektedir⁵²³. Nikahsız birlikteliklerde, evlilik birliği olmasa dahi, karı-koca gibi hayat birliğinin olması ve bu durumun devamlılık arz etmesi bekleniyor ise, ölen kişinin, diğerine

⁵¹⁸ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s. 428; Ayan, Genel Hükümler, s. 321-322; Oğuzman/ Öz, C II, s. 102.

⁵¹⁹ Hakeri, s. 1143.

⁵²⁰ Yarg., 17. HD., E. 2015/17137 K. 2018/9028 T. 15.10.2018, Yarg., 4. HD., E. 2021/5788 K. 2021/7342 T. 21.10.2021, Yarg., 17. HD., E. 2016/4026 K. 2019/1195 T. 11.2.2019, (www.lexpera.com, E.T: 28.03.2023).

⁵²¹ Yarg. 17. HD., E. 2017/1688 K. 2019/9925 T. 24.10.2019, (www.lexpera.com, E.T: 24.10.2022).

⁵²² Ayan, Genel Hükümler, s. 322.

⁵²³ Eren, Genel Hükümler, s. 757.

baktığının ispatı halinde, sağ kalana, destekten yoksun kalma tazminatı talep etme hakkı tanınmıştır⁵²⁴.

Yargıtay da, destekten yoksun kalma tazminatını, nişanlı veya evlilik dışı birlikte yaşayan kişinin de isteyebileceğine hükmetmiştir. İlgili karar,; *“Bu itibarla, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 53. maddesinde “ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler” tabirinden, ölenle aralarında yakın ilişki bulunan anası, babası, eşi, çocukları, kardeşleri, nişanlısı, hatta evlilik dışı birlikte yaşadığı kimsenin anlaşılması gerektiği; miras hukuku ile ilgili olmadığı için de, mirasçı olmak veya ölen yönünden nafaka borçlusu bulunmak zorunluluğunun bulunmadığı her türlü duraksamadan uzaktır (Turgut Uygur, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003, 2.Cilt, s:2062). Bu haliyle destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecek kimseler yönünden herhangi bir sınırlama yapılmadığı ve müteveffanın yardımından mahrum kalma esasının kabul edildiği kuşkusuzdur. Sonuç olarak, destekten yoksun kalma tazminatı nitelik itibariyle bağımsız bir hak olup ölen kimse ile davacılar arasında kanuni veya akdi bir bakım yükümlülüğü, mirasçılık ya da akrabalık ilişkisi bulunması gerekmediğinden”* şeklindedir⁵²⁵.

Destekten yoksun kalma tazminatı; desteğin geliri, destek payı, desteğin bakım süresi ve destek görenin bakım ihtiyacı süresi dikkate alınarak hesaplanır⁵²⁶. Tazminat hesaplamasına esas alınacak gelir, kişinin, elde etmiş olduğu veya ileride elde edecekleri gelirleridir⁵²⁷. Desteğin, ölüm anında elde ettiği ekonomik kazanımları, desteğin gelirini belirler. Destek, maaşlı bir çalışan ise, aldığı giydirilmiş net ücret maaşı dikkate alınır⁵²⁸. Desteğin ücretinin, bordroda düşük gösterildiği iddiasının varlığı halinde hakim, TMK m. 50 gereğince, hayatın olağan akışı içinde desteğin tecrübesini, eğitimini ve benzer işlerde çalışan kişilerin ücretlerini göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmalıdır⁵²⁹. Destek, çalışmıyor veya asgari ücretin altında gelir elde ediyor ise, hesaplama asgari ücret üzerinden yapılır⁵³⁰. Ev kadınları, ev hizmetlerini görmeleri karşılığında bir kazanç elde etmezler. Bu nedenle, destek ev kadını

⁵²⁴Öztürkler, Cemal, Uygulamanın İçinden Ölüm ve Bedensel Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri, Ankara, 2003, s. 36 Gürsoy, 151-152; Eren, Genel Hükümler, s. 757; Antalya, Genel 1/2, s. 181; Çelik, Destekten Yoksunluk, s. 59-60.

⁵²⁵ Yarg. 4. HD., E. 2018/2928 K. 2019/2868 T. 15.5.2019, (www.lexpera.com, E.T: 24.10.2022).

⁵²⁶ Antalya, Genel 1/2, s. 187-190; Oğuzman/ Öz, C II, s. 108.

⁵²⁷ Antalya, Genel 1/2, s. 192.

⁵²⁸ Antalya, Genel 1/2, s. 186; Kaba, Gizem, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2017, s. 84.

⁵²⁹ Kaba, s. 84-85.

⁵³⁰ Çelik, Destekten Yoksunluk, s. 232.

ise, gelir asgari ücret üzerinden hesaplanır⁵³¹. Desteğin, çalışarak elde ettiği geliri dışında, kira bedeli, faiz getirisi, ortaklık payı gibi başkaca kazanç kalemleri söz konusu ise, tazminat hesaplamasına gelir olarak eklenmelidir⁵³². Desteğin gelir kalemleri belirlendikten sonra, desteğin, net gelirinin belirlenmesi gerekir. Desteğin gelirinden, sabit ödenmesi gereken vergi ve harç gibi kamu harcamaları, nafaka ve zorunlu sosyal güvenlik harcamaları düşülerek net geliri bulunur⁵³³.

Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında esas alınması gereken bir diğer ölçüt ise, destek payının belirlenmesidir. Desteğin gelirinin paylaştırılmasında, miras paylaşımı dikkate alınmaz⁵³⁴. Zira, destek talebinde bulunan kişiler, desteğin mirasçısı olmayabilir⁵³⁵. Mevzuatımızda, destek paylarının belirlenmesine uygulanacak net bir kural düzenlenmemiştir⁵³⁶. Yargı kararlarında yeknesaklık sağlanması için belirli hesaplama yöntemleri uygulanmaktadır⁵³⁷. Hukukumuzda, eşe verilecek destek payı hesaplanırken, eşin

⁵³¹ Yarg. 4. HD., 2001/4162 E., 2001/6826 K., 26.06.2001; “Davacıların ölen desteği ev kadını olup, ayrı bir gelirinin bulunmamasına göre, davacıların yoksun kaldıkları destek tazminatı hesaplanırken net asgari ücret esas alınmalıdır.” Çelik, Destekten Yoksunluk, s. 254, Kaba, s. 90; Anyalya, Genel 1/2, s. 188.

⁵³² Kaba, s. 91.

⁵³³ Antalya, Genel 1/2, s. 188.

⁵³⁴ Kaba, s. 92.

⁵³⁵ Oğuzman/ Öz, C II, s. 103.

⁵³⁶ Kaba, s. 92 vd.

⁵³⁷ Yarg. 17 HD. 15/02/2016 T., 2014/8705 E., 2016/1662 K., sayılı karar göre, “...Ölenin parasal veya bedensel destekliğinin derecesi ile bundan yoksun kalanların tazminat isteklerinin ölçüsü ya da hesaplama yöntemi konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Gerçek yardım miktarının yeterli delillerle ispat edilemediği durumlarda yargıç, takdir hakkını kullanarak yardım miktarını belirleyebilecektir. Bu belirlemede destek ile destek olunan kimse arasındaki yakınlığın derecesi, aralarındaki manevi bağ, davacıların yaşları, dahil oldukları sosyal ve ekonomik çevre, yaşam standartları, cinsiyetleri gibi bakım ilişkisine ve miktarına etkili olabilecek unsurlar da göz önünde bulundurulacaktır. Hayatın olağan akışı içinde, destek sayılan kimsenin baktığı kimselere gelirini belli paylara bölerek baktığı pek söylenemese de tazminat hesabında bir paylaştırma yapmak zorunlu hale gelmektedir. Buna göre öncelikle gelirin tamamının, yardım görenlere tahsis olunmuş varsayılamayacağı, ölenin gelirinden bir bölümünü kendisine ayıracağı, bu tahsisten vazgeçilemeyeceği ve bu suretle yardımın (payların) geliri yutmaması ilkesine dikkate alınmalıdır. Ayrıca ölenin kendi geçim masraflarından artan miktarın tamamının (hiçbir tasarruf düşüncesine yer bırakmadan) destek görenlere dağıtıldığı da kabul olunamaz. Öte yandan, destek görecek kimselere ayrılacak miktar da, bunların ihtiyaçlarının toplamı kadar olmalıdır. Eş, çocuklar ile anne ve babanın desteklenen olduğu durumlarda destek paylarını belirlerken desteğin gelirinin bir miktarını kendisine, bir miktarını eşine, bir miktarını çocuklarına, bir miktarın da anne ve babasına ayıracağı kabul edilmektedir. Desteğin gelirinden kendisine ayıracağı pay kadar eşine de ayıracağı, bu durumun Türk Medeni Kanun’da ki eşitlik ilkelerine de uygun düşeceği, kendisine ayırdığı paydan daha fazla payı eşine ayırmasının hayatın olağan akışına uygun düşmeyecektir. Dairemizce kabul görmüş Pay esasına göre; Çocuksuz durumda destek, desteğin gelirini eşi ile ortak paylaşacağı varsayımına dayalı olarak, gelirden desteğin %50 ve eşin %50 pay alacağı kabul edilmektedir. Çocukların eş ile birlikte destek payı alacağı durumunda ise desteğin gelirden eşi ile birlikte 2 şer pay alırken çocuklara birer pay verileceği yine eş, çocuklar ile ana babanın pay alacağı durumlarda desteğe 2 pay eşe 2 pay çocukların her birine 1 pay ana ve babaya birer pay ayrılarak böylece gelirin tamamının dağıtılacağı esasına dayalıdır. Çocukların sayısı arttıkça hem desteğe ayrılan pay hem de eş ve çocuklar ile ana ve babaya ayrılacak paylar düşecektir. Çocukların destekten çıkması ile birlikte destekten çıkan çocuğun payları destek, eş ve diğer çocuklara dağıtılacak anne ve babaya verilmeyecektir. Böylece geriye kalan eş ve çocukların payları ile desteğin

çalışıp çalışmaması ve çocuğunun olup olamaması göz önünde bulundurularak, eşin destek payı %25 ile %50 oranları arasında belirlenmektedir⁵³⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki, birden fazla destek görenin olduğu durumda, ihtiyaç sahiplerinden birinin, destek payını talep etmemesi, diğer payların miktarını arttırmaz⁵³⁹.

Destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanmasında, dikkate alınması gereken bir diğer ölçüt ise, desteğin bakım süresi ile destek görenin bakıma ihtiyaç duyduğu sürelerin belirlenmesidir⁵⁴⁰. Destekten yoksunluk süresi, kural olarak, desteğin yaşam süresi ile sınırlıdır. Eğer, destekten yoksun kalan eş, destekten yaşça büyük ise; destekten yoksun kalan eşin yaşam süresine göre tazminat hesaplaması yapılır⁵⁴¹.

Desteğin bakım süresi, desteğin bakım gücünün devam edebileceği süredir. Desteğin iş görerek veya çalışarak gelir elde etmeye başladığı zamandan, muhtemel ölüm tarihine kadar olan süre dikkate alınır⁵⁴². Burada, tespit edilmesi gereken husus, hukuka aykırı fiil neticesinde destek ölmemiş olsaydı, ne zamana kadar çalışarak gelir elde edebileceğidir. Desteğin bakım süresi, aktif ve pasif devre olarak iki ayrılır; bu iki dönem için geliri ayrı ayrı değerlendirilir⁵⁴³. Aktif devre, desteğin iş görebildiği andan, muhtemel emeklilik anına kadar devam eden dönemi; pasif devre ise, desteğin, emeklilik anından, muhtemel ölüm tarihine kadar olan dönemidir⁵⁴⁴. Uygulamada, pasif devrenin başlangıcı, desteğin 60 yaşı olarak belirlenmiştir. Buna ilişkin bir Yargıtay kararına göre, “Aktif devre 60 yaşa kadar, pasif devre 60 yaşından bakiye ömür sonuna kadar olan devredir. Aktif dönemden amaçlanan “iş görebilirlik çağı”dır. Yani; sigortalının, olağan olarak işinde çalışabilme gücünün devam süresidir ki, bu da Yargıtay’ca benimsenen görüşe göre, kural olarak “60” yaşa kadar sürer. Sosyal Güvenlik Yasalarında, sosyal amaç ya da istihdam politikaları gözetilerek

payı artacaktır. Bu pay esaslı Türk aile sistemine çok uygun düşmektedir. Çünkü Türk aile sisteminde desteğin geliri aile bireyleri tarafından birlikte paylaşılmakta, aile bireyleri arttıkça gelirden alınacak pay düşmekte, aile bireyi azaldıkça da gelirden alınacak pay yükselecektir. Ana ve babadan birinin destekten çıkması ile payı diğerine aktarılacak, ana ve baba ile çocukların tamamının destekten çıkması durumunda ise yine çocuksuz eş gibi desteğe 2 pay eşe 2 pay esasına göre %50 desteğe %50 eşe pay verilerek varsayımsal olarak gelirin paylaştırılarak tazminatın bu ilkelere göre hesaplanmalıdır” (www.hukukturk.com, E.T: 17.03.2023).

⁵³⁸ Kaba, s. 94; Gökyayla, Kadir Emre, ‘Destekten Yoksun Kalma Tazminatı’, (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi), 2004, s. 164-165.

⁵³⁹ Ayrıca bkz., Yarg. 9. HD. 17/11/1980 T., 1980/11151 E., 1980/11824 K., sayılı karara göre; “Dava açmayanın payı başkalarına dağıtılamaz, Ölenin gelirinden pay alabilme hakkına sahip kimsenin dava açmamış olması, onun payının başkalarına dağıtılması sonucunu doğurmaz.”, Çelik, Destekten Yoksunluk, s. 177-178.

⁵⁴⁰ Çelik, Destekten Yoksunluk, s. 135.

⁵⁴¹ Çelik, Destekten Yoksunluk, s. 139; Gökyayla, s. 178; Aşçıoğlu, s. 475.

⁵⁴² Antalya, Genel 1/2, s. 191.

⁵⁴³ Antalya, Genel 1/2, s. 191.

⁵⁴⁴ Kaba, s. 100.

değişik yaşlar ile tanınan emeklilik yaşının, aktif dönem sonu olarak ele alınması uygun değildir”⁵⁴⁵.

Uygulamada, desteğin muhtemel yaşam süresi belirlenirken, 1931 tarihli Fransız PMF yaşam tablosu ve TRH 2010 yaşam tablosu kullanılmaktadır⁵⁴⁶. Yargıtay kararlarında hangi tablonun uygulanacağına dair görüş birliği bulunmamaktadır⁵⁴⁷. Bu tablolar arasındaki en önemli fark, 1931 Fransız PMF tablosu, kişileri cinsiyetlerine göre ayırıp değerlendirmesi noktasında kendisini göstermektedir⁵⁴⁸.

Destek görenin ihtiyaç süresi, gerçek destekte, desteğin ölüm anından, farazi destekte ise, bakım ihtiyacının başladığı andan itibaren başlar⁵⁴⁹. Destek görenin muhtemel ölüm tarihinde veya fiili ihtiyacın ortadan kalması halinde, ihtiyaç süresi sona erer⁵⁵⁰. Dul eş bakımından, dul eşin tekrar evlenmesiyle veya çalışarak, desteğin ölümü öncesindeki sosyo-ekonomik düzeyini devam ettirebilmesi halinde, bakım ihtiyacı sona erer⁵⁵¹. Ayrıca, dul eşin tekrar evlenme ihtimali, tazminat miktarından indirim yapılması sebebidir.⁵⁵² Uygulamada, dul eşin evlenme ihtimalinin belirlenmesinde AYİM tablosu kullanılmaktadır⁵⁵³. Bu tabloya göre, dul eşin evlenme ihtimali; cinsiyetine, sahip olduğu çocuk sayısına ve yaşına bağlı olarak tespit edilmeye çalışılmıştır. Çocuklar yönünden bakım ihtiyacı süresi ise, erkek çocuklar yönünden

⁵⁴⁵ Yarg. 10. HD., E. 2014/26292 K. 2016/7155 T. 2.5.2016 (www.lexpera.com.tr, E.T: 18.03.2023).

⁵⁴⁶ Çelik, Destekten Yoksunluk, s. 136.

⁵⁴⁷ Yarg. 17. HD., T. 29.4.2019, E. 2016/11594, K. 2019/5235 sayılı karar uyarınca; “..davacının muhtemel bakiye yaşam süresinin PMF 1931 Yaşam Tablosuna göre belirlenmesi ve davacının talep edebileceği tazminat miktarının bu doğrultuda hesaplanması için ek rapor alınarak oluşacak sonuca göre ve kazanılmış haklarda gözetilerek karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir”. Yarg. 10. HD., T. 23.02.2021, E. 2020/9717 K. 2021/2003 sayılı karar uyarınca; “Eldeki davada, hükme esas alınan ve davacının ıslah dilekçesinin dayanağını oluşturan 22.01.2018 tarihli hesap raporunda yukarıda açıklamaların aksine bakiye ömrün tespitinde TRH 2010 tablosu yerine, PMF 1931 tablosu uygulanması hatalı olmuştur”. (www.lexpera.com.tr, E.T: 18.03.2023).

⁵⁴⁸ Berberoğlu Yenipınar, s. 31; Ayrıca Aşçıoğlu, P.M.F. tablosunun Türkiye’de kullanılmasını eleştirmektedir, Aşçıoğlu, s. 473.

⁵⁴⁹ Antalya, Genel 1/2, s. 192.

⁵⁵⁰ Çelik, Destekten Yoksunluk, s. 139 vd.

⁵⁵¹ Antalya, Genel 1/2, s. 192-193.

⁵⁵² Kaba, s. 133-134.

⁵⁵³ Yarg. HGK., T. 02.02.2011, E. 2010/712, K. 2011/4 sayılı kararına göre; “...dul eşin yeniden evlenme şansının belirlenmesinde daha çok, hazır tablolardan yararlanılmaktadır. En sık başvurulanan V. U. 'in tablosu ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılan tablodur. V. U. 'in tablosu 1940'dan önceye ait olup, günümüz koşullarına ve ülkemiz şartlarına uyduğu söylenemez. Gene, İsviçre kaynaklı Stauffer/Schaetzle tablosu daha yakın tarihli ise de, bu tablonun da Türkiye koşulları dikkate alınarak hazırlanmadığı açıktır. Bu durumda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılan tablonun mevcut koşullarda ülkemiz koşullarına daha çok uyumlu olduğu değerlendirilebilir... AYİM uygulamasında 18 yaşından küçük her bir çocuk için evlenme şansından % 5 indirim yapılması gerekir. Davacı dul eşin dava tarihindeki yaşı, çocuk sayısı, AYİM tablosu, sosyal ve ekonomik durumu ile ülke ve yöre koşulları dikkate alındığında, yeniden evlenme şansının bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.” (www.lexpera.com.tr, E.T: 18.03.2023).

18 yaşına kadar, kız çocuklar yönünden 22 yaşına kadardır⁵⁵⁴. Çocuk, yüksek öğrenim görüyor ise, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın 25 yaşına kadar destek görebilir⁵⁵⁵.

Destek talep eden kişi, zararını tam olarak ortaya koyamıyor ise, TBK m. 50/2'ye göre hakim, somut olaya veya hayatın olağan akışına göre zararın miktarını belirler.

2. Bedensel Zarar Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi Zarar

Hastanın, hatalı tıbbi müdahale sonucunda fiziksel veya ruhsal bütünlüğünün zarar görmesi halinde, bedensel zararlar söz konusu olur. TBK m. 54'te bedensel zararlar şu şekilde düzenlenmiştir;

“Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

1. Tedavi giderleri.
2. Kazanç kaybı.
3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.”.

a) Tedavi Giderleri

Tedavi giderleri, bedensel veya ruhsal bütünlüğü zarar gören hastanın, sağlığının eski hale getirilmesi veya hastalığının ilerlemesinin önlenmesi için yapılan tüm masraflardır⁵⁵⁶. Aynı şekilde, söz konusu zarar nedeniyle hastanın iyileşmesi mümkün olmayan durumlarda, hastanın yaşamına devam etmesi için gerek duyduğu gereçler ve bakım hizmetleri, tedavi giderlerinin kapsamındadır⁵⁵⁷.

Zarar gören, bakıcıya muhtaç hale gelmesi durumunda, bakıcı giderini, tedavi giderleri başlığı altında tazminini istenebilir. Hastanın, hastaneden taburcu olduktan sonra da yapması gereken birtakım giderler, tedavi gideri sayılmaktadır⁵⁵⁸. Geçici süre ile evde bir bakıcı veya hemşirenin bakımına ihtiyaç duyulması halinde bakım giderleri veya özel beslenmesi

⁵⁵⁴ Yarg. 17. HD., T. 14.10.2020, E. 2019/4261, K. 2020/5606 sayılı kararına göre; “Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre; çocuklar için destekten yoksun kalacakları sürenin belirlenmesinde yaşları, okuldaki eğitim durumları, içinde yaşadıkları sosyal ve ekonomik koşulların ayrı ayrı değerlendirilmesi, yüksek öğrenim yapacaklar ise, 25 yaşının doldurulmasına kadar; yüksek öğrenim yapmamakta ise yerleşik ve kabul gören uygulamaya göre, erkek çocukları için 18 yaşın, kız çocukları için 22 yaşın desteğin sona ereceği yaş olarak kabul edilerek hesaplama yapılması gerekmektedir.” (www.lexpera.com.tr, E.T: 19.03.2023).

⁵⁵⁵ Çelik, Destekten Yoksunluk, s. 142.

⁵⁵⁶ Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 225.

⁵⁵⁷ Çelik, Ahmet, Bedensel Zararlar, Ankara, 2021, s. 197.

⁵⁵⁸ Eren, Genel Hükümler, s., 746; Çelik, Zarar, s. 197.

gerekiyor ise, buna ilişkin masraflar tedavi giderlerine örnek verilebilir⁵⁵⁹. Yaşam boyu bakıcı giderlerinde ise durum farklıdır. Yaşam boyu bakım gideri istenebilmesi için sağlık kurulu tarafından hastaya, “yaşam boyu başka birinin sürekli bakımına muhtaç olduğu” konusunda rapor verilmesi gerekmektedir⁵⁶⁰. Yukarıda, “ölüm nedeniyle ortaya çıkan maddi zararlar”⁵⁶¹ başlığı altında sayılan tedavi gider kalemleri aynen burada da geçerlidir.

Tedavi giderlerinin talep edilebilmesi için, giderlerin yapılmış olması şartı aranmaz. Zarar gören, fiilen yaptığı tedavi masraflarının yanında, ileride gerçekleşmesi muhtemel tedavi giderlerini de talep edebilir⁵⁶².

Kural olarak, TBK m. 50/1 uyarınca, zarar gören zararını kanıtlamakla yükümlüdür. Zarar gören, zararını, fatura, makbuz, hastane giriş-çıkış kayıtları, tahlil sonuçları, hekimin raporu, hekimin görüşü, adli tıp raporu veya tanık beyanları vb. her türlü delile dayanarak ispatlayabilir⁵⁶³. Diğer alacak kalemlerinde de olduğu gibi, tedavi giderlerinde de zarar gören, zararını tam olarak ispatlayamıyorsa, hakim TBK m. 50/2 uyarınca, zararı ve kapsamını doğrudan araştırmakla ve hakkaniyete uygun şekilde zararı belirlemekle yükümlüdür⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹ Kanık, Hikmet, “Yargıtay Uygulamasında Bedensel Zararların Hesaplanması İlkeleri”, içinde: Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri Sempozyumu, Ed. Basa, Necdet/Uçakhan Güleç, Sema, TBB yayınları, 2019, s. 161; Antalya, Genel 1/2, s. 163-164.

⁵⁶⁰ Kanık, s. 161.

⁵⁶¹ Bkz., Üçüncü Bölüm Hekimin Tazminat Sorumluluğu, A. Maddi Tazminat, 1. Ölüm Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi Zarar, s. 94 vd.

⁵⁶² Antalya, Genel, 1/2, s. 164. Ayrıca, Yarg. 3. HD., T. 22.01.2018, E. 2016/8953, K. 2018/387 sayılı kararı uyarınca; “...Ayrıca ileride yapılması zorunlu olan estetik giderlerinin önceden istenmesi mümkündür. Davacılar küçüğün yüzündeki yaralanma nedeniyle uygun yaşa geldiğinde estetik ... yaptırması gerektiğini bildirerek, bu giderin de davalıdan tahsilini talep etmiştir. Bu bağlamda, alınacak ... Kurumu raporuna göre küçüğün yüzünde sabit iz kaldığının saptanması halinde estetik ... giderlerinin uzman bilirkişiye hesaplatılarak, hüküm altına alınması gerekirken, mahkemece bu istemle ilgili inceleme yapılmaksızın eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu husus da hükmün bozulmasını gerektirmiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T: 20/03/2023).

⁵⁶³ Çelik, Zarar, s. 220-225.

⁵⁶⁴ Çelik, Zarar, s. 226. Ayrıca, Yarg. 17. HD., T. 06.11.2014, E. 2014/15291, K. 2014/15197 sayılı kararı uyarınca; “Mahkemece talep edilen bahse konu zarar kalemleri için herhangi bir araştırma yapılmamış bu talep yönünden olumlu veya olumsuz herhangi bir kararda verilmemiştir. Olayın niteliği gereği bütün giderlerin belgelendirilmesi olağan hayat tecrübelerine aykırıdır. Bu konuda BK'nun 50. maddesi yol gösterici nitelikte olup aynı zamanda zararın gerçek miktarını belirleyecek olan hakime de bir görev yüklemektedir. Bu durumda davacıya hastaneler dışında yapılan masraflarını (Ulaşım v.s. gibi) kanıtlama imkanı tanınmalı, davacının bu giderlerini kanıtlayamaması halinde belgelenemeyen ancak tedaviye bağlı olarak yapılması olanaklı bulunan ulaşım, refakatçi gideri gibi giderleri yönünden davacının tüm tedavi evraklarını getirtilerek yaralanma derecesi ve iyileşme sürecide gözetilerek uzman doktor bilirkişiden alınacak rapor sonucuna göre BK'nun 50. maddesi gereğince olayın özelliği değerlendirilmek suretiyle bu kalem istekler hakkında karar verilmesi gerekirken olumlu yada olumsuz hiç karar verilmemesi de doğru görülmemiştir.” (www.lexpera.com.tr, E.T: 20/03/2023).

b) Kazanç Kaybı

Kazanç kaybı, hastanın haksız fiile uğramış olmasaydı elde edebileceği muhtemel kazançları ifade eder⁵⁶⁵. TBK m. 54/2'ye göre, kazanç kayıpları da bedensel zararlar kapsamında sayılmıştır. Çalışma gücünün azalması veya yitirilmesi söz konusu olmayan hallerde de kazanç kaybı söz konusu olabilir. Keza, çalışma gücünün azalması veya yitirilmesinden doğan zararalar, kazanç kaybı zararlarıdır⁵⁶⁶. Hastanın, uğradığı haksız fiil neticesinde çalışmadığı süre boyunca, gelir kaybı söz konusu olur. Hastanın, bu süreçte uğradığı gelir kaybını tazminat olarak istemesi mümkündür. Hastanın, uğradığı zararı ispatlaması gerekir⁵⁶⁷. Burada kazanç kaybının hesabı, ihtimallere dayanmaktadır⁵⁶⁸. Hasta, ücret karşılığı çalışan biri ise, yaptığı iş karşılığı aldığı ücret, ek ödemeler, gelecekte elde etmesi muhtemel gelirler hesaba katılır⁵⁶⁹. Kazanç kaybı, her zaman gelir kaybı olarak karşımıza çıkmaz. Ücretli bir işte çalışmayan hastanın, örnek olarak, ev hanımı olan hastanın, iyileşme süresinde ev işlerini yapamaması ve bu süreçte, ev işlerinin yapılması için yardımcıya ödenen ücret de kazanç kaybı olarak değerlendirilmektedir⁵⁷⁰.

Hasta kazanç olarak bir kayba uğramasa dahi, hastanın aynı işi yapanlara göre daha fazla efor sarf etmesi söz konusu ise, efor kaybı da kazanç kaybının hesaplanmasında dikkate alınmaktadır. Yargıtay, zarar hesaplaması yaparken, zarar göreni yaşamını ve çalışma hayatını sürdürebilmesi için daha fazla efor sarfı gerektiği durumları da dikkate almıştır; Yargıtay'ın bir kararına göre, *“Vücut bütünlüğü ihlâl edilen zarar gören kişi hükiim anında tamamen iyileşmiş, çalışma gücündeki azalma ortadan kalmış ise; çalışma gücünün kaybı nedeniyle istenebilecek tazminat, zarar görenin iyileşme anına kadar çalışamaması nedeniyle ortaya çıkan kazanç kayıplarından ibarettir. Buna karşın çalışma gücündeki kayıp daimi nitelikte ise yani maluliyeti sonuçlanmış ise bu durumda yaşam faaliyetleri ve çalışma hayatının sürdürülebilmesi için daha fazla efor sarfı gerektiğinden ortaya çıkan zarar ihlale uğrayanın yaşamı süresince devam edeceğinden yaşam sonuna kadar talep edilebilecektir”*⁵⁷¹.

⁵⁶⁵ Karan Gözpınar, Gülşah, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu (Yüksek Lisans Tezi: Yeditepe Üniversitesi), 2015, s. 102, Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 426.

⁵⁶⁶ Antalya, Genel, 1/2, s. 165.

⁵⁶⁷ Antalya, Genel, 1/2, s. 166.

⁵⁶⁸ Karan Gözpınar, s. 102.

⁵⁶⁹ Özdemir, s. 266.

⁵⁷⁰ Özdemir, s. 266.

⁵⁷¹ Yarg. 17. HD., E. 2013/12363 K. 2014/15750 T. 13.11.2014 (www.lexpera.com.tr, E.T: 20.11.2022).

c) Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar

Zarar gören hastanın, uğradığı zarar neticesinde çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybetmesi söz konusu olabilir⁵⁷². Burada esas alınması gereken husus, hastanın kazancının azalması veya kaybı değil, çalışma gücünde ortaya çıkan azalma veya yitirilmedir⁵⁷³. Hasta zarar görmeden önce çalışıp kazanç elde ediyor olabileceği gibi, işsiz veya çalışmıyor da olabilir⁵⁷⁴. Bedensel zarar nedeniyle çalışma gücünün kaybı, geçici iş göremezlik ve sürekli iş göremezlik olarak karşımıza çıkmaktadır.

i. Geçici iş göremezlik

Geçici iş göremezlik, zarara uğrayan hastanın, kalıcı bir sakatlığı söz konusu olmaksızın, tedavi süresince, iyileşene kadar çalışamaması durumudur⁵⁷⁵. Geçici iş göremezlik zararı, çalışan ve kazanç elde edenler için “kazanç kaybı” olarak gerçekleşir. Kişi, bu dönemde iş ve çalışma kaybına uğraması halinde, kazanç kaybını tazminat olarak isteyebilir. Çalışmayan ve kazancı olmayan kişiler yönünden ise, bu zarar, “güç kaybı” zararı olarak ortaya çıkar⁵⁷⁶. Vücut bütünlüğü ihlal edilen kişi, sakatlığı oranında normalden daha fazla efor sarfettiğinden, tazminat hakkı söz konusu olur. Sonuç olarak, hastanın; ev hanımı, çocuk veya yaşlı olması halinde, tedavi süresince, gelir kaybı söz konusu olamayacağından, bu hallerde, “geçici güç kaybı” zararı hesaplanmalıdır⁵⁷⁷. Örneğin, vücut bütünlüğü ihlal edilen ev hanımı ise, işlerini yapamaması geçici iş göremezlik olarak değerlendirilecektir⁵⁷⁸. Başka bir örnek verecek olursak, hasta çocuk ise, ortaya çıkan zarardan dolayı, günlük yaşantısı veya eğitimi için emsallerine göre daha fazla efor sarf etmesi gerekiyorsa; hasta, fazla sarf ettiği eforu, güç kaybı olarak tazminini isteyebilir⁵⁷⁹.

Bedensel bütünlüğü bozulan hastanın, kendi mesleğini icra etmesi veya patron olması durumunda ise, geçici olarak çalışmadığı süre boyunca kazanç kaybına uğramamak adına bir

⁵⁷² Reisoğlu, s. 226.

⁵⁷³ Şahin, Ayşe, “Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini”, GÜHFD, C XV, S.2, 2011, s. 133.

⁵⁷⁴ Şahin, s. 133.

⁵⁷⁵ Özdemir, s. 261; Çelik, Zarar, s. 132.

⁵⁷⁶ Çelik, Zarar, s. 132.

⁵⁷⁷ Özdemir, s. 262; Kanık, s. 168.

⁵⁷⁸ Kanık, s. 168; Çelik, Zarar, s. 147.

⁵⁷⁹ Şahin, s. 135,136; Çelik, s. 148; Cebe, Mehmet Sinan, Destekten Yoksunluk ve İş Göremezlik Tazminatı ile Aktüeryal Hesap Esasları, Ankara, 2020, s. 174. Ayrıca Yarg. 17 HD. E. 2014/7328, K. 2014/8576, T. 29.05.2014 sayılı kararı uyarınca; “geçici iş göremezlik zararı, 8 yaşından itibaren doktor raporu ile belirlenen 18 aylık iyileşme dönemi bitimine kadar hesaplanmış, sürekli iş göremezlik zararı da iyileşme döneminin bitim tarihinden itibaren başlayarak hesaplanmıştır. Bu durumda; mahkemece hükme esas alınan bu bilirkişi raporunda belirlenen zarar miktarının efor tazminatına ilişkin olmasına ve davacı tarafından da efor tazminatı istenebileceğine göre hesaplama yönteminin doğru olduğunun kabulü gerekir.” (www.hukukturk.com, E.T: 23.03.2023).

başkası, mesleğini idare etmesine yardım ediyor ise, söz konusu yardımın paraya dönüştürülerek karşılığının tazminat kalemi olarak istenebilmesi mümkündür⁵⁸⁰.

Geçici iş göremezlik süresi hesaplanırken, sadece tedavi süresi değil, iyileşme süresinin de hesaba katılması gerekir⁵⁸¹. İyileşme süresi her somut olaya göre farklılık göstermektedir. Hastanın, tedavisi tamamlandıktan sonra uzunca bir süre istirahat etmesi gerekebilir. Geçici iş görmezlik süresi, bu iyileşme süresini de kapsamaktadır⁵⁸².

ii. Sürekli iş göremezlik

Hasta, tedavi süresi sonrasında da tamamen şifa bulamayabilir. Hastanın ihlal sebebiyle çalışma gücünün sürekli olarak azalması veya kaybı durumunda, sürekli iş göremezlik söz konusudur⁵⁸³. Sürekli iş göremezlik, bedende kalıcı zarar, organ kaybı veya organ zayıflaması şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁵⁸⁴. Sürekli iş görmezliği, çalışma gücü kaybına göre, sürekli kısmi iş göremezlik ve sürekli tam iş göremezlik şeklinde ayrı ayrı incelemek gerekir. Sürekli kısmi iş göremezlik, organ eksilmesi veya organ zayıflaması sonucunda çalışma gücünün belirli bir oranda azalması durumudur⁵⁸⁵. Bu şekilde zarar gören, çalışmaya devam edebilse dahi, aynı işi yapanlara göre, sakatlığı oranında daha fazla efor sarfettiğinden tazminat hakkı söz konusu olur⁵⁸⁶. Sürekli tam iş göremezlik ise, zarar görenin çalışma gücünü tamamen yitirmesidir.

Çalışma gücünün sürekli kaybı halinde ortaya çıkan zararın hesaplanmasında;

- › Sürekli iş göremezlik oranı,
 - › Zarar gören hastanın gelir durumu,
 - › Zarar gören hastanın çalışmaya başlama süresi ve muhtemel yaşam bakiyesi,
 - › Devamlı tedavi gerekip gerekmediği
- hususları dikkate alınmalıdır⁵⁸⁷.

Hastanın, müdahale sonucunda vücut bütünlüğünde oluşan eksilme, azalma durumuna, maluliyet denir⁵⁸⁸. Maluliyet oranı, sürekli iş göremezlik zararının belirlenmesinde temel

⁵⁸⁰ Şahin, s. 135.

⁵⁸¹ Özdemir, s. 232.

⁵⁸² Yarg. 4HD., E. 2012/5809, K. 2013/4856, T. 18.03.2013 sayılı karar uyarınca; “Geçici iş gücü kaybı süresinin belirlenmesi için davacının hastaneye sevkine gerek yoktur. Davacıya ait raporlar ve tedavi evrakları eklenerek uzman doktordan iyileşme süresini gösterir rapor alınmalı, buna göre geçici iş gücü kaybı tazminatı hesaplanmalıdır.” (www.hukukturk.com, E.T: 23.03.2023).

⁵⁸³ Kanık, s. 171.

⁵⁸⁴ Özdemir, s. 233.

⁵⁸⁵ Çelik, Zarar, s. 14.

⁵⁸⁶ Çelik, Zarar, s. 14.

⁵⁸⁷ Şahin, s. 136; Eren, Genel Hükümler, s., 747-750.

unsurdur. Bu oran, zarar gören organ veya uzvun türüne ve işlevine göre değişiklik arz edebilir. Çalışma gücündeki gerçek kaybın belirlenmesinde, hastanın mesleği de önemlidir. Hastanın çalışma gücü, meydana gelen zarardan, yürüttüğü mesleğe göre farklı şekilde etkilenebilecektir⁵⁸⁹. Örneğin, müdahale sonucu ayağını kaybeden, masa başı çalışan kişi ile sahada pazarlama yapan kişi açısından ortaya çıkan tıbbi zarar aynı olsa da mesleki açıdan çalışma güçlerine etkisi farklıdır. Bu nedenle, yargılamada ortaya çıkan sakatlığın zarar görenin yürüttüğü meslekte çalışma gücünü hangi oranda etkileyeceğinin bilirkişi marifetiyle tespit edilmesi gerekir⁵⁹⁰.

Ayrıca zarar görenin mesleğine, eğitimine, kişisel durumuna ve yaşına uygun düştüğü ölçüde, hastadan başka işte çalışması istenebilir. Ancak, yeni mesleğinde çalışma gücünün daha az oranda azalacağı hususu tespit edilmiş olmalıdır⁵⁹¹. Bu durumda, zarar görenin ilk mesleği ile yeni mesleği arasındaki farka göre zarar hesaplaması yapılır⁵⁹². Maluliyet raporunun, üniversite hastanelerinin adli tıp anabilim dalı bölümünden veya adli tıp kurumundan alınması gerekir. Maluliyet raporu, zarar görenin şikayetlerinin ve ihlalin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan yönetmelik veya tüzüğe göre düzenlenir⁵⁹³.

Tazminat hesaplamasında dikkate alınması gereken unsurlardan bir diğeri ise, zarar görenin geliridir. Zarar görenin geliri ne kadar fazla ise, tazminat miktarı da o kadar fazladır. Tazminat hesaplamasında esas alınan gelir, hastanın ihlalin gerçekleştiği zamanki geliridir⁵⁹⁴. Zarar gören, asgari ücret üstünde çalıştığını ispatlayamaz ise geliri, net asgari ücret üzerinden değerlendirmeye alınır⁵⁹⁵. Aynı şekilde zarar gören, zararın gerçekleştiği zamanda çalışmıyor ise, net asgari ücret üzerinden hesaplama yapılır⁵⁹⁶. Ayrıca, yargılama esnasında zarar görenin ileriki yıllarda alacağı terfiler ve ücretindeki artışlar da hesaba katılarak bilirkişilerce inceleme yapılır⁵⁹⁷.

Çalışmaya başlama zamanı ve muhtemel yaşam bakiyesi de bedensel zararın ve tazminatın hesaplamasında belirleyici nitelikte olan diğer bir unsurdur. Vücut bütünlüğü ihlal edilen hastanın gelir kaybı, ihlal gerçekleşmeseydi hastanın gelir elde edebileceği süre ile

⁵⁸⁸ Çelik, Zarar, s. 351.

⁵⁸⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 748.

⁵⁹⁰ Şahin, s. 137.

⁵⁹¹ Şahin, s. 138.

⁵⁹² Eren, Genel Hükümler, s. 748.

⁵⁹³ [İhlalin gerçekleştiği tarih, 11.10.2008 tarihi öncesi ise “Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü”, 11.10.2008-01.09.2013 tarihleri arası ise, “Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği”, 01.09.2013 tarihinden sonra ise, “Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği’ne” göre rapor düzenlenir].

⁵⁹⁴ Berberoğlu Yenipınar, s. 32.

⁵⁹⁵ Kanık, s. 179-180.

⁵⁹⁶ Özdemir, s. 236.

⁵⁹⁷ Özdemir, s. 236.

sınırlı olarak hesaplanır⁵⁹⁸. Çalışma süresi, zarar görenin yaşı, sağlık durumu, mesleği gibi hususlar dikkate alınarak hesaplanır⁵⁹⁹. Tazminat miktarı hesaplanmasında, zarar görenin çalışıp kazanç elde etmeye başlayacağı zamandan, çalışma süresinin sonuna kadar olan kısım göz önüne alınmak suretiyle değerlendirme yapılır. Zarar gören 18 yaşından küçük ise, yaşadığı şartlar, aile durumu ve eğitimi gözetilerek muhtemel çalışmaya başlama yaşı tespit edilir⁶⁰⁰. Çalışmaya başlama süresi genellikle 18 yaş olarak hesaba katılır. Eğitime devam edenler için daha ileri yaşlar çalışma yaşı olarak tayin edilir⁶⁰¹. Yargıtay kararlarına göre, “aktif devre 60 yaşa kadar, pasif devre 60 yaşından bakiye ömür sonuna kadar olan devredir. Aktif dönemden amaçlanan iş görebilirlik çağıdır. Yani; sigortalının, olağan olarak işinde çalışabilme gücünün devam süresidir ki, bu da Yargıtay’ca benimsenen görüşe göre, kural olarak 60 yaşa kadar sürer”⁶⁰². Çalışma yaşı olarak olağan işlerde 60-65 yaş, sınır; ağır işlerde ise, 50 yaş, sınır olarak kabul edilmektedir. 60 yaş tamamlandıktan sonra ortalama bakiye süresine göre pasif devre zararı hesaplanır⁶⁰³. Muhtemel yaşam süresinin tespitinde ise, 1931 tarihli Fransız PMF yaşam tablosu ve TRH 2010 yaşam tablosu kullanılmaktadır⁶⁰⁴.

Tazminat hesaplanmasında dikkate alınması gereken son unsur ise, devamlı tedavinin veya ameliyatın gerekip gerekmediğidir. Hastanın taburcu olduktan sonra da tedavisinin devamı söz konusu olabilir. Bu hallerde de zarar verenin sorumluluğu devam eder.

Zarar gören, uğradığı zararın azaltılması için gerekli tedbirleri almak ile yükümlüdür⁶⁰⁵. Hasta, zararının azalması için makul bir insandan alması beklenen tedbirleri almaz ise, bu durum, tazminattan indirim sebebinin oluşturur⁶⁰⁶. Hasta, zararın azaltılması için uygulanacak tedaviden veya ameliyattan haklı nedeni olmaksızın kaçınır ise, uğradığı zararı azaltma veya zararın artmasına engel olma yükümlülüğüne aykırı davranmaktan hastaya kusur yükletilebilir⁶⁰⁷.

⁵⁹⁸ Şahin, s. 139.

⁵⁹⁹ Özdemir, s. 237; Kanık, s. 179.

⁶⁰⁰ Şahin, s. 140.

⁶⁰¹ Şahin, s. 140.

⁶⁰² Yarg.10. HD., E. 2014/26473 K. 2016/7761 T. 9.5.2016, (www.lexpera.com, E.T: 01.11.2022).

⁶⁰³ Gökcan, s. 238; Antalya, Genel 1/2, s. 168.

⁶⁰⁴ Çelik, Destekten Yoksunluk, s. 136.

⁶⁰⁵ Şahin, s. 140-141.

⁶⁰⁶ Özdemir, s. 239.

⁶⁰⁷ Şahin, s. 141.

d) Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar

Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar, bedensel zarara uğrayan kişinin bu zarar sebebiyle elde edemeyeceği kazançlardır⁶⁰⁸. Bedensel zarara uğrayan hastanın işgücünü azaltan hastalığı veya sakatlığı söz konusu olması durumunda, ekonomik geleceğinin sarsıldığından söz edilir. Belirtmek gerekir ki, bedensel zarara uğrayan hastanın, iş gücünü azaltan geçici veya sürekli sakatlık hali söz konusu olmadığı durumda da ekonomik geleceğini sarsan maddi kayıpları olabilir⁶⁰⁹. Hastanın uğradığı zarar, hastanın çalışma gücünü etkilememiş olsa dahi, hastanın, mesleğinde gelişmesinin veya ilerlemesinin tehlikeye girmesine veyahut mesleğini kaybetmesine neden olabilir⁶¹⁰. Örneğin, yüzünde yara izi oluşan mankenin çalışma gücü azalmasa dahi, kariyer anlamında geleceğinin sarsılması veya sağ elini kullanan öğretmen sol elini kaybetmesi sonucu çalışma gücünün azalması söz konusu değil iken, iş bulmada zorluklar yaşaması, ekonomik geleceğin sarsılmasına örnek olarak verilebilir⁶¹¹.

Yargıtay, bir kararında, vücut bütünlüğü ihlal edilen kişinin, çalışma gücünde kayıp söz konusu olmasa dahi, ekonomik geleceğinin sarsılması söz konusu olabileceğinden, zarar gören lehine tazminata hükmetmiştir. İlgili karara göre; “*Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin bu ihlâl nedeniyle ekonomik geleceği sarsılmış olabilir. Bu tür zararlar çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybı nedeniyle ortaya çıkan zararlar dışında ekonomik geleceğin sarsılmasının meydana getirdiği zararlardır. Ekonomi geleceğin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zararlar müstakbel zararlardır ve bu zararlar çalışma gücünde bir azalma olmasa dahi meydana gelmektedir. Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişi çalışma gücünde bir azalma meydana gelmese dahi, iş piyasasında yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekmekte veya aynı işte çalışsa dahi, ihlâlden öncesine nazaran daha çok emek sarf etmek zorunda kalmaktadır. Hatta bu kişiler ihlâl fiili neticesinde işlerinden tamamen de çıkarılabilirler. Zarar görenin genç bir kız olması halinde bu kişinin evlenme şansının azalması veya beden şeklinin önemli derece değişmesi nedeniyle kaybetmesi ya da mesleğinde yükselmesine engel olması gibi hallerde de zarar görenin ekonomik geleceğinin sarsıldığından bahsedilir.*”⁶¹².

⁶⁰⁸ Şahin, s. 142; Antalya, Genel 1/2, s. 170.

⁶⁰⁹ Yavuz İpekyüz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 43.

⁶¹⁰ Antalya, Genel 1/2, s. 170.

⁶¹¹ Özdemir, s. 270-271; Şahin, s. 142-143.

⁶¹² Yarg. 17. HD., E. 2016/14748 K. 2019/6839 T. 27.5.2019 (www.lexpera.com.tr, E.T: 24.03.2023).

Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararın hesaplanmasında, bedensel bütünlüğü zarara uğrayan hastanın, zarara uğramasaydı elde edeceği kazanç ile tıbbi müdahale sonucunda gelecekte elde etmesi muhtemel olan kazançlar karşılaştırılır.

B. Manevi Tazminat

Manevi zarar, kişinin, kişilik haklarının hukuka aykırı olarak zarara uğraması sonucunda manevi değerlerinde meydana gelen eksilmedir⁶¹³. Kişilik hakları saldırıya uğrayan kişi, bu saldırı neticesinde duyduğu acı, elem ve ızdırap karşılığında zarar verene karşı, manevi tazminat talebinde bulunabilir⁶¹⁴. Kişilik hakkı, kişilerin; yaşama hakkı, beden bütünlüğü, özel yaşamı, sağlık hakkı, onuru, haysiyeti, özgürlüğü, aile ve toplumsal saygınlığı gibi değerleri üzerindeki hakkını ifade eder⁶¹⁵.

Manevi tazminat, malvarlığında meydana gelen zararın karşılanmasına değil, kişinin manen tatminini sağlamaya yönelik bir tazminat türüdür⁶¹⁶. Kişi, hukuka aykırı fiil sonucu, duyduğu ızdırabı subjektif olarak ortaya koymak zorunda değildir. Kişinin yaşadığı olay neticesinde üzüntüsünün varlığı kabul edilebiliyor ise, manevi zarar doğmuş kabul edilir⁶¹⁷.

Manevi tazminat, TBK'nın 56. maddesinde, şu şekilde düzenlenmiştir, [*Hakim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir*]. Türk Borçlar Kanunu'na göre, manevi tazminata hükmedilebilmesi için, tazminat talebinde bulunanın bedensel bütünlüğünün ihlal edilmiş olması ve bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin manevi zarara uğramış olması gerekir. Manevi zararın gerçekleşmesi için, kişinin hukuken korunan

⁶¹³ Ergün, s. 330; Yavuz İpekyüz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 36.

⁶¹⁴ Özdemir, s. 330.

⁶¹⁵ Kayıhan/Ünlütepe, s. 284-285.

⁶¹⁶ Koçak, Nazım Taha, "Tam Yargı Davalarında Zararın Hesaplanmasına İlişkin İlkeler", Adalet Dergisi, S. 67, 2021, s. 347, Ayan, s. 122, Aşçıoğlu, s. 101.

⁶¹⁷ Aşçıoğlu, s. 102; Erlüle, Fulya, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara, 2015, s. 133.

kişilik değerlerine yönelik herhangi bir saldırının varlığı yeterli olup, zarar görenin, kişilik haklarına yapılan saldırıyı subjektif olarak hissedip hissetmemesi önemli değildir⁶¹⁸.

TBK'nın 56. maddesiyle, sadece bedensel bütünlüğü ihlal edilene değil, belirli şartların varlığı halinde, zarar görenin yakınlarına da manevi tazminat talep etme imkanı tanınmıştır⁶¹⁹. Zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talep edebilmeleri için, zarar görenin hukuka aykırı fiil neticesinde ağır bedensel zarar görmesi veya ölmesi aranmaktadır. Ayrıca, zarar görenin yakınlarının, hukuka aykırı fiil neticesinde zarar gören kadar etkilenmiş olmaları ve zarar görenle birlikte yaşam koşullarının da sürekli olarak değişmiş olması gerekmektedir⁶²⁰.

Zarar görenin 'yakını', kavramını açıklamakta fayda vardır. Ağır bedensel zarara uğrayan ile yakın olduğu iddia edilen kişi arasında, düzenli ve yoğun ilişkinin varlığı aranmaktadır⁶²¹. Bir kimsenin, zarar görenin yakını sayılabilmesi için, zarar gören ile fiili aile veya sevgi

⁶¹⁸ Erlüle, s. 133. Ayrıca bkz., Yarg. HGK., E. 2017/1401 K. 2021/402 T. 1.4.2021 kararı uyarınca; "Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Duyulan acı, çekilen ızdırap manevi zarar değil, onun görüntüsü olarak ortaya çıkabilir. Acı ve elemine manevi zarar olarak nitelendirilmesi sonucu, tüzel kişileri ve bilinçsizleri; öte yandan, acılarını içlerinde gizleyenleri tazminat isteme haklarından yoksun bırakmamak için yasalar manevi tazminat verilebilecek bazı olguları özel olarak düzenlemiştir. Bunlar kişilik değerlerinin zedelenmesi [Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 24], isme saldırı (TMK m. 26), nişan bozulması (TMK m. 121), evlenmenin butlanı (TMK m. 158/2), boşanma (TMK m. 174/2) bedensel zarar ve ölüme neden olma [818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) m. 47, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 56] durumlarından biri ile kişilik haklarının zedelenmesi (818 sayılı BK m. 49, 6098 sayılı TBK m. 58) olarak sıralanabilir." (www.lexpera.com.tr, E.T: 26/03/2023).

⁶¹⁹ Çakırca, Seda İrem, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi", Yaşar Üniversitesi E- Dergisi, C, 8, S. Özel Sayı, 2013, s.796; Çelik, Zarar, s. 528.

⁶²⁰ Çelik, Zarar, s. 528, 539; Erlüle, s. 272-273. Ayrıca Yarg. 4. HD., E. 2018/1960 K. 2019/6280 T. 24.12.2019 kararı uyarınca; "Olay tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi; Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir" şeklindedir. TBK'nun 56/2. maddesinde, ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının uğradıkları zararlar düzenlenmiştir. Bu gibi kimselerin, yakınlarına duygusal bağları açısından, bir yakının bedensel bütünlüğünün ihlalinde, doğrudan doğruya kendi kişilik hakkı açısından saldırıya uğradığı ve bu nedenle manevi tazminat isteyebileceği kabul edilmiştir. Bir kimsenin cismani zarara maruz kalması durumunda onun (ana, baba, eşler, kardeş, nişanlı gibi) yakınlarından birinin aynı eylem nedeniyle hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde haleldar olmuşsa, onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda onların zararları ile haksız eylem arasında illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibarıyla onların da ihlal edilen normun (56. maddenin) koruma alanı içinde bulunduklarının ve hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğinin ve manevi tazminat talep edebileceklerinin kabulü gerekir. Somut olayda dosya kapsamında bulunan raporlara göre; davacı ...'nın geçirdiği kaza sonucunda vücut genel çalışma gücünden % 100 oranında kaybettiği, sürekli olarak iş görmezlik halinde kaldığı, devamlı surette başka birinin bakımına muhtaç olduğu ve ağır bedensel zarara uğradığı anlaşılmaktadır. Davacı anne, olay tarihinde yürürlükte olan 6098 sayılı TBK'nun 56/2. maddesi uyarınca kızının ağır yaralanması nedeniyle manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Davacının manevi tazminat isteme hakkı, velayet hakkına bağlı olmayan ve ağır yaralananın annesi sıfatıyla istenmiş bir manevi tazminattır. Davaya konu olayın davacı annede manevi zarar doğuracağı açıktır" (www.lexpera.com.tr, E.T: 26/03/2023).

⁶²¹ Çelik, Zarar, s. 537.

bağlarının varlığı gerekmektedir⁶²². Destek kavramında olduğu gibi, yakın kavramını da mirasçı kavramı ile özdeşleştirmek gerekir. Kişi, zarar görenin yakını olduğu halde, mirasçısı olmayabilir veya yakın ilişki içinde olmadığı halde mirasçısı olabilir. Aynı şekilde, yakın kavramı, destek kavramından da farklıdır. Bakım ilişkisi yoksa, kişi, zarar görenin çok yakını olsa dahi, destekten yoksun kalma tazminatı isteyemez⁶²³. Yakın kavramına, ölenin veya zarar görenin yakın ilişkide olduğu eşi, çocukları, kardeşleri, anne ve babası, ölenle veya zarara görenle bir arada yaşayan akrabaları, derin sevgi bağı olan arkadaşları ve nişanlısının girdiği kabul edilmelidir⁶²⁴. Uygulamada, Yargıtay kural olarak, yakın kavramını, ölenin veya zarar görenin eşi, çocukları, anne ve babası şeklinde çok yakınlarıyla sınırlı tutmuştur⁶²⁵. Ancak,

⁶²² Erlüle, s. 264; Aşçıoğlu, s. 102. Ayrıca bkz. Yarg. 15 HD., E. 1975/3, K. 1975/3366, T. 2.07.1975 kararına göre, “ ölenin ailesi de manevi tazminat isteyebilir. Bu yasa hükmündeki ailesi sözünün, ölenin yakınları diye yorumlanması için, ölen ile eylemli aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan aile hukuku çevresinde yakınlık değil, duygusal yakınlıktır.” (www.hukukturk.com, E.T.: 28/03/2023).

⁶²³ Antalya, Genel 1/2, s. 263; Doğramacı, Yakup Gökhan, Tıbbi Uygulamadan Kaynaklanan Manevi Tazminat, Ankara, 2022, s. 274-275.

⁶²⁴ Aşçıoğlu, s. 102; Erlüle, s. 265; Antalya, Genel 1/2, s. 263. Ayrıca bkz. Yarg. 17 HD. E. 2015/1398, K. 2015/10659, T. 15.10.2015 kararı uyarınca; “ müvekkilinin kaza nedeniyle çehresinde sabit iz kaldığını, epilepsi hastası olduğunu, en yakın arkadaşının ölümü nedeniyle telafta edilemez şekilde derinden acılar yaşadığını, yeni aldığı aracının kullanılmaz hale geldiğini belirterek 4.819,00 TL araç hasarının tüm davalılardan (sigorta şirketleri polise limitiyle sorumlu olmak üzere) olay tarihinden işleyecek yasal faiziyle 20.000,00 TL manevi tazminatın sigorta şirketleri dışındaki davalılardan olay tarihinden işleyecek yasal faiziyle müştereken ve müteselsilen tahsilini talep etmiştir... manevi tazminatın takdirinde B.K.nun 47.maddesindeki özel haller dikkate alınarak hak ve nesafet kuralları çerçevesinde hüküm kurulmuş olmasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün ONANMASINA oybirliği ile karar verilmiştir.” (www.hukukturk.com, E.T: 28/03/2023).

⁶²⁵ Antalya, Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul, 2017, s. 69-70; Doğramacı, s. 275. Ayrıca bkz. Yarg. HGK. E. 1995/122, K. 1995/430, T. 26.04.1995 kararı uyarınca; “Maddesi uyarınca, hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye ...manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir. Madde hükmünün bu açıklığı nedeniyle, manevi tazminat talep etmek hakkı, doğrudan doğruya cismani zarara duçar olan kişiye tanınmaktadır; yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyan kişiler ise (ihlal edilen hukuk normunun korumak istediği kişiler kategorisine girmediklerinden) manevi tazminat isteyemezler. Hal böyle olduğuna göre, doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan yalnızca maddi sağlık bütünlüğü ihlal edilen kişi midir, aynı eylem neticesinde birden ziyade kişinin doğrudan doğruya zarar görmesi mümkün olamaz mı sorularına cevap vermek gerekmektedir. Bu sorunun çözümlenebilmesi için de, öncelikle cismani zarar kavramı üzerinde durulmalıdır. Gerçekten B. Kanununun 46 ve 47. maddelerindeki cismani zarar kavramına ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerinde girdiği, bu maddelerle sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil, ruhi ve asabi bütünlüğün de korunduğu doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Cismani zarar kavramına, (ruhi bütünlüğün ihlali, sınır bozukluğu veya hastalığı (ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü) gibi hallerin de girdiği kabul edildiğine göre; eğer bir kimsenin cismani zarara maruz kalması sonucunda, onun (ana, baba, karı, koca gibi) Çok yakınlarından birinin de (aynı eylem nedeniyle) hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde haleldar olmuşsa onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibarıyla onların da ihlal edilen normun (BK. m. 47) koruma amacı içinde bulunduklarının (Hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğinin) kabulü gerekir. Başka bir anlatımla, böyle hallerde, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara maruz kalma söz konusudur” (www.hukukturk.com, E.T: 28/03/2023).

kişinin, zarar gören ile içsel, duygusal yakınlığını ve zarar sebebiyle derinden sarsıldığını ispatlaması halinde, Yargıtay, kişi lehine manevi tazminata hükmedebilir⁶²⁶.

TBK 56/2. maddesine göre, manevi tazminat hakkı, zarara uğrayan kişinin durumunun ağır olması veya ölmesi koşuluna bağlanmıştır. TBK 56. maddesine ilişkin olarak, Adalet Komisyonu Raporunda, “Ağır bedensel zararın taktirinde, zarara uğrayan organların önemi, oluşan iş göremezlik oranı, uğranılan ruhsal zararın niteliği ve diğer durumlar gözetilecektir.” denilmek suretiyle, ağır bedensel zararın kapsamının hangi şartlara göre belirleneceği, ortaya konulmuştur⁶²⁷.

Buna ilişkin olarak, Yargıtay bir kararında, zarar görenin hukuka aykırı eylem sonucunda sadece 10 gün işe gidememesi halinde, zarar görenin kardeşinin manevi tazminat istemini, manevi zarara uğramadığından bahisle reddetmiştir. İlgili karar şu şekildedir; *“bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda, onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinde aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin eyleme uğrayan yakın kişi %100 iş göremez duruma gelmişse) onların manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumda onların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama söz konusudur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.4.1995 gün ve 1995/11-122, 1995/430 23.9.1987 gün ve E. 1987/9-183 K. 1987/655 sayılı kararları da aynı esaslara dayanmaktadır. Olayda, 21.1.1998 tarihinde 22 yaşında olan davacılarından A.A. ile G 'nin kızı, diğer davacıların kardeşi S. geçirdiği iş kazası sonucu 10 gün iş ve gücünden kalır şekilde yaralandığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. İş göremezlik oranı ve diğer kanıtlara göre B. ağır bir cismani zarara uğramamıştır. Hal böyle olunca davacıların ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır bir şekilde bozulduğunu söylemek mümkün değildir.”*⁶²⁸.

Yargıtay başka bir kararında ise, trafik kazası sonucunda, zarar görenin yüzünde sabit iz oluştuğu ve %33,2 oranında maluliyet oranı belirlendiğinden bahisle, zarar görenin eşi ve çocukları yönünden de manevi tazminata karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. İlgili karar

⁶²⁶ Doğmacı, s. 275; Özdemir, s. 336. Ayrıca bkz. Yarg. 4 HD., E. 2004/10862, K. 2005/5058, T. 9.05.2005 kararı uyarınca; [dava ölümlü trafik kazası nedeniyle manevi tazminat isteğine ilişkindir. Davacı T. B. ölenin gelini ve yeğenidir. Adı gecen davacının eşi çok önceden ölmüş olmasına rağmen, dava konusu olay sonucu ölen kayınpederi ile kişisel ilişkilerini sıkı şekilde devam ettirdiği, hatta iki çocuğunun ölen tarafından bakılıp büyütüldüğü anlaşılmaktadır. Böylece aralarındaki akrabalık bağları ve kişisel ilişkilerin derecesi gözetildiğinde davacı T. B. yararına da manevi tazminat taktiri gerekir. Yerel mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan T. B. 'ın manevi tazminat isteğinin reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir] (www.hukukturk.com, E.T: 28/03/2023).

⁶²⁷ Çelik, Zarar, s. 532; Antalya, 266; Erlüle, 362.

⁶²⁸ Yarg. 21. HD., E. 2001/3658, K. 2001/3777, T. 15.05.2001(www.hukukturk.com, E.T: 28/03/2023).

şu şekildedir; “Dava, trafik kazası sonucu yaralanma nedeni ile uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemine ilişkindir. Yerel Mahkemece, istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir...Yerel Mahkeme, davacı kazada yaralanan C..C.. yönünden manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne, eşi ve çocuklarının manevi tazminat istemlerinin reddine karar vermiştir. Davacıların, yaralanana yakınlık dereceleri ile kaza neticesinde davacı C..C..’ın hafif derecede organik beyin sendromu, kafatasında çökük, psikomotor yavaşlama ve yüzündeki sabit eser nedeni ile %33.2 oranında malul olmuş olması göz önüne alındığında, davacılar S. C., C. C. ve M. C. uygun bir manevi tazminat verilmesi gerekirken bu davacılar yönünden istemin tümünden reddedilmesi doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”⁶²⁹.

Manevi tazminat miktarı belirlenirken bedensel zararın boyutu, bedensel zarar nedeniyle günlük hayatının- iş hayatının nasıl etkilendiği, iyileşme süresi, iyileşme döneminde aldığı tedaviler, iyileşme süresince çektiği acılar, zararın kalıcı hasar, iz bırakıp bırakmadığı, ilgililerin sosyal ekonomik durumları gibi hususlar dikkate alınarak hesaplama yapılmalıdır⁶³⁰.

Bununla birlikte, manevi tazminat miktarı belirlenirken, zarara verenin kusur oranının dikkate alınıp alınamayacağı hususuna değinmek gerekir. Her ne kadar, TBK’nın manevi tazminat başlıklı 56. maddesinde kusurdan bahsedilmemiş ise de TBK’nın 48. maddesinde; [Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür] ve 51. maddesinde; [Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler] şeklinde yapılan genel düzenlemelerle, manevi tazminat sorumluluğu için kusurun varlığının arandığı açıkça belirtilmiştir. Yargıtay’da, manevi tazminata hükmedebilmek için zarar verenin kusurlu olması aramaktadır. Ancak, Danıştay’ın, hekime kusur atfedilemeyecek durumlarda dahi, manevi tazminata hükmedebildiği, kararları mevcuttur⁶³¹.

Yargıtay kararlarında ise, zarar gören lehine manevi tazminata hükmedilebilmesi için zarar verenin kusur oranının önemli olduğu vurgulanmıştır⁶³². Buna ilişkin olarak, Yargıtay’ın bir kararında⁶³³, “Manevi tazminatın miktarı belirlenirken kişilik hakkına saldırı

⁶²⁹ Yarg. 17 HD., E. 2013/11966, K. 2014/18407, T. 11.12.2014, (www.hukukturk.com, ET: 28.03.2023).

⁶³⁰ Koçak, s. 348; Özdemir, s. 331; Erlüle, s. 370.

⁶³¹ Hakeri, s. 1182.

⁶³² Yarg., 23. HD., E. 2017/767 K. 2017/3547 T. 30.11.2017; Yarg. 17. HD., E. 2016/5539 K. 2019/2997 T. 14.3.2019 (www.lexpera.com.tr, E.T: 23.03.2023).

⁶³³ Yarg. 13. HD., E. 2016/6167 K. 2018/2180 T. 20.2.2018, (www.lexpera.com.tr, E.T: 23.11.2022).

oluşturan eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranı, sıfatı, iştigal ettikleri makam ile diğer sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınmalı, her olaya göre değişebilecek özel durum ve koşullar bulunabileceği gözetilerek, takdir hakkını etkileyebilecek nedenler karar yerinde denetime elverişli biçimde ve objektif olarak gösterilmelidir. Manevi tazminat davaları sonucunda hükmedilecek para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirebilecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bu para bir ceza olmadığı gibi hükmedilecek manevi tazminatla bu malvarlığı zararlarının karşılanması da amaçlandığından tazminat miktarının onun amacına göre belirlenmesi gerekir. Bu nedenle, takdir edilecek miktar elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır” şeklinde hüküm tesis edilmiştir⁶³⁴.

Danıştay’ın bir kararında ⁶³⁵ ; “Diyarbakır Devlet Hastanesi ve Dicle Üniversitesi Hastanesi’nde sunulan sağlık hizmetleriyle ilgili olarak sözü edilen eksiklikler ile çocuğun ölümü arasında illiyet bağı kurulamamış ise de; belirtilen eksikliklerin davacılar da sağlık hizmetinin gerektiği gibi yürütülmediği yönünde endişe ve üzüntüye yol açtığı görüldüğünden, davacıların duydukları acı ve üzüntünün kısmen de olsa hafifletilmesi amacıyla manevi tazminat taleplerinin değerlendirilmesi gerekirken davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir” şeklinde karar verilerek, hastanın ölümünde, hekime kusur atfedilemediği halde, hekimin manevi tazminat sorumluluğundan söz edilebileceği yönünde karar vermiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kusursuz sorumluluk hallerinde (TBK m. 66 ve TBK m. 116), hekimin sorumluluğunun doğması açısından kusur şartı aranmaz⁶³⁶. Bir kişinin bedensel bütünlüğünü, hukuka aykırı olarak ihlal eden kimsenin, manevi zarardan sorumlu olabilmesi için, kusurunun olması veya kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir kusursuz sorumluluk halinin bulunması gerekir⁶³⁷.

C. Tazminat Miktarının Belirlenmesi ve İndirim

Tazminat miktarı belirlenirken, öncelikle ortaya çıkan zararın belirlenmesi gerekir. Zararın ortaya konulduğu, ancak miktarının tam olarak ortaya konulamadığı durumda, hakim, TBK m. 50/2 uyarınca, taktir hakkını kullanarak zararın miktarını tespit eder⁶³⁸. Zarar miktarı belirlendikten sonra, hakim, tazminat miktarını ve ödeme biçimini; durumun şartlarına ve

⁶³⁴ Aynı görüş için bkz. Özdemir, s. Karan Gözpınar, s. 110-111.

⁶³⁵ Danıştay 15 HD, E. 2013/11764, K. 2018/3886, T. 19.04.2018, (www.hukukturk.com, ET: 23.11.2022).

⁶³⁶ Erlüle, s. 372.

⁶³⁷ Erlüle, s. 475.

⁶³⁸ Oğuzman/Öz, C II, s. 113-114; Özdemir, s. 362.

tarafların kusur oranına göre belirler⁶³⁹. Hakim, TBK m. 52’de belirtilen indirim sebeplerinin varlığı halinde, hakkaniyet gereği tazminatta indirim yapması gerekiyorsa, indirim sebeplerini göz önünde bulundurarak, tazminat miktarını belirlemesi gerekir⁶⁴⁰.

TBK m. 52’de; *[Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir]* şeklinde düzenleme yapılarak, indirim sebepleri belirlenmiştir.

Madde kapsamında, zarar görenin, zarar doğuran fiile rıza göstermesi halinde, hakim, tazminat miktarını indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarar görenin rızasının varlığı, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmadığı hallerde, tazminattan indirim sebebidir⁶⁴¹. Ancak, zarar görenin rızasının varlığı, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıyorsa, kural olarak, tazminat hakkı söz konusu olmaz. Şu kadar ki, rızayı aşan bir zarar doğmuş ise, rızanın varlığı, tazminattan indirim sebebi olur⁶⁴².

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, hastanın müdahale hakkında aydınlatılması ve rızasının alınması gerekmektedir⁶⁴³. Hastanın aydınlatılmış rızası alınarak yapılan tıbbi müdahalede, hekim, kusuru ile zarara sebep olmuş ise; rızanın varlığı, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz, sadece tazminattan indirim sebebi olur⁶⁴⁴.

Zarar görenin, ortalama bir insandan beklenen davranışı göstermeyip, zararın doğmasına veya artmasına sebep olmasına ortak kusur denir⁶⁴⁵. Zararın meydana gelmesinde, hekimin hukuka aykırı fiili yanında, zarar gören hastanın kusuru da sebep olmuş ise, bu durum tazminattan indirim sebebi, hatta tazminatın ortadan kaldırılması sebebi olabilir.⁶⁴⁶

⁶³⁹ TBK m. 51/1: *[Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler]*.

⁶⁴⁰ Oğuzman/Öz, C II, s.118.

⁶⁴¹ Çelik, Zarar, s. 411; Ayan, Genel Hükümler, s. 332.

⁶⁴² Çelik, Zarar, s. 411.

⁶⁴³ Hakeri, s. 259, 260; Özdemir, s. 38; Savaş, s. 34; Ateş, s.66.

⁶⁴⁴ Çelik, Zarar, s. 412; Özdemir, s. 364.

⁶⁴⁵ Antalya, Genel 1/2, s. 651; Ayan, Genel Hükümler, s. 332. Ayrıca bkz. dn. 602

⁶⁴⁶ Özdemir, s. 364. Ayrıca bkz. Yarg. 17. HD., E. 2016/3316, K. 2018/12004, T. 11.12.2018 kararı uyarınca; “Müterafik kusur; aynı şartlar altındaki makul, dürüst ve ortalama bir kişinin, kendi menfaati icabı, zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması gereken bir davranış tarzını ifade etmektedir. Zararın doğumu ya da artmasına yol açan fiil, zarar görenin davranışlarından ileri gelmişse müterafik (ortak) kusurdan söz edilir. Buna göre, müterafik kusur indirimi için zarar görenin, zararı önleyici ya da azaltıcı tedbirleri almamasında kusurlu olması aranmaktadır.”.

Hastanın, zarar meydana geldikten sonra, davranışlarıyla zararın artmasına sebep olması da tazminattan indirim sebebidir. Hasta, dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisinden beklenen, zararı azaltma veya zararın artmasına engel olma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, kusurludur⁶⁴⁷. Hastanın, zararın artmasını önleyecek tedbirleri almaması ve bunun sonucunda zararın artması durumunda hastanın ortak kusuru söz konusu olur⁶⁴⁸. Hastanın tedavisi için gerekli egzersizlerini yapmaması veya kullanması gereken ilaçları kullanmaması, hastanın zararın artmasına neden olabileceği davranışlara, örnek olarak verilebilir.

Zarar veren, zarara, hafif kusuru ile neden olmuş ve zarar verenin tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşmesi söz konusu ise, hakim, hakkaniyet gereği tazminat miktarında indirim yapabilir (TBK m. 52). Bu kapsamda, indirim uygulanabilmesi için, hekimin, kasten veya ağır kusur ile hareket etmeyip, hafif kusurlu davranışı ile zarara sebebiyet vermiş olması gerekir⁶⁴⁹. Zarar verenin, tazminatı ödemesi halinde yoksulluğa düşmesinden anlaşılması gereken; zarar verenin geçimi için gerekli ihtiyaçlarını, başkasının yardımı olmadan sağlayamayacak duruma gelmesi, önemli ölçüde geçim sıkıntısına düşmesidir⁶⁵⁰. Zarar verenin, tazminatı ödemesi halinde yoksulluğa düşüp düşmeyeceğinin değerlendirilmesi de hakim tarafından yapılır⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Şahin, s. 141.

⁶⁴⁸ Özdemir, s. 367.

⁶⁴⁹ Özdemir, s. 371.

⁶⁵⁰ Antalya, Genel 1/2, s. 563. Ayrıca, Yarg. 17. HD., E. 2015/8372, K. 2015/14639, T. 21.12.2015 sayılı kararına göre; “ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Tazminat miktarının belirlenmesi başlıklı 51. maddesinde; hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğine ve özellikle kusurun ağırlığına göre belirleyeceği belirtilmiş; "Tazminatın indirilmesi" başlıklı 52. maddesinde de; zarar gören taraf zarar doğuran fiile razı olduğu veya kendisinin eylemi zararın doğmasına ya da artmasına etkili olduğu yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırdığı takdirde hakim, tazminatı indirebileceği veya tamamen kaldırabileceği açıklanmış; zarara hafif hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ise hakim, tazminat miktarını hakkaniyete uygun olarak indirebileceği belirtilmiştir. Anılan kanun hükümleri ile düzenlenen müterafik (ortak) kusur indirimi, her somut olayın özelliğine göre olayın meydana geliş tarzı ve zararın artmasında zarar görenin kusurlu davranışının sonuca etkisi değerlendirilerek uygun oranda bir indirim yapılmasını gerektirir.” (www.lexpera.com.tr, E.T: 25/03/2023).

⁶⁵¹ Antalya, Genel 1/2, s. 563. Bkz. Yarg. 13 HD., 2002/11318 E., 2002/12909 K., 28.11.2002 T. kararı uyarınca; “Davacının, ameliyat sırasında davalı doktor tarafından unutulmuş gazlı bez dolayısıyla acı ve üzüntü çektiği kuşkusuzdur. Bu acının maddi zarar gibi parayla ölçülmesine imkan yoktur. Manevi zararın para ile giderilebileceği söylenemez. Buna rağmen bu acı ve üzüntü kısmen de olsa telafi etmek amacı ile bir tazminat ödenmesi ve takdir edilecek tazminatın da bu acı, ızdırıp ve elemle orantılı ve adalete uygun olması gerekir. Bu duruma göre, mahkemece davacı yararına takdir edilen 7.000.000.000 TL manevi tazminat fazla olup, manevi tazminatın amacının gerçekleştirilmesini sağlayacak tutarda bulunmamaktadır. Hal böyle olunca davada olayın oluş biçimi, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre, makul bir tazminat miktarına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.” (www.hukukturk.com, E.T: 28/03/2023).

II. TAZMİNAT DAVASINDA TARAFLAR VE YARGILAMA USULÜ

A. Davacı

Tıbbi müdahale sonucu doğrudan maddi veya manevi zarara uğrayan hasta, zararlarının tazmini için dava açabilecek kişilerin başında gelir. Zarar gören hasta, ayırt etme gücüne sahip değil veya ayırt etme gücüne sahip olsa dahi, küçük veya kısıtlı ise, fiil ehliyeti bulunmadığından maddi tazminat davasını açamaz. Bu durumda, hastanın yasal temsilcisi tazminat isteminde bulunabilir. Manevi tazminat davasında ise, durum farklıdır. TMK m. 16 uyarınca, [*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir*]. Manevi tazminat isteme hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı, manevi tazminat davasını kendisi açabilir⁶⁵². Öğretide, bir görüş, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin, algılama ve acı, elem ve ızdırabı hissetme yeteneğinden yoksun oldukları için manevi tazminat davası açamayacaklarını ileri sürmektedir⁶⁵³. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi adına, manevi tazminat davasının, yasal temsilcileri tarafından açılabileceği kabul edilmektedir⁶⁵⁴. Bu görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip olmamak, kişinin insan olma özelliğine zarar vermediği gibi, bu kişilerin, kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümlerden yararlandırılmaması da eşitlik ve adalet düşüncesine aykırılık teşkil eder. Ayrıca, kanunda, ayırt etme gücüne sahip olmayanların, manevi tazminat talep edemeyeceğine dair bir düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle, istisna tanınarak, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar adına, yasal temsilcilerinin manevi tazminat talep edebilmesi gerekmektedir⁶⁵⁵.

Destekten yoksun kalma tazminatını ise, mirasçılık sıfatından bağımsız olarak, hastanın vefat etmesiyle, onun mali destek ve bakımından mahrum kalan kişiler isteyebilir⁶⁵⁶. Aynı şekilde, ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin yanında, zarar görenin yakınları

⁶⁵² Yavuz İpekyüz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 38; Ergün, s. 337; Ayan, Genel Hükümler, s. 326; Eren, Genel Hükümler, s. 799.

⁶⁵³ Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 668.

⁶⁵⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 799; Ayan, Genel Hükümler, s. 326; Erlüle, s. 240.

⁶⁵⁵ Erlüle, s. 240.

⁶⁵⁶ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s. 428; Ayan, Genel Hükümler, s. 321-322; Oğuzman/ Öz, C II, s. 102.

da manevi tazminat talebinde bulunabilirler⁶⁵⁷. Manevi zarar istenebilmesi için hastanın yakınlarının da olay neticesinde manevi olarak zarar görmüş olması aranır⁶⁵⁸.

Hastanın ölümü halinde, mirasçılarının, mirasçılık sıfatı ile maddi tazminat davası açması mümkündür⁶⁵⁹. Ancak hasta sağ iken tazminat hakkından feragat etmesi veya sulh olması söz konusu ise, mirasçılarının talep hakları ortan kalkar⁶⁶⁰.

TMK'nın 25/4. maddesi uyarınca, [*Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez*]. Madde kapsamında ,manevi tazminat talebinin, mirasçılara geçebilmesi için, zarar görenin, ölmeden önce manevi tazminat talebine ilişkin iradesini ortaya koyması gerekmektedir. Zarar gören bu iradesini, dava açarak veya dava açma iradesini açıklayarak göstermesi, yeterli sayılmıştır⁶⁶¹.

B. Davalı

Hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan tazminat davalarında, zarara sebep olan kişi, sağlık personelidir. Sorumlular birden fazla ise, müteselsil sorumluluk söz konusudur. Hekimin çalıştığı kurum, davalının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

Hekim, bağımsız olarak çalışıyor ise, hekimlik sözleşmesine aykırı davranışından doğan tazminat davalarında, davalı taraf hekimdir. Hekimin, kamu hastanesinde veya üniversite hastanesinde çalışması durumunda, hekim, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca, kamu görevlisi sıfatını haizdir. Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi gereğince, [*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır*]. Dolayısıyla hekime karşı, hizmet kusurundan dolayı doğrudan dava açılmayacağından, bağlı bulunduğu kuruma karşı idari yargıda dava açılması gerekir. Ancak, zarar, hekimin göreviyle ilgisi olmayan, hekimin

⁶⁵⁷ Doğmacı, s. 275; Özdemir, s. 336.

⁶⁵⁸ Çelik, Zarar, s. 528, 539; Erlüle, s. 272-273.

⁶⁵⁹ Ergün, s. 337.

⁶⁶⁰ Özdemir, s. 397.

⁶⁶¹ Erlüle, s. 441-444. Ayrıca bkz. Yarg. 21. HD., E. 2014/14622 K. 2015/1649 T. 29.1.2015 (www.lexpera.com.tr, E.T. 01.04.2023)

salt kişisel kusurundan kaynaklanıyor ise, doğrudan hekime karşı adli yargıda dava açılabilir⁶⁶².

Hasta ile özel hastane arasında tam hastaneye kabul sözleşmesi söz konusu ise, hastanın uğradığı zararlardan dolayı hastanenin sorumluluğu bulunmaktadır. Hastane ile hasta arasındaki hukuki ilişki nedeniyle, hastanenin sözleşmesel sorumluluğu söz konusudur. Bu nedenle, hasta, hekimin kendisine yönelik gerçekleştirdiği, kusurlu eylem ve davranışlarından dolayı, hastaneye karşı dava açabilir⁶⁶³. Aynı şekilde, tazminat isteminde, haksız fiile dayanarak hekime karşı da dava açılabilir.

Hekim sözleşmesi ekli hastaneye kabul sözleşmesinde, tam hastaneye kabul sözleşmesinin yanında, özel hastanede çalışan hekim ile hasta arasında yapılan ayrı bir sözleşme mevcuttur⁶⁶⁴. Burada, özel hastane işletmecisi ve hekim sözleşme kapsamında teşhis ve tedavi borcunu üstlenmektedir⁶⁶⁵. Tıbbi tedaviye ilişkin sorumluluk gerektiren bir husus meydana geldiğinde, hekim ve hastane işletmecisi müteselsil sorumlu olur⁶⁶⁶. Zarar gören, tazminat davasını hem hastaneye hem de hekime yöneltebilir.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde ise, hastaya karşı üstlenilecek olan hizmetler hekim ile hastane arasında bölünmüştür. Bu sözleşme kapsamında, hastane işletmecisi; hastane standartlarını sağlama, teknik hizmet, barınma, yeme ve diğer bakım hizmetleri sağlamayı üstlenmekte iken, hekim ise teşhis ve tedavi borcunu üstlenir⁶⁶⁷. Zarar, hekimin tıbbi müdahalesinden kaynaklanıyorsa, hastanenin sorumluluğu olamayacağından zarar gören, tazminat davasını hekime karşı açmalıdır⁶⁶⁸. Hastanenin yükümlülüğüne aykırılığı sonucunda zarar meydana gelmiş ise, bu sefer tazminat istemi hastaneye karşı açılmalıdır.

Zarar veren kişinin ölmesi durumunda, külli halefiyet ilkesi gereği, tazminat borcu mirasçılara geçer. Zarara sebep olan hekimin ölümü halinde dava, hekimin mirasçılara karşı açılır⁶⁶⁹. Mirası reddeden mirasçılar, tazminat borcundan sorumlu tutulamaz⁶⁷⁰.

⁶⁶²Özdemir, s. 400.

⁶⁶³ Demir, s. 360; Erdoğan, s. 139; Ayan, s. 135.

⁶⁶⁴ Kızır, Mahmut, “*Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanelerdeki Sağlık Çalışanlarının Fiillerinden Doğan Sorumluluğunun Değerlendirilmesi*”, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:1, 2013, S. 336.

⁶⁶⁵ Kızır, s. 231; Erdoğan, s. 54-55; Gökcan, 949.

⁶⁶⁶ Temel, Erhan, “*Alman Sağlık Sisteminde Hastaneler ve Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu*”, İÜHFM, C.68, S:1-2, 2010, s. 267, Subaşı, Zeynep, s. 201.

⁶⁶⁷ Gökcan, s. 940.

⁶⁶⁸ Aykın/Çınarlı, s. 262; Özdemir, s. 147; Gökcan, s. 940.

⁶⁶⁹ Yavuz İpekyüz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 41; Ayan, Genel Hükümler, s. 329

⁶⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 800; Ayan, Genel Hükümler, s. 329.

1219 sayılı sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun EK-12 maddesine göre; hekim, mesleğini icra ederken sebep olduğu zararlara karşı sigorta yaptırmak zorundadır⁶⁷¹.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁶⁷² m. 1478 uyarınca, “zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir”. Mesleki zorunluluk sigortasını yaptırmış olan hekimlere karşı açılacak davalarda, sigorta şirketine de doğrudan dava yöneltelebilmektedir.

C. Görevli Mahkeme

Görevli mahkemenin tespitinde, davanın kime karşı açıldığı esas alınır. Görevli mahkeme tespit edilirken, hekimin bağımsız çalışması, özel hastanede çalışması ve kamu hastanelerinde çalışması durumu özellik arz ettiğinden ayrı ayrı ele almak gerekir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında, eser ve vekalet sözleşmeleri, tüketici işlemi sayılmıştır. Sözleşme kapsamında sunulan teşhis ve tedavi hizmetleri, TKHK kapsamında hizmet olarak değerlendirilmektedir⁶⁷³. Hekimin bağımsız olarak veya özel hastanede çalışması hallerinde, hekime veya hastaneye karşı dava, tüketici mahkemelerinde açmalıdır⁶⁷⁴.

Ancak, tıbbi müdahaleden kaynaklı uyuşmazlıklar gibi karmaşık ve uzmanlık gerektirecek hususun, tüketici mahkemesinde basit yargılama usulü ile görülmesi, vakıaların tartışılmasını kısıtladığından, yargılamanın sıhhatli olarak yürütülmesini engellemektedir. 16.12.2022 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68. ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6. maddelerinde Yer Alan Parasal

⁶⁷¹ TŞSTİK EK- 12; [Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısı kendileri tarafından, yarısı istihdam edenlerce ödenir. İstihdam edenlerce ilgili sağlık çalışanı için ödenen sigorta primi, hiçbir isim altında ve hiçbir şekilde çalışanın maaş ve sair malî haklarından kesilemez, buna ilişkin hüküm ihtiva eden sözleşme yapılamaz. Zorunlu sigortalara ilişkin teminat tutarları ile uygulama usul ve esasları Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir].

⁶⁷² RG, 14/02/2011, S. 27846.

⁶⁷³ Işık, Olcay; s. 100, Aslan, s. 23-27.

⁶⁷⁴ Işık, Olcay, s. 100.

Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ⁶⁷⁵ ile özel hastanelere veya hekimlere, eser ve vekalet sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanan tıbbi müdahalelerle ilgili tüketici mahkemelerinde açılacak davalarda parasal sınır 66.000,00 TL olarak belirlenmiştir. Bu durumda 66.000,00 TL sınırının altında tazminat istemlerinde, il veya ilçe tüketici hakem heyetleri görevli hale gelmektedir.

Davacı, davasını eser veya vekâlet sözleşmesi dışında hekimin haksız fiiline veya vekaletsiz iş görmeye dayandırması halinde, yapılan müdahaleler tüketici işlemi olarak değerlendirilemez. Bu hallerde, görevli mahkeme, genel yetkili mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi olur⁶⁷⁶.

Hekimin sigortasına karşı doğrudan açılan davalarda ise, TTK' 4/1(a) ya göre, Kanunda öngörülen hususlardan doğan davalar tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın, ticari iş sayılmaktadır. Sigorta sözleşmeleri de TTK m. 1401 vd. düzenlemiştir. Sigorta sözleşmesi bulunduğu hallerde ihtilafı çözmeye, TTK hükümlerine göre asliye ticaret mahkemesi görevlidir⁶⁷⁷. Sigortaya karşı açılan davalarda, hekimin kamuda veya özel hastanede çalışmasının bir önemi yoktur.

Kamu ve vakıf hastanelerinde çalışan hekimin hizmet kusurundan kaynaklanan zararlar nedeniyle hastaneye karşı açılacak davalarda görevli mahkeme, idare mahkemesidir. Devlet hastaneleri kamu hizmeti sunmaktadır. Bu nedenle hasta ile hekim arasında ve hastane ile hekim arasındaki hukuki ilişki, özel hukuk ilişkisi değildir. Devlet hastanelerinde çalışan hekimler de kamu çalışanı olduğundan, hekimin salt kişisel kusuru harici kusurlarından dolayı doğrudan dava açılmayacak, bağlı bulunduğu kuruma karşı idari yargıda dava açılması gerekecektir.

D. Yetkili Mahkeme

Yetki, davanın hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını ifade eder. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeler Kanunu⁶⁷⁸ 6. Maddesi uyarınca, “genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin yerleşim yeri mahkemesidir”. HMK'nı 7. maddesinde göre de “Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir.”⁶⁷⁹. Yine HMK uyarınca sözleşmeden kaynaklanan davalarda, sözleşmenin ifa edildiği yer, haksız

⁶⁷⁵ RG. 16/12/2022, S. 32045.

⁶⁷⁶ Hakeri, s. 990.

⁶⁷⁷ Özdemir, s. 410.

⁶⁷⁸ RG, 12/01/2011, 27836

⁶⁷⁹ Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2015, s. 51.

fiilden doğan davalarda, haksız fiilin gerçekleştiği yer mahkemesinde tazminat davasının açılması mümkündür⁶⁸⁰. Özel kanunlarda yetkiye ilişkin düzenlemeler mevcut ise, birden fazla yetki kuralı söz konusu olur.

Tüketici davaları için, TKHK’da yer alan özel düzenleme ile tüketicinin yerleşim yeri de yetkili mahkeme olarak sayılmıştır. Tüketicinin seçimlik hakkı söz konusudur. Tüketici, tazminat davasını HMK ve TKHK hükümlerine göre genel yetkili yerde veya kendi yerleşim yerindeki mahkemede açması mümkündür⁶⁸¹.

E. Zamanaşımı

Zamanaşımı süresi, uyuşmazlığın esasına göre değişmektedir. Bu nedenle, zamanaşımı süresi belirlenirken öncelikle uyuşmazlığın kaynağının hukuksal niteliği saptanmalıdır.

Hekimin veya hastanenin, hastaya karşı sözleşmesel ilişkisi dışında haksız fiil sorumluluğu da bulunmaktadır⁶⁸². Bu hallerde, TBK m. 72’ye⁶⁸³ göre, tazminat istemi, hastanın uğradığı zararı ve zararın sorumlusunu öğrendiğinden itibaren iki yıl, her halükarda fiilin işlendiği tarihten itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar⁶⁸⁴. TBK m. 72/1 gereğince, söz konusu haksız fiil aynı zamanda TCK kapsamında suç teşkil ediyor ve daha uzun zamanaşımı öngörülüyorsa, hukuk davası için de ceza davası zamanaşımı süresi uygulanır. Ceza davası zamanaşımının uygulanabilmesi için, ceza davası açılması aranmaz. Haksız fiilin, ceza kanunları uyarınca suç teşkil etmesi yeterlidir⁶⁸⁵.

Sözleşme ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda ise, zamanaşımı süresi sözleşmenin niteliğine göre farklılık göstermektedir. TBK m. 146’ya göre sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan alacaklar için genel zamanaşımı süresi on yıldır. Ancak, TBK m. 147 de istisnai hüküm düzenlenerek bazı alacaklar için zamanaşımı süresi beş yıl olarak düzenlenmiştir. TBK m. 147/5-6 bendine göre de vekalet ve eser sözleşmesine dayalı hekimin sorumluluğu

⁶⁸⁰ Kuru, s. 53-56.

⁶⁸¹ HMK m. 6: [*Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir*] ve TKHK m. 73/45: [*Tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir*].

⁶⁸² Bkz. İkinci Bölüm, II. Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu, C. Hekimin Haksız Fiil Nedeniyle Sorumluluğu, s. 86 vd.

⁶⁸³ TBK m. 72: [*Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir*].

⁶⁸⁴ Hakeri, s. 1168,

⁶⁸⁵ Bağcı, Kadir, “Haksız Fiilde Ceza Zamanaşımı Süresi”, TAAD, S. 8, 2016, s. 293.

söz konusu olduğunda, zamanaşımı süresi, zararın varlığının öğrenilmesinden itibaren beş yıldır⁶⁸⁶.

Alacağın sigorta şirketinden istenebilmesi için TTK m. 1482 uyarınca, sigorta konusu olaydan itibaren on yıllık zamanaşımı söz konusudur⁶⁸⁷.

Zarar veren hekimin kamu çalışanı olması halinde, tazminat davası idareye karşı açılmalıdır. İdari yargıda zamanaşımı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nu⁶⁸⁸ 13. maddesinde düzenlenmiştir⁶⁸⁹. İlgili hükme göre, zararın tazmini, zararın öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde her halükarda zararı doğuran eylemden itibaren azami beş yıllık süre içinde idareye başvurulmalıdır⁶⁹⁰. Zarar gören, otuz günlük süre içinde idareden talebi için ret kararı almalı veya idarenin sessiz kalması halinde, otuz gün içinde tam yargı davası açmalıdır⁶⁹¹.

F. İspat

Sözleşmeye dayalı sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğunda hekimin sorumlu tutulabilmesi için, farklı şartların varlığı aranır. Sözleşmeye dayalı sorumluluktan söz edebilmek için, sözleşmenin varlığı, hekimin kusurlu eyleminin sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi ve hastanın bu aykırılıktan dolayı zarara uğraması gerekmektedir⁶⁹². Hasta, zararının, hekimin müdahalesinden kaynaklandığını ispatlamakla yükümlüdür. Ancak kusurun varlığını ispatı aranmaz. Hekimin, TBK m. 112 kapsamında sözleşmesel sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, hekim, tıp mesleği kurallarına uygun hareket ettiğini ve kusurunun olmadığını ispatlamak zorundadır⁶⁹³.

⁶⁸⁶ TBK m. 147: [(5) vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar. (6) Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar].

⁶⁸⁷ Hakeri, s. 1171.

⁶⁸⁸ RG, 20/01/1982, 17580.

⁶⁸⁹ İYUK madde 13: [İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir].

⁶⁹⁰ Tan, Turgut, İdare Hukuku, Ankara, 2015, s. 1045.

⁶⁹¹ Yılmaz, s. 235, ayrıca 8/7/2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanun ile değişikli yapılmadan idareye başvuru süresi ve idarenin cevap süresi altmış gün olarak düzenlenmiştir.

⁶⁹² Ayan, s. 63.

⁶⁹³ Özdemir, s. 414.

Haksız fiil sorumluluğunda ise, hasta, TBK m. 50 uyarınca, hekimin hukuka aykırı eylemi sonucunda zarar gördüğünü ve hekimin kusurunu ispatlamakla yükümlüdür⁶⁹⁴. Hasta, hekimin mesleki kurallara aykırı hareket ettiğini ortaya koyması halinde, hekim kendisine kusur yükletilemeyeceğini ispatlamakla mükelleftir⁶⁹⁵.

Kısacası, hakız fiil sorumluluğunda ispat yükümlülüğü zarara uğrayan kişidedir. TBK'nın 49. maddesi gereğince zarara uğrayan kişi, zarar verenin kusurlu davranışı neticesinde zarar gördüğünü ispatlaması gerekir. Sözleşmesel ilişki sorumluluğunda ise, hekimin, kusursuz olduğunu ispatlaması gerekir⁶⁹⁶.

Hastanenin haksız fiilden kaynaklanan kusursuz sorumluluğunda ise, hastane sorumluluktan kurtulabilmesi için, TBK m. 66'ya göre, koşulların gerektirdiği tüm özeni gösterdiğini veya gerekli özeni göstermiş olsa dahi zararın meydana geleceğini ispatlaması gerekir⁶⁹⁷.

İdari yargıda da kural olarak, iddia eden iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Hastanın, idarenin kusurlu olduğunu ispatlaması gerekir⁶⁹⁸. Ancak, somut olayda hasta açısından hekimin kusurunun ispatlanması zor olduğu kabul edilebiliyorsa, karine olarak hekim kusurlu kabul edilerek kusursuzluk ispatı hekime yükletilebilir⁶⁹⁹. İdari yargılamada, hukuk yargılamasından farklı olarak, re 'sen tahkikat yargılaması vardır. Hakim, re 'sen inceleme yaparak maddi gerçeğe ulaşmaya çalışır. İdari davalarda genelde kanıtlar idarenin elinde bulunmaktadır. Bu nedenle hakim, davacının iddialarını makul gördüğü noktada, kusur değerlendirmesi yapabilmek için idareden gerekli belgelerin mahkeme sunulmasını isteyebilir⁷⁰⁰. İdare, kendisine kusur yükletilemeyeceğini ortaya koymalıdır⁷⁰¹.

G. Ceza Davasının Hukuk Davasına Etkisi

Uygulamada, hekime karşı tazminat sorumluluğunun yanında hekimin fiili suç teşkil diyor ise, ceza davası da açılır. Bu hallerde davaların birbirine etkisinin olup olmadığı yargılamanın seyri açısından önem taşımaktadır.

Bu konuya ilişkin kanunlarımızda bulunan düzenlemeler;

⁶⁹⁴ Yavuz İpekyüz 126; Subaşı, Zeynep, s. 191.

⁶⁹⁵ Ayan, s. 109.

⁶⁹⁶ Aykın, s. 144.

⁶⁹⁷ Özdemir, s. 419.

⁶⁹⁸ Hakeri s. 1197

⁶⁹⁹ Özdemir, s. 425.

⁷⁰⁰ Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt 2, Bursa, 2003, s. 999, Tan, s. 1097.

⁷⁰¹ Gözler, s. 999.

HMK 165/1. maddesine göre;

[Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir].

TBK m. 74. maddesine göre ise;

[Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz].

Görüleceği üzere, HMK uyarınca, davada verilecek hüküm, başka bir davaya kısmen veya tamamen bağlı ise; mahkeme, söz konusu davanın sonuçlanmasını, bekletici mesele yaparak, yargılamayı bekletebilecektir⁷⁰². Ancak, TBK m. 74'ten anlaşılabileceği üzere, ceza mahkemesinde verilen beraat kararı, hukuk davasında hakim açısından bağlayıcı değildir. Hekimin, ceza davasından beraat etmesi, tazminat yükümlülüğünden kurtulmasını sağlamaz⁷⁰³. Ama, ceza yargılamasında ortaya çıkarılan deliller, fiilin hukuka aykırılığını ve zarar ile arasındaki nedensellik bağına ortaya koyan maddi vakıalar hukuk hakimi açısından da bağlayıcıdır⁷⁰⁴.

Uygulamada, hekime karşı hem hukuk davası hem de ceza davası açılmış ise, hukuk mahkemesi, ceza dosyasını bekletici mesele olarak değerlendirmektedir⁷⁰⁵. Zira, ceza davasında verilen kesinleşmiş mahkumiyet hükmü, hukuk hakimini bağladığından, tazminat davası için ceza dosyası bekletici sorun yapılarak yargılama bekletilmelidir⁷⁰⁶. Hukuk hakimi, tazminatın belirlenmesinde, kusurun değerlendirilmesi noktasında serbestçe hareket eder.

⁷⁰² Kuru, s. 365.

⁷⁰³ Hakeri, s. 1172,

⁷⁰⁴ Çelik, Ahmet, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi”, www.tazminathukuku.com, s.3.

⁷⁰⁵ 4. HD., E. 2013/9707 K. 2014/5240 T. 27.3.2014; “818 sayılı BK 53. (6098 sayılı TBK m. 74) maddesine göre hukuk hakimi, ceza mahkemesi ilamının, maddi olguya ilişkin tespitleriyle bağlıdır. Dava konusu uyuşmazlık ile ilgili olarak, Kadıköy 6. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007/579 E, 2008/652 K. sayılı dosyası davalının cezalandırılmasına karar verildiği ancak hükmün temyiz aşamasında olup henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır. Somut olayda, ceza davası sonucunun eldeki davayı etkilemesi söz konusudur. Açıklanan nedenle, ceza davasının bekletici mesele yapılması ve buna göre bir karar verilmesi gerekir. Karar, bu nedenle yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir”.

⁷⁰⁶ Hakeri, s. 1173.

Ceza dosyasında alınan bilirkişi raporu hukuk davasında kullanılabileceği gibi, tarafların itirazı üzerine yeniden bilirkişi raporu istenmesi de mümkündür⁷⁰⁷.

H. Arabuluculuk

2012 yılında yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁷⁰⁸ ile, tarafların üzerinde serbestçe hareket edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuk müessesesi ile çözülmesi amaçlanmıştır.

Bazı uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu hale gelmiştir. Konumuz kapsamında yer alan, TTK kapsamında konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davaları ile TKHK kapsamında 2023 yılı için parasal sınırı 66.000 TL üzerinde kalan tüketici uyuşmazlıklarında (bazı istisnalar hariç olmak üzere) dava açılmadan önce arabulucuya başvurmak dava şartıdır⁷⁰⁹.

Vekalet veya eser sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, TKHK kapsamında tüketici işlemi mahiyetinde olduğundan, zarar görenin sözleşmesel ilişkiye dayanan sorumlulukları için hekime veya özel hastaneye karşı açacağı davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Bu uyuşmazlık TKHK m. 73/A⁷¹⁰ kapsamında arabuluculuğa tabidir. Tıbbi müdahaleden kaynaklı uyuşmazlıklar, karmaşık ve uzmanlık gerektirecek bir uyuşmazlık türüdür. Yargılamada, tıbbi müdahalenin hatalı olup olmadığı hususunda çoğu zaman bilirkişi incelemesine ihtiyaç vardır. Bu durum, tıbbi müdahaleden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, arabuluculuktan başarılı sonuç alınmasına engel olmaktadır⁷¹¹.

TTK m. 1478'e göre, zarar gören, doğrudan sigorta şirketine karşı da dava açabilir. TTK m. 5/A hükmü uyarınca, TTK'da düzenlenen konusu bir miktar paranın ödenmesi olan uyuşmazlıklarda, arabuluculuk, dava şartı olarak düzenlenmiştir. Zarar görenin doğrudan sigortaya başvurması halinde, dava açmadan önce arabulucuya başvurması gerekir⁷¹².

⁷⁰⁷ Çelik, Ahmet, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi", www.tazminathukuku.com, s. 6.

⁷⁰⁸ RG: 22/06/2012, 28331

⁷⁰⁹ Coşkun Sevda Yaşar/Göncü Döner, Munise Seray, "Tıbbi Uygulama Kaynaklı Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Sigorta Şirketlerine Etkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 4, 2021, s. 2953.

⁷¹⁰ Madde 73/A: [Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz: a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar c) 73'üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar d) 74 üncü maddede belirtilen davalar d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar].

⁷¹¹ Hakeri, s. 1211.

⁷¹² Yaşar/Göncü Döner, s. 2961.

Hekimin, kamu hastanesinde çalışması halinde, zarar görenin, idareye karşı dava açması gerekir. Arabuluculuk, özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanabilirken, idare hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanmaz⁷¹³.

⁷¹³ Hakeri, s. 1211.

SONUÇ

Hekim, tıp fakültesinden mezun olan, tıbbi müdahale gerçekleştirebilme kabiliyetine sahip olan, insan sağlığı ile uğraşan ve hastalıkları teşhis, tedavi edebilen kişi, olarak karşımıza çıkmaktadır. Hekimin uyguladığı tıbbi müdahale uygulanış tarzına göre, bedensel bütünlüğe yönelik tıbbi müdahaleler ve ruhsal sağlığa yönelik müdahaleler olarak ayrılmaktadır.

Hekim, yaptığı müdahale kapsamında hukuki, cezai ve idari bir yaptırım ile karşı karşıya kalmaması için, müdahalenin hukuka uygun olması gerekir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için; müdahalenin yetkili sağlık çalışanı tarafından yapılması, müdahalenin uygulanmasında tıbbi açıdan gereklilik olması, sağlık çalışanının gerekli dikkat ve özen göstermesi ve müdahalenin, tıp bilimine ve tekniğine uygun olarak yapılması gerekir. Ayrıca, uygulanacak müdahaleye ilişkin olarak, hastanın aydınlatılmasına dayalı rıza beyanının da alınması gerekir.

Hekimin tıbbi müdahalede bulunabilmesi için tıbbi zorunluluk hali aranmaktadır. Bu gereklilik halini dar yorumlamamak gerekir. Dolaylı da olsa, yapılan müdahale; sosyal, psikolojik, kanuni, genetik, etik veya dini gerekliliklerden kaynaklanıyorsa, gereklilik şartı sağlanmıştır. Estetik amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler, kişinin bedensel sağlığından çok ruhsal sağlığını korumaya yönelik müdahalelerdir. Beden sağlığı ile ruh sağlığı bir bütün olarak kabul edildiğinde, estetik amacıyla yapılan müdahalelerin tedavi amacına yönelik olduğu ve hastanın ruh sağlığı açısından endikasyon şartını sağladığı kabul edilmelidir.

Acil durumlar saklı kalmak kaydıyla, hastanın uygulanacak tıbbi müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir. Rızanın geçerli olabilmesi için hastanın uygulanacak tıbbi müdahalenin süreci, tehlikeleri, sonuçları, alternatif yöntemleri, tedavi olmaz ise işleyecek süreç gibi konularda aydınlatılmış olması gerekir. Tedaviye ve sürece hakim olan hasta, müdahale hakkında serbestçe karar verme hakkına sahiptir. Tıbbi müdahalenin kişinin rızasına dayalı olması, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve vücut bütünlüğünü koruma hakkından kaynaklanmaktadır.

Hastanın tıbbi müdahaleye rıza verebilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olamayan küçük için rıza açıklama yetkisi yasal temsilcisindedir. Ancak ayırt etme gücüne sahip küçüklerin rıza ehliyetinin olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide kabul gören ve tarafımızın da katıldığı görüşe göre, rıza ehliyetinin varlığı değerlendirilirken çocuğun yaşı değil somut olayın şartlarına da bakmak gerekir. Basit

hastalıklar, yaralanmalar gibi risk taşımayan müdahalelerde çocuğun tek başına rızasının alınması yeterli olmalıdır.

Hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisine ‘Hekimlik sözleşmesi’ denmektedir. TBK’da hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bu ilişkiye bazı durumlarda hastane de dahil olmaktadır. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda başlıca beş görüş vardır. Bu görüşler; hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olduğu, eser sözleşmesi olduğu, hizmet sözleşmesi olduğu, kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu ve tüketici işlemi olduğudur.

Serbest çalışan hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesi, öğretide çoğunluğun ve tarafımızın da iştirak ettiği görüşe göre, vekalet sözleşmesi niteliğindedir. Şöyle ki, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki; hekimin, hastaya karşı mutlak bir bağıllığının olmaması, yükümlülüğünü yerine getirirken özen ve sadakat borcu altında hareket etmesi, sonuç garanti etmemesi, hekim ile hasta arasında güven ilişkisi kurulması ve taraflara tek taraflı fesih imkanı sağlaması yönünden vekâlet sözleşmesinin unsurları ile örtüşmektedir. Bu kapsamda vekalet ilişkisi hükümler (TBK m. 502 vd.), uygun düştüğü ölçüde hekimlik sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda da uygulanabilir. Ancak, estetik amaçla yapılan tıbbi müdahaleleri kapsayan hekimlik sözleşmesine vekalet sözleşmesi hükümlerinin değil, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı görüşündeyiz. Eser sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ve diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsur; eser sözleşmesinde sonucun garanti edilmesidir. Tıbbi müdahale mahiyeti gereği, sonuç taahhüt etmeye elverişli değildir. Ancak, yargı kararlarında da sabit olduğu üzere estetik müdahaleler bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Estetik müdahalelerde hekim tarafından bir sonuç taahhüdü varsa, örneğin burnunu yaptıran hastanın burnunun nasıl olacağına ilişkin muhtemel görüntüsünü göstermek, göğüs büyötmek isteyen hastaya aynı müdahalenin yapıldığı başka hastalara ait görüntülerin gösterilmesi gibi durumlarda, müdahale, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

TKHK uyarınca vekalet sözleşmeleri ve eser sözleşmeleri tüketici işlem olarak sayılmıştır. Hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan tazminat davaları, uzmanlık ve inceleme gerektiren karmaşık bir alandır. Bu nedenle, bu tür uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinde basit yargılama usulü ile görülmesi 2023 yılında parasal sınırı 66.000 TL altında kalması halinde de il/ilçe tüketici hakem heyetleri tarafından yargılamasının yapılması vakıaların tartışılmasını sınırlandırdığından sağlıklı sonuçlar elde edilmesi mümkün değildir. Ayrıca, tüketici mahkemelerinde harç dahi alınmadan kolayca dava açılabilmesi yoğun çalışma temposunda

alışan hekimlerimizin sürekli olarak tazminat korkusu ile karşı karşıya bırakması doğru değildir.

Hekim, kamu hastanesinde çalışıyor ise, kamu görevlisi sıfatını haizdir. Devlet Memurları Kanunu'na göre, kamu görevlisinin mesleki kusurundan dolayı zarara uğrayan kişi, kamu görevlisine karşı doğrudan dava aamaz. Bu nedenle, zarar gören kişi, idareye karşı, idare mahkemelerinde tazminat talebinde bulunmalıdır. Ancak, zarar, hekimin göreviyle ilgisi olmayan, hekimin salt kişisel kusurundan kaynaklanıyor ise, doğrudan hekime karşı adli yargıda dava açılabilir.

Hekimin zel hastanede çalışması halinde ise, hasta ile hastane arasında sözleşme ilişkisi bulunur. Hekim ise, 'ifa yardımcısı' statüsündedir. Özel hastane ile hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisi; tam hastaneye kabul sözleşmesi, hekim sözleşmesi ekli hastaneye kabul sözleşmesi ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Hasta ile hastane arasında tam hastaneye kabul sözleşmesi söz konusu ise, hastanın uğradığı zararlardan hastanenin sorumluluğu bulunmaktadır. Aynı şekilde hekimin kusurlu eylemine karşı, haksız fiile dayanarak hekime karşı da dava açılabilir. Hekim sözleşmesi ekli hastaneye kabul sözleşmesinde ise, özel hastane işletmecisi ve hekim sözleşme kapsamında teşhis ve tedavi borcunu üstlenmektedir. Tıbbi müdahaleden dolayı zarar gören, tazminat davasını hem hastaneye hem de hekime yöneltebilir. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde ise, hastaya karşı üstlenilecek olan hizmetler hekim ile hastane arasında bölünmüştür. Bu sözleşme kapsamında, hastane işleticisi, hastane standartlarını sağlama, teknik hizmet, barınma, yeme ve diğer bakım hizmetleri sağlamayı üstlenmekte iken, hekim ise teşhis ve tedavi borcunu üstlenir. Zarar, hekimin tıbbi müdahalesinden kaynaklanıyorsa, hastanenin sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu durumda, zarar gören, tazminat davasını hekime karşı açabilir.

Hekimin sorumluluğunu, sözleşme içinde sorumluluğu ve sözleşme dışında sorumluluğu olarak ayrı ayrı incelemek gerekir. Hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi var ise, hekimin sözleşmeden doğan yükümlülükleri söz konusudur. Hekimin asli borcu, hastayı tedavi etmesidir. Bunun yanı sıra, hekim, borcun bizzat ifası, hastanın ve hastalığın öyküsü alma, hastayı muayene etme, hastalığın teşhisini koyma, hastanın sırlarını saklama, reçete yazma, hastalığa ve yapılan tedaviye ilişkin gerekli kayıtları tutma, hastaya gereken özeni ve sadakati gösterme, gerektiğinde tedaviyi durdurma ve hastayı müdahalenin sebepleri, riskleri, süreci, varsa alternatif yolları ve sonuçları hakkında aydınlatılma ve aydınlatılmış rızasını alma şeklindeki ykmllklere uygun hareket etmelidir. Aksi halde, sözleşmenin ihlali söz

konusu olacak, hekimin TBK m. 112 kapsamında hukuki sorumluluğu doğacaktır. Borcun gereği gibi ifa edildiğine ilişkin ispat yükü hekimdedir.

Hekimin sözleşme dışı sorumluluğunun kaynakları ise, haksız fiil sorumluluğu, vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk ve culpa in contrahendo sorumluluğudur. Haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk arasındaki en önemli fark, ispat yükünün yer değiştirmesidir. Haksız fiil sorumluluğunda, mağdur, failin kusurunu ve zararın bu kusur neticesinde meydana geldiğini ispatlamak zorundadır.

Bazı hallerde, hekimin kusurlu davranışı hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil edebilir. Bu durumda, hakların yarışması söz konusudur. Bazı yazarlar, sözleşmeye aykırılığın özel hüküm niteliğinde olduğundan sözleşmesel ilişki bulunması halinde, zarar görenin, borca aykırılık hükümlerine dayanması gerektiğini savunmaktaysa da hakim görüş ve bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre, iki sorumluluğun yarıştığı durumda, zarar gören, dilediğine dayanarak dava açabilir.

Her iki durumda da hekimin tazminat sorumluluğundan söz edilebilmesi için, hekimin davranışının kusurlu olması ve bu davranışı neticesinde zarar meydana gelmiş olması gerekmektedir. Zarar, maddi veya manevi olabilir. Hastanın, hekimin kusurlu müdahalesi sonucunda bedensel zarara uğraması halinde, zarar gören, TBK m. 54 hükümleri gereği, tedavi giderlerini, kazanç kaybını, ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan kayıpları hekimin sorumluluğu kapsamında talep edebilir. Hatalı tıbbi müdahale sonucunda ölüm meydana gelmiş ise, TBK m. 53'te belirtilen, cenaze giderlerinin ve destekten yoksun kalanların uğradığı zararların talebi mümkündür. Hasta, hukuka aykırı tıbbi müdahale sonucunda duyduğu acı, elem ve ızdırap için manevi tazminat talebinde bulunabilir. Hasta, manevi tazminat talebinde bulunurken duyduğu ızdırabı, somut olarak ortaya koymak zorunda değildir. Hastanın yaşadığı olay neticesinde, üzüntüsünün varlığı objektif olarak kabul edilebiliyor ise, manevi zarar doğmuş demektir. Hasta yakınları da, hekimin kusurlu davranışı neticesinde uğradıkları manevi zararın tazminini isteyebilirler. Hasta yakınları kavramının aile ilişkisi ile sınırlı olmadığı ve hasta ile yoğun ilişki içerisinde olan birlikte yaşadığı arkadaşı veya nişanlısının da yakın sıfatıyla manevi tazminat talebinde bulunabileceği görüşündeyiz.

Tazminat davası için görevli mahkemenin tespitinde, davanın kime karşı açılacağı önem taşımaktadır. Bağımsız olarak veya özel hastanede çalışan hekimler ile hasta arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, tüketici işlemi olarak değerlendirildiğinden, bu durumdan doğan uyuşmazlıklarda, görevli mahkeme tüketici mahkemeleridir.

Davacının davasını haksız fiile dayandırması halinde, görevli mahkeme, genel yetkili mahkeme olan asliye hukuk mahkemesidir. Hekimin, kamu veya vakıf hastanelerinde çalışması durumunda, hekimin kusurlu davranışı sebebiyle zarar gören, zararının tazmini için idareye karşı, idare mahkemesinde dava açmalıdır. Hekimin sigortasına karşı doğrudan açılan davalarda ise asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Tazminat davasında uygulanacak zamanaşımı süresi, hasta ile hekimin arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine göre saptanmalıdır.

Hekime karşı hem hukuk davası hem de ceza davası açılmış ise; hukuk mahkemeleri, ceza dosyasını, bekletici mesele olarak değerlendirmektedir. Ceza mahkemesinde verilen beraat kararı, hukuk hakimi yönünden bağlayıcı değildir. Ancak, davada ortaya konulan maddi vakıalar, hukuk hakimi tarafından da bağlayıcıdır. Ceza dosyasında verilen kesinleşmiş mahkumiyet hükmü ise, hukuk hakimi tarafından bağlayıcıdır. Ancak, hukuk hakimi, tazminatın belirlenmesinde ve kusurun değerlendirilmesinde serbestçe hareket eder.

Bazı uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce, arabulucuya başvurulması zorunlu hale gelmiştir. Konumuz kapsamında yer alan, TTK kapsamında konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davaları ile TKHK kapsamında 2023 yılı için parasal sınırı 66.000 TL üzerinde kalan tüketici uyuşmazlıklarında (bazı istisnalar hariç olmak üzere) dava açılmadan önce arabulucuya başvurmak, dava şartıdır.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale/ Akıntürk, Turgut/Ateş, Karaman Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2012.

Akipek Öcal, Şebnem,” Hasta Tüketici midir?”, içinde: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed: Özge Yücel, Gürkan Sert, Ankara, 2021.

Altay, Sabah “*Tıbbi Müdahalede Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları*”, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler (Roche Sağlık Hukuku Günleri), İstanbul 2009.

Altunkaş, Aysun, “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, içinde: II.Ulusal Sağlık Hukuku Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu, Ed; Altunkaş Aysun, Söğüt İpek Seveda, Tacir Hamide, İstanbul, 2015.

Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, Ankara,2019 (Genel 1/1).

Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,2, Ankara,2019 (Genel 1/2).

Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul,2013.

Antalya, Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul, 2017 (Manevi Tazminat).

Antalya, Gökhan/ Topuz, Murat, Medeni Hukuk Cilt I, İstanbul, 2021.

Arpacı, Abdülkadir, ‘*Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları*’, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Dergisi, S, VI/2, 2009, s. 5-15.

Arslan, Firdevs, “*Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti*”, MÜHFHAD, C: 26, S:1, 2020, s. 400-422.

Aslan, İsmail Yılmaz, 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketici Hukuku, Bursa 2015.

Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1992.

Atabek, Reşat/ Sezen Merih,” *Hekimin Mesuliyeti*”, İstanbul Barosu Dergisi, C:28, S:2, 1954, s. 135-165.

Ateş, Turan, Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları, İstanbul, 2012.

Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016. (Genel Hükümler).

Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991.

Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen, Kişiler Hukuku, Ankara, 2016,

Aykın Aykut Cemil, Hekimin Sorumluluğu ve Bu Kapsamda Vakıf Üniversite Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Durumu (Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi), 2015. (tez.yok.gov.tr, E.T: 01.03.2022).

Aykın, Aykut Cemil/ Çınarlı, Serkan, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2016.

Bağcı, Kadir, “*Haksız Fiilde Ceza Zamanaşımı Süresi*”, TAAD, S. 8, 2016, s. 287-311.

Berberoğlu Yenipınar, Filiz, Tıbbi Sorumluluk Tazminat Esasları Hukuki Sorumluluk, İstanbul, 2017.

Canbolat, Ferhat, “*Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı*”, TBB Dergisi, S:80, 2009, s. 156-181.

Cebe, Mehmet Sinan, Destekten Yoksunluk ve İş Göremezlik Tazminatı ile Aktüeryal Hesap Esasları, Ankara, 2020.

Coşkun Sevda Yaşar/Göncü Döner, Munise Seray, “*Tıbbi Uygulama Kaynaklı Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Sigorta Şirketlerine Etkisi*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 4, 2021, s. 2933-2973.

Çakırca, Seda İrem, “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi*”, Yaşar Üniversitesi E- Dergisi, C, 8, S:Özel Sayı, 2013, s. 785-807.

Çapacı, Merve/ Özkaya, Serdar, “*Covid-19 Pandemi Döneminde Tele-Tıp Uygulamaları*”, Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi, C:25, S:1, 2020, s. 260-262.

Çavdar, Pelin,” *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, MÜHFAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayı, C. 22, 2016, s. 735-764.

Çelik Ahmet, ‘Cenaze ve Gömme Giderleri Hakkında’, Online Makale, www.tazminathukuku.com.

Çelik, Ahmet, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi”, Online Makale, www.tazminathukuku.com.

Çelik, Ahmet, Bedensel Zararlar, Ankara, 2021 (Zarar).

Çelik, Ahmet, Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, Ankara, 2021. (Destekten Yoksunluk)

Çilingiroğlu, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993.

Değdaş, Ulaş Can, “*Hatalı Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:6,2018.

Demir, Mehmet; Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2020.

Dinar, Cem, ‘*Borçlar Kanunu’ndaki Düzenleme Açısından İstisna Sözleşme ile Vekalet Sözleşmesi Arasındaki Kurumsal Farklılıklar*’, YÜHFD, C. 5, S. 1, 2008.

Doğan, Murat/ Şahan, Gökhan/ Atamulu, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021.

Doğramacı, Yakup Gökhan, Tıbbi Uygulamadan Kaynaklanan Manevi Tazminat, Ankara, 2022.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 20. Bası, İstanbul, 2019.

Erbaş, Rahime, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK MD. 101)”, İÜHFM, C: LXXIII, S:1, 2015.

Erdoğan, Faruk, Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2020.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul,2017. (Genel Hükümler)

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2021. (Özel Hümler)

Ergun Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 1982.

Ergün, Mevci, Hekimlerin Sorumluluğu, Ankara, 2022.

Erlüle, Fulya, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara, 2015.

Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003.

Ersöz, Kürşat, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Hukuk Dergisi, C:5, S: 45, 2010.

Eşitli Aygün Ezgi, “Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, S:106.

Gökcan, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, 2013.

Gökyayla, Kadir Emre, ‘Destekten Yoksun Kalma Tazminatı’, (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi), 2004.

Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt 2, Bursa, 2003.

Gülel, İlhan, Tıbbi Müdahaleye Rıza, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi), 2017. (tez.yok.gov.tr, E.T: 01.03.2022).

Güloğlu, Yavuz, “*Ahlak Kurallarını Türk Hukuk Sistemine Etkisi*”, SDÜHFD, C.10, S. 2, 2020.

Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul, 2014.

Gümüş, Mustafa Alper, Türk- İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001 (Vekilin Özen Borcu).

Günday Rezzan, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Sorumluluk, Ankara, 2012.

Gürbüz, Elif Rümeysa, Organ ve Doku Naklinde Rıza, (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi), Ankara, 2021. (tez.yok.gov.tr, E.T: 01.03.2022).

Gürsoy, Kemal Tahir, ‘Destekten Yoksun Kalma Tazminatı’, AÜHFD, C. 29, S. 1, 1972.

Gürzumar, Osman Berat, “Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler”, ABD, S. 3, 1991.

Hakeri, Hakan, Tıp Ceza Hukuku, İstanbul, 2022.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler, Ankara, 2021 (Hakeri, Genel Hükümler)

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku Cilt 2 Özel Hükümler, Ankara, 2021 (Hakeri, Özel Hükümler)

Hancı, Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2006.

Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, 2013.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992.

Işık Yılmaz, Ş. Berfin, ‘Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:98, 2012.

Işık, Barış, “Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürtülmesi Suçu”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C:3, S:2, 2015.

Işık, Olcay, “Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, (Atatürk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi), 2010, (tez.yok.gov.tr, E.T: 01.03.2022).

Kaba, Gizem, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2017.

Kanık, Hikmet, “Yargıtay Uygulamasında Bedensel Zararların Hesaplanması İlkeleri”, içinde: Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri Sempozyumu, Ed. Basa, Necdet/Uçakhan Güleç, Sema, TBB yayınları, 2019.

Karagöz Alguer Merve Hazal, Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi), 2019, (tez.yok.gov.tr, E.T: 01.03.2023).

Karan Gözpinar, Gülşah, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu (Yüksek Lisans Tezi: Yeditepe Üniversitesi), 2015, (tez.yok.gov.tr, E.T: 01.03.2023).

Kaya, Asım, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması’, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C., 1, S. 2, 2016.

Kayıhan, Şaban, Kişiler Hukuku, Ankara, 2022.

Kayıhan, Şaban/ Ünlütepe, Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2021 (Özel Hükümler).

Kılıçoğlu, Ahmet, “Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:2, 1991.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015 (Genel Hükümler).

Kızır, Mahmut, “Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanelerdeki Sağlık Çalışanlarının Fiillerinden Doğan Sorumluluğunun Değerlendirilmesi”, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:1, 2013.

Koçak, Nazım Taha,” Tam Yargı Davalarında Zararın Hesaplanmasına İlişkin İlkeler”, Adalet Dergisi, S. 67, 2021.

Koru, Onur, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 12/2, 2021.

Kudret Güven, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, GÜHFD, C.1, S.1, 1997.

Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2015.

Küçük, Tefik Sönmez, “Bir Ceza Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, GÜHFD, C. XIX, S. 4, 2015.

Murat Kaya, “Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Sonuçları”, Mecmua, Ankara 2008.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul, 2020.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2019.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.3, 2003.

Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2023.

Özcan, Zeynep/ Özcanoglu, Ayşe Betül, “Yargıtay Kararları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayırımına Bağlı İspat Sorunları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:16, 2020.

Özçetin, Selvi/ Balaban, Murat, Sağlık Hukuku, Ankara, 2015.

Özdemir, Gençler, Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2021.

Özdemir, Hayrunisa, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, ERÜHFD, C. XI, S. 1, 2016 (Özdemir, H., Hekimin Hukuki Sorumluluğu).

Özdemir, Hayrunisa, “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği, TBB Dergisi, S. 105, 2013 (Özdemir, H., Hastane).

Özgül, Mehmet Emin, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010.

Öztürkler, Cemal, Uygulamanın İçinden Ölüm ve Bedensel Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri, Ankara, 2003.

Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.

Savaş, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, İstanbul, 2013.

Seçer, Öz, ‘Hekimin Hukuki Sorumluluğu’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, 2013.

Serozan, Rona, “Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD, 1968.

Subaşı İlhan, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü Aydınlatılmış Onam Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2016.

Subaşı, Zeynep Nur, Tıbbi Standartların Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi, (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi), 2018, (tez.yok.gov.tr, E.T: 01.03.2022), (Subaşı, Zeynep).

Şahin, Ayşe, “Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini”, GÜHFD, C XV, S.2, 2011.

Şatır, Nejdet, Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 2018.

Şengül, Ragıp, Hasta ile Hekim Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği ve Hekimim Tazminat Sorumluluğu, İstanbul, 2020.

Tan, Turgut, İdare Hukuku, Ankara, 2015.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C II, İstanbul, 2010.

Tekben, Tuğçe, “Hekim ile Hasta İlişkisinin Vekalet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C:8, S:2, 2011 (Makale).

Tekben, Tuğçe, Vekalet İlişkilerinde Vekalet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2021.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

Temel, Erhan, “Alman Sağlık Sisteminde Hastaneler ve Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, İÜHFM, C.68, S:1-2, 2010.

Turan Başara, Gamze, “Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.103, 2012.

Tümer Ali Rıza, Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluk ve Malpraktis, Ankara, 2013.

Türker, Güray, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi), 2016, (tez.yok.gov.tr, E.T: 01.03.2022).

Türkmen, Ali, Hasta ve Hekim Hukuku, Ankara, 2013.

Uygur Atiye, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü) Ankara, 2009.

Uyumaz, Alper/Avcı, Yasemin, “Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:1, 2016.

Ünver, Yener, Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul, 2005.

Yakut, Cemil Barut, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi), 2014, (tez.yok.gov.tr, E.T: 01.03.2022).

Yavuz İpekyüz, Filiz, ‘Hekimin Tazminat Sorumluluğu’, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 33, 2015 (Hekimin Tazminat Sorumluluğu).

Yavuz İpekyüz, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014.

Yelmer, Necdet, Hekimlerin Hukuki Mesuliyeti, İstanbul 1948.

Yenerer Çakmut, Özlem, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, içinde: Roche Sağlık Günleri 1. Tebliğler, İstanbul, 2007.

Yılmaz Battal, Açıklamalı- İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2007.

Yılmaz, Candan, “*Gebeliğin Sonlandırılmasında İzin Verilen Yasal Sürelere İlişkin Karşılaştırmalı İnceleme*”, DEUHFD, C. 21, Özel S., Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 2019 (Yılmaz, Candan).

Yücel, Özge, “Hekimin, Özel Sağlık Kuruluşlarının, İlaç Üreticisi ve Eczacının Yükümlülükleri ve Hukuksal Sorumluluğu”, içinde: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed: Özge Yücel, Gürkan Sert, Ankara, 2021 (sorumluluk).

Yücel, Özge, “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları”, içinde: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed: Özge Yücel, Gürkan Sert, Ankara, 2021 (Hukuka Uygunluk).

Yücel, Özge, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, içinde: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed: Özge Yücel, Gürkan Sert, Ankara, 2021 (Kavramlar).

Zevkliler Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004.

Zevkliler Aydın, Medeni Hukuk, Diyarbakır, 1986.

Online Kaynaklar

www.lexpera.com.tr

www.hukukturk.com

www.dergipark.org.tr

www.tazminathukuku.com

www.kazancı.com

tez.yok.gov.tr

www.mevzuat.gov.tr

www.tdk.gov.tr

tr.wikipedia.org