

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TAM HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ
KAPSAMINDA ÖZEL HASTANENİN HUKUKİ
SORUMLULUĞU

GÖKÇE ŞAHİN CANDAŞ

2501140677

DANIŞMAN ÖĞRETİM ÜYESİ
PROF. DR. AZRA ARKAN SERİM

İSTANBUL - 2019

TEZ ONAY SAYFASI

	T.C. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ YÜKSEK LİSANS TEZ ONAYI	
---	--	---

ÖĞRENCİNİN;

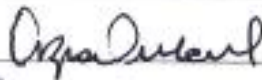
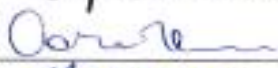
Adı ve Soyadı : GÖKÇE ŞAHİN CANDAŞ Numarası : 2501140677

Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF. DR. AZRA ARKAN SERİM

Tez Savunma Tarihi : 08.08.2019 Saati : 14.00

Tez Bağılığı : TAM HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÖZEL HASTANENİN HUKUKİ
SORUMLULUĞU

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ~~ÇOKÇULUKLA~~ karar verilmiştir.

JÜRI ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. AZRA ARKAN SERİM		KABUL
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ CANSU KAYA KIZILIRMAK		KABUL
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ CÜNEYT BELLİCAN		KABUL

YEDEK JÜRI ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ. DR. SANEM AKSOY DURSUN		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ ÖZLEM ACAR ÜNAL		

ÖZ

TAM HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÖZEL HASTANELERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

GÖKÇE ŞAHİN

Bireyler sağlık hizmetlerini kamu hastanelerinin dışında özel hastanelerden de alabilmekte ve bunun için özel hastane ile aralarında sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bu sözleşme, her iki tarafa da bir takım yükümlülükler getirmekte olup aynı zamanda bir özel hukuk tüzel kişisi olan özel hastanenin sorumlulukları hastalara göre daha fazla ve daha ağırdır. Özel hastane hem bir tacir olarak hem de yaşam hakkının bir parçası olan sağlık hizmetini sunan bir kurum olarak birçok yükümlülükler üstlenir. Öncelikli olan hastanın tedavisidir. Hasta sağlığına kavuşmalı veya bu mümkün değilse acıları en aza indirilmelidir. Diğer yükümlülükler ise hastanın tedavi sonrası bakımı ile hasta haklarından ve organizasyon sorumluluğundan kaynaklanan yükümlülüklerdir. Özel hastane tüm yükümlülüklerini kendisinden beklenen dikkat ve özen çerçevesinde, tıp biliminin gerek ve standartlarına uygun olarak yerine getirmelidir. Özel hastanenin yükümlülüklerine aykırı davranarak hastanın zararına sebep olması, hasta bakımından tazminat talep etme hakkı doğurur. Nitekim özel hastanenin yükümlülüklerinin karşılığını oluşturan hasta hakları da özel mevzuatıyla yasal koruma altına alınmıştır. Bu nedenle özel hastanenin yükümlülüklerini ihlal etmesi, genellikle hasta haklarının da ihlali anlamına gelmektedir. Bu durumda hakkı ihlal edilen hastalar, ilgili mevzuatta düzenlenen yasal yollara başvurabilecektir.

Tezimizde başta özel hastanelerin hukuki sorumlulukları olmak üzere hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliği, kuruluşu, taraflar, yükümlülükleri ve sözleşmenin sona ermesi tartışılmıştır. Kısaca hasta hakları ve sorumsuzluk anlaşmalarına da yer verilmiştir. Özel hastanelerle imzalanan sözleşmelerin, son yasal düzenlemeler ile uygulama alanı genişletilen tüketici mevzuatındaki yerinden bahsedilmiş ve bu uygulamaya yönelik eleştirilere de değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel hastane, sağlık hizmeti, tıbbi standart, hasta hakları, organizasyon sorumluluğu, hastaneye kabul sözleşmesi, sorumsuzluk anlaşması.

ABSTRACT

Individuals can receive health services from private hospitals as well as public hospitals and contractual relations are established between the parties for this purpose. This Agreement regulates obligations to both parties, and the responsibilities of the private hospital, which is also a private legal entity, are more in number and more severe than the patients. The private hospital undertakes many obligations, both as a merchant and as an institution providing health care that is part of the right to life. Treatment of the patient is the priority for the hospital. The patient should be restored to health or, if this is not possible, the suffering should be minimized. Other obligations are related to patient's post-treatment care, organizational responsibility and responsibilities arising from patient rights. The private hospital must perform all its obligations in accordance with the requirements and standards of the medical science within the framework of the care and attention expected from itself. Acting against the responsibilities of the private hospital and causing the damage of the patient gives the right to claim compensation in terms of the patient. As a matter of fact, the rights of the patients representing the compensation of the obligations of the private hospital have also been taken under legal protection by special legislation. Therefore, the violation of the obligations of the private hospital is usually a violation of the rights of the patient. In this case, patients whose rights are violated will be able to apply to the legal ways regulated in the relevant legislation.

In our thesis, the legal nature, establishment, parties, obligations and termination of the agreement were discussed, especially the legal responsibilities of private hospitals. In addition, in brief, patient rights and irresponsibility agreements are also included. The place of contracts signed with private hospitals in the consumer legislation, which has been expanded with the recent legislation, has been mentioned and criticisms of this practice have been addressed.

Key words: Private hospital, Health Service, medical standard, patient rights, organizational responsibility, hospital admission agreement, irresponsibility agreement.

ÖNSÖZ

“Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesinde Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu” konulu ve başlıklı yüksek lisans tezimi yazmaya, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki dört yıllık lisans eğitimimden sonra, avukatlık stajımın bir kısmında özel bir hastanenin şirket merkezinde çalışma fırsatı yakaladıktan ve bu alana duyduğum ilgiyi fark ettikten sonra karar verdim.

Özel hastanelerin sayısı artarken verdikleri hizmetlerin de çeşitlenmesi, başvuran hasta sayılarının artması ve hastaların sahip oldukları haklar bakımından bilinçlenmesi ile de bağlı olarak sağlık hukuku, gelişmekte olan alanlar arasına katılmıştır. Nitekim önceleri bu alandaki dava sayısı oldukça az ve kapsamlı bir kaynak dahi bulmak güçken bugün mahkemelerde tıbbi tedaviden kaynaklı birçok uyuşmazlık görülmekte, yayınlanan eser sayısı da artış göstermektedir.

Tezimizde, bir atipik sözleşme türü olan hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliğinden başlayarak tarafları, sözleşmenin kurulması, ağırlıklı olarak özel hastanenin hukuki sorumluluğu olmak üzere tarafların yükümlülükleri ve sözleşmenin sona ermesi tartışılmış; özel hastanenin yükümlülüklerinin karşılığı olan hasta haklarına yer verilmiş; 6502 s. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile gelen yenilikler ve 6098 s. Türk Borçlar Kanunu ile bir takım değişikliklere uğrayan sorumsuzluk anlaşmaları da özel hastaneler bakımından ele alınmıştır. Tez ile gelişmekte olan bu alana bir eser daha kazandırmak ve bu alanda çalışan meslektaşlarımıza, uyuşmazlık yaşayan taraflara yardımcı olabilmek amaçlanmıştır.

Öncelikle tez danışmanlığımı yapan değerli hocam Prof. Dr. Azra Arkan Serim’e tüm ilgisi, uzakları yakın eden desteği ve emeklerimin karşılığını almamdaki en büyük katkı olan değerli görüşleri için teşekkür etmek isterim. Ayrıca avukatlık stajım boyunca kendimi bu alan başta olmak üzere hukukun birçok alanında geliştirmeme ve avukatlığı severek, inanarak ve disiplinle icra etmeme yardımcı olan Av. Ahşen Oktay’a, beni sevgiyle, duydukları güven ve inancı her zaman sonuna kadar hissettirerek büyüten, her konuda arkamda duran ve bugünlere gelebilmem için hiçbir fedakarlığı esirgememiş olan canım anneme ve babama, aynı zamanda hekim adayı olan kıymetlim, biricik kız kardeşime ve son olarak motivasyonumu her

kaybettiğimde beni yeniden ayağa kaldıran, hayatıma yepyeni, kendisi gibi sıcacık ve pırıl pırıl bir sayfa açan canım eşim, hayat arkadaşım Dr. Gökay Candaş'a teşekkürü borç bilirim.

İnançla ve sevgiyle yapılan her iş mutlaka en güzel sonuçları ile birlikte sahibine dönecektir.

Konu ile ilgilenen herkesin fayda görmesini umarak hazırlamış olduğum bu tezin daha büyük başarılarla kapı açması dileğiyle.

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HASTANE KAVRAMI, HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN DİĞER SÖZLEŞME TÜRLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI, HUKUKİ NİTELİĞİ, TARAFLARI VE ÇEŞİTLERİ

1.1. Özel Hastane Kavramı	2
1.2. Genel Bakış	4
1.3. Diğer Sözleşme Türleriyle Karşılaştırılması	5
1.3.1. Eser Sözleşmesi ile Karşılaştırılması	5
1.3.2. Hizmet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması.....	7
1.3.3. Vekalet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması	8
1.4. Hukuki Niteliği.....	11
1.5. Sözleşmenin Tarafları.....	17
1.5.1. Özel Hastane	17
1.5.2. Hasta.....	18
1.6. Hastaneye Kabul Sözleşmesi Çeşitleri	18
1.6.1. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi.....	19
1.6.2. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi	22
1.6.3. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	24
1.7. Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Kuruluşu ve Şekli	25

İKİNCİ BÖLÜM

TAM HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HUKUKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

2.1. Genel Bakış	29
2.2. Özel Hastanenin Yükümlülükleri	30
2.2.1. Hastanın Tıbbi Teşhis ve Tedavisini Sağlama.....	30
2.2.2. Hastane Bakımını Sağlama.....	36

2.2.3. Hastanın Aydınlatılması	40
2.2.4. Hastanın Rızasının Alınması	52
2.2.5. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü	58
2.2.6. Kayıt Tutma Yükümlülüğü	63
2.2.7. Sır Saklama Yükümlülüğü	66
2.3. Hastanın Yükümlülükleri	68
2.3.1. Ücret Ödeme Yükümlülüğü	69
2.3.2. Gerekli Bilgi ve Belgeleri Verme Yükümlülüğü	70

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HASTA HAKLARI

3.1. Genel Bakış	72
3.2. Hasta Hakları	73
3.2.1. Bilgi İsteme Hakkı	73
3.2.2. Kayıtları İnceleme Hakkı	75
3.2.3. Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Hakkı	77
3.2.4. Hastanın Onuru İle Ölme Hakkı	79
3.2.5. Sağlık Personelini Seçme ve Değiştirme Hakkı	81
3.2.6. Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım Hakkı	83

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN İHLALİ, SORUMLULUK TÜRLERİ, TAZMİNAT VE DAVA HAKKI

4.1. Genel Olarak Sözleşmenin İhlali ve İhlalden Sorumluluk	85
4.2. 6502 S. TKHK Kapsamında Ayıplı Hizmetten Sorumluluk	87
4.3. Yardımcı Şahsın Fiilinden Sorumluluk (TBK m.116)	93
4.4. Özel Hastanelerin Organizasyon Kusuru	95
4.5. Malpraktis Ve Komplikasyon Kavramları İle Bunlardan Sorumluluk	101
4.5.1. Malpraktis	101
4.5.2. Komplikasyon	105
4.6. Sözleşme Öncesi Görüşme Sorumluluğu	106
4.7. Sözleşme Sorumluluğu Dışındaki Sorumluluk Sebepleri	107
4.7.1. Haksız Fiil Sorumluluğu (TBK m. 49)	107
4.7.2. Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluk (TBK m.66)	110

4.7.3. Gerçek Vekaletsiz İş Görme Sebebiyle Sorumluluk.....	112
4.7.4. Hastaneye Dışarıdan Çağrılan Hekimin Fiillerinden Sorumluluk	114
4.8. Sorumsuzluk Anlaşması	116
4.9. Tazminat ve Dava Hakkı	119
4.9.1. Maddi Tazminat	120
4.9.1.1. Bedensel Zararlar	121
4.9.1.2. Ölüm Halinde Tazminat	124
4.9.2. Manevi Tazminat	125
4.9.3. Tazminat Miktarının Belirlenmesi	127
4.9.4. Zamanaşımı Süresi	130
4.9.5. Görevli Ve Yetkili Mahkeme	131

BEŞİNCİ BÖLÜM

HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

5.1. Genel Bakış	133
5.2. Sona Erme Şekilleri ve Sonuçları	133
SONUÇ.....	137
KAYNAKÇA	139

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
Bkz.	: bakınız
C.	: cilt
E	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HHK	: Hususi Hastaneler Kanunu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
No	: numara
ÖHY	: Özel Hastaneler Yönetmeliği
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: sayı
T.	: tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TDT	: Tıbbi Deontoloji Tüzüğü
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire

Y : Yargıtay

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Yaşam hakkı bireylerin en temel Anayasal hakkıdır ve bu hakkın korunabilmesi sağlık hakkının varlığına bağlıdır. Sağlık hakkı ise ülkelerin gelişmişlik düzeyiyle doğru orantılı olan sağlık hizmetlerindeki elverişlilik ölçüsünde korunabilmektedir.

Ne yazık ki günümüzde personel yetersizliği, teknolojinin kısıtlılığı, hasta sayılarının fazlalığı ve kimi zaman hijyenik koşulların verimsizliği nedeniyle kamu hastaneleri mevcut ihtiyacı karşılamakta zorlanmaktadır. Buna karşın değişen ve giderek artan ihtiyaçları karşılama misyonları, gelişmiş teknolojileri, kurumlarla yaptıkları anlaşmalar ve reklam yasağına tabi olmak koşuluyla yapmış oldukları tanıtım faaliyetleri gibi sınırlı sayıda sayılamayacak sebeplerle, eskiye kıyasla daha fazla hasta özel sağlık kurum ve kuruluşlarını tercih etmektedir. Bu sebeptir ki, özellikle son on - yirmi yılda bu kurum ve kuruluşların faaliyetleriyle ilgili olarak gerek uyuşmazlıkların gerekse hukuki kaynakların sayısında artış gözlemlenmiş; sağlık hukukunun özel hukuku ilgilendiren alanları önemli ölçüde hareketlilik kazanmış ve "tıbbi malpraktis, komplikasyon, aydınlatılmış onam" gibi terimler en az tıpta olduğu kadar hukukta da kullanılır hale gelmiştir. Bunlara bağlı olarak hasta ile özel hastane arasındaki ilişkiyi düzenlemek adına akdedilen "Hastaneye Kabul Sözleşmeleri"nin gerek nitelikleri, gerekse tarafların üstlendikleri edimler açısından aydınlatılması gerekmektedir. Sözleşmenin daha çok özel hastaneye sorumluluk yükleyen bir sözleşme tipi olması ve hukuki uyuşmazlıkların da özel hastanelerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği, hasta haklarını ihlal edip etmediği noktasında toplanması karşısında şüphesiz ki özel hastanelerin sorumlulukları üzerinde daha fazla durulması ihtiyacı hasıl olmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HASTANE KAVRAMI, HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN DİĞER SÖZLEŞME TÜRLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI, HUKUKİ NİTELİĞİ, TARAFLARI VE ÇEŞİTLERİ

Özel Hastane Kavramı

Etkin, verimli ve kaliteli sağlık hizmeti sunulmasını sağlamak üzere, bütün özel hastanelerin tesis, hizmet ve personel standartlarının tespit edilmesine, sınıflandırılmasına, sınıflarının değiştirilmesine, amaca uygun olarak teşkilatlandırılmasına ve bunların açılmalarına, faaliyetlerine, kapanmalarına ve denetlenmelerine ilişkin usul ve esaslar, 27.03.2002 tarihli, 24708 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren (RG 13.04.2003/25078 – RG 14.01.2004/25346 – RG 03.03.2004/25391 – RG 28.5.2004/25475 – RG 21.10.2006/26326 – RG 15.02.2008/26788 – RG 23.07.2008/26945 – RG 11.3.2009/27166’da yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikler ile değişikliklere uğramıştır) Özel Hastaneler Yönetmeliği ile düzenlenmiş olup, bu hususlar, ilgili Yönetmeliğin 1. maddesinde Yönetmeliğin amaçları başlığı altında sayılmıştır.

Yönetmeliğin kapsamı ise 2. maddede düzenlenmiş olup ilgili hükme göre 24708 sayılı Yönetmelik, Devlete, il özel idarelerine, belediyelere, üniversitelere ve diğer kamu tüzel kişilerine ait hastaneler hariç olmak üzere; gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerine ait hastaneler açısından uygulama alanı bulmaktadır.

Bu hükümlerden ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu’nun “Devletin resmî hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları ‘hususi hastaneler’ den sayılır. Bunların açılma, kullanma, kapanma şartları bu kanunun hükümlerine bağlıdır” şeklindeki

birinci maddesinden yola çıkılarak özel hastane kavramı tanımlanacak olursa özel hastaneler, ÖHY’de asgari olarak öngörülen bina, hizmet ve personel standartlarını haiz olmak kaydıyla, yirmi dört saat süreyle sürekli ve düzenli olarak, bir veya birden fazla uzmanlık dalında hastalara ayakta ve yatırarak muayene, teşhis ve tedavi hizmeti veren; açılma, kapanma ve kullanılma şartları HHK ile düzenlenen hükümlere bağlı kuruluşlardır. Bu kuruluşları “özel” hastane yapan en önemli nitelikleri ise yukarıda da belirtildiği üzere gerçek kişi, adi ortaklık, dernek, vakıf veya Türk Ticaret Kanunu kapsamında bir ticari şirket tarafından kurulmuş ve işletiliyor olmalarıdır¹.

Oysa kamu hastaneleri, sağlık hizmeti sunmak suretiyle kamu yararına hizmet vermekte, vatandaşların tümünün bu hizmetten yararlanması amacı ile faaliyet göstermekte ve Devlet veya diğer kamu tüzel kişisi tarafından kurulup işletilmektedir. Buna bağlı olarak da bu hastanelerde çalışan hekim ve diğer personeller, kamu görevlisi olarak kabul edilmekte ve bunun en önemli sonucu da haklarında ceza davası açılabilmesi için ilgili hakkında izin verilmesi gerektiği yönündeki prosedürün işletilmesi ve olası zararlarda tazminat yükümlüsü olarak idarenin karşımıza çıkmasıdır. Hiç şüphesiz ki idare ve kamu görevlisi arasındaki rücu ilişkisi saklıdır. Ancak hukuki problemin ceza hukuku boyutunda, cezanın şahsiliği ilkesi uyarınca cezai sorumluluk kamu görevlisinin, yani hekimin veya diğer sağlık personellerinin, bizzat kendilerine ait olacaktır².

Vakıf Hastaneleri ise HHK m.7’de düzenlenmiş olup buna göre, gerçek veya tüzel kişiler tarafından hastane açılmak üzere yapılmış bağışların veya kurulmuş vakıfların yönetimi, vakıf senedi ile özel olarak oluşturulmuş bir müteveli heyete bırakılmış olabileceği gibi, bir kamu kuruluşuna verilmiş, hatta bir müteveli heyeti de gösterilmemiş olabilir. Eğer vakfeden bir müteveli heyeti göstermemiş ise vakıf hastanesi, il özel idaresi tarafından yönetilecek ve böylece kamuya ait diğer umumi hastaneler gibi olacaktır. Müteveli heyeti vakıf senedi ile belirlenmiş vakıf hastaneleri ise HHK kapsamında özel hastane sayılacak ve Sağlık Bakanlığı

¹ Gültezer Hatırnaz Erol, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu Ve Hasta Hakları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 40; Gülşah Gözpınar Karan, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s.24.

² Hakan Hakeri, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara 2007, (Çevrimiçi) <http://www.ankarabarusu.org.tr>, 20.11.2014.

tarafından denetlenecektir³.

İzah olunan sebeplerle kamu hastaneleri ile hasta arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisi iken, tezimize konu olan Hastaneye Kabul Sözleşmesi, hasta ile özel hastane arasında akdedilebilen bir özel hukuk sözleşmesidir. Bunun sonucu olarak da tarafların hak ve yükümlülükleri ile bunların ihlali halinde izlenecek yollar, kamu hukukundan farklılık göstermektedir.

Genel Bakış

Günlük hayatımızdaki sosyal ve ekonomik ilişkiler taraflar arasında çeşitli borç ilişkileri doğurmakta ve bu şekilde tekrarlanan ilişkiler, Borçlar Kanunumuzda düzenlenerek “tıp sözleşme” niteliği kazanmaktadır⁴. Ancak hasta ile özel hastane arasındaki ilişkiyi oluşturan hastaneye kabul sözleşmesi, Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir⁵.

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu sözleşme hastanın yatarak tedavi hizmeti alması gereken durumlarda ortaya çıkmaktadır. Zira ayakta tedaviler için vekalet sözleşmesi hükümleri geçerlidir. Bununla birlikte, sırf muayene, müşaade veya tedavi amacıyla da olsa hastane dahilinde hasta için devamlı bir oda tahsis edilmişse artık hastaneye kabul sözleşmesinin varlığından söz edilecek ve özel hastane de hastanın yatırılarak tedavi edilmesi edimini üstlenecektir⁶. Bu edimin kapsamını tıbbi müdahale ve hastane bakımı oluşturmaktadır. Tıbbi müdahalenin amacı, kişilik sahibi olan insanın sağlığını korumak ve devamını sağlamaktır. Bir başka deyişle bireyin vücut bütünlüğünü sağlamaya yönelik faaliyetler bütünüdür. Tıbbi müdahale, kişinin ruh ve beden sağlığına yönelik herhangi bir noksanlığı veya hastalığı teşhis ve tedavi etmek, bunun mümkün olmadığı hallerde hastalığı hafifletme, ilerlemesini ve kötüye gitmesini önlemektir. Ayrıca acılarını dindirmek, ortaya çıkmamış ancak çıkması muhtemel hastalıkları önlemek amacıyla kanunun yetkilendirdiği kimselerce tıp

³ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 40-41; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s.25.

⁴ Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2018, s.51

⁵ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.51; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s.35.

⁶ Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991, s. 133; Halil Akkanat, **Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni**, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 25.

biliminin öngördüğü genel kural ve esaslar uyarınca gerçekleştirilen faaliyettir⁷. Hastane bakımı ise tıbbi müdahaleler dışındaki mutad edimler olan hastanın ısınması, yeme – içmesi, barınması, ameliyata hazırlanması, tıbbi müdahale sonrası gerekli denetimlerin yapılması anlamına gelmektedir⁸. Dolayısıyla bu sözleşme ile hasta, özel hastaneden belirli bir süre yatırılma, tedavi edilme ve bakım hizmetini isteme hakkına sahip olur⁹. Özel hastanenin bu edimleri sebebiyle, tipik bir sözleşme olmayan hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliğinin diğer sözleşmelerle olan farklarının ve benzerliklerinin ortaya konulması gerekir. Hastanın tedavisi ile hastane bakımı vekalet ve hizmet sözleşmesinin niteliklerini taşıırken, hastaya özel yatak tahsis edilerek oda kullanımından faydalandırılması kira veya otelcilik, yedirilip içirilmesi ise satım sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır¹⁰.

1.3. Diğer Sözleşme Türleriyle Karşılaştırılması

1.3.1. Eser Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 470'te tanımlandığı üzere eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Kanuni tanımdan hareketle eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edimlerinin iş sahibinin talimatlarına uygun bir eser meydana getirmek ve meydana getirdiği eseri teslim etmek, iş sahibinin asli edimininse bunun karşılığında bedel ödemek olduğu kabul edilir¹¹. Ancak eser sözleşmesini diğer sözleşmelerden en belirgin şekilde ayıran özelliği, yüklenicinin, eserin iş sahibinin taleplerine uygun şekilde meydana geleceğine ilişkin sonucu taahhüt etmesidir¹². Oysa tıbbi tedaviler, ne hekimlerin ne de hastanenin sonuca ilişkin taahhütte bulunmalarına elverişli değildir¹³. Bunun istisnasını estetik amaçlı yapılan

⁷ Polat Tunçer, **Sağlık Hukuku Temel Bilgileri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 26.

⁸ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 26.

⁹ Ayan, **a.g.e.**, s.133; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s.36.

¹⁰ Ayan, **a.g.e.**, s. 140; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 37.

¹¹ Yavuz, **a.g.e.**, s.453; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 2 c., C: II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 4-6.

¹² Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Basım Yayım, 11. Baskı, Ankara 2018, s. 314-315; Yavuz, **a.g.e.**, s.453.

¹³ Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 63-64.

operasyonlar (diş protezleri, takma kol – bacak, estetik ameliyatlar gibi) oluşturmakta olup, Yargıtay¹⁴ içtihatları da bu yöndedir. Bununla birlikte Yargıtay, eski tarihli bir kararında¹⁵, estetik ameliyatların eser sözleşmesi kabul edilebilmesi için doktorun, estetik görünüm konusunda bir teminat vermiş olması gerektiğini belirtmiştir. Ancak açıkça sonuç taahhüdü şartı aramamış; örneğin burun ameliyatı olacak hastaya çektiği fotoğrafları göstererek hastanın burnu üzerinde planlamalar yapmasını da taahhüt olarak değerlendirmiştir¹⁶.

Yargıtay bu kararların tamamında eser sözleşmesi olarak kabul ettiği tıbbi müdahalelerin tedavi amaçlı olmadığını özellikle vurgulamıştır. Nitekim büyük ve sarkık göğüsleri yüzünden bel ve sırt ağrısı sorunu yaşayan ve bu ağrıların giderilmesi için doktora başvuran bir hastanın eser değil vekalet sözleşmesi akdettiğini, ancak bir estetik cerrahının gerçekleştirdiği bu tedavi sonrası meme uçlarının kaybolması şikayetinin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirileceği yönünde Yargıtay kararı da mevcuttur¹⁷. Bu kararlardan yola çıkarak doktrinde, tıbbi müdahalenin hukuki niteliğini tedavi amacı güdüp gütmmediği ayırımına göre belirlemek gerektiğini savunan da olmuştur¹⁸. Ne var ki bu görüşle çelişkili bir şekilde Yargıtay, tedavi amaçlı olmalarına karşın protez, köprü ve dolgu gibi tıbbi müdahaleleri istikrarlı biçimde eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir¹⁹.

Doktrinde²⁰ sonuç taahhüdü bulunan estetik ameliyatların dahi vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre hekim estetik amaçlı bir müdahalede bulunacak olsa ve bunun için sonuç taahhüdü ortaya koysa dahi her tıbbi müdahalede hekimin elinde olmayan sorunlar

¹⁴ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2006/4800 E., 2007/5945 K., 03.10.2007; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2018/4621 E., 2018/4686 K., 26.11.2018; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2018/3669 E., 2018/3580 K., 03.10.2018, Kazancı İçtihat Bankası, 05.05.2019.

¹⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 1993/ 131 E., 1993/2741 K., 05.04.1993, Kazancı İçtihat Bankası, 26.09.2016.

¹⁶ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2010/ 4538 E., 2010/5692 K., 25.10.2010, Kazancı İçtihat Bankası, 26.09.2016.

¹⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2012/ 177 E., 2012/6939 K., 15.03.2012, Kazancı İçtihat Bankası, 26.09.2016.

¹⁸ Zafer Zeytin, “Vekalet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi”, **Tıp Hukuku Dergisi**, C. 3. S. 6. (Ekim 2014), s.111

¹⁹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2004/ 3331 E., 2005/698 K., 14.02.2005; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2009/ 5712 E., 2009/6219 K., 16.11.2009; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2014/ 12673 E., 2015/6389 K., 15.04.2015, Kazancı İçtihat Bankası, 26.09.2016.

²⁰ Ayan, **a.g.e.**, s.56; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.64.

meydana gelebilmekte ve bunlar sonuç üzerinde etkili olmaktadır. Ancak çoğunluk görüşü, Yargıtay'ın güncel görüşü ile paralel olarak estetik ameliyatların eser sözleşmesi niteliğinde olduğu yönündedir²¹.

Bu nedenlerle özel hastane ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira özel hastanede hastanın tedavi edilmesi belli bir şekilde ortaya çıkan, bağımsız ve tek bir görüntü arz eden bir faaliyet oluşturmamaktadır²². Tıbbi müdahalenin başarılı olması, hekimin elinde olmayan bir takım etkenlere de bağlıdır. Bu nedenle de hastaneye kabul sözleşmesinin sonuç taahhüdünde bulunmaya elverişli bir sözleşme ilişkisi olmadığı aşıkardır²³.

1.3.2. Hizmet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Hizmet sözleşmesi ise Borçlar Kanunu m. 393'te işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da açıkça görüldüğü üzere hizmet akdinde işçinin işverene bağımlı olarak çalışması esastır. Bu bağımlılık işçinin işverene ait iş yerinde, onun temin ettiği araç gereçlerle, onun talimatlarına uygun olarak çalışması ve hesap vermekle yükümlü olması şeklinde ortaya çıkar²⁴. Bu nedenle hizmet sözleşmesinde işçi ve işveren arasında ast – üst ilişkisi mevcuttur²⁵. Bu kapsamda hizmet sözleşmesinin belirleyici unsuru, işçinin ücret karşılığında, belirli veya belirli olmayan bir süreyle işverene bağlı olarak iş görmesidir²⁶. Oysa hastaneye kabul sözleşmesinde tıbbi tedavi ve hastane bakımının belirli veya belirsiz bir zaman sürecinde değerlendirilmesi söz konusu olmadığı gibi, ne hekimin ne de hastanenin hastaya bağlı olarak, hastanın emir ve

²¹ Süheyl Donay, Doktorun Hukuki Sorumluluğu, **İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi**, S. 10, 1968, s.45; Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1998, s. 22; Tandoğan, **a.g.e.**, C.II, s.21; Yavuz, **a.g.e.**, s. 455.

²² Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Tekışık Ofset, Ankara 1993, s. 18; Tandoğan, **a.g.e.**, C.II, s.5-6; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 56.

²³ Reşat Atabek, Merih Sezen, Hekimin Mesuliyeti, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1954, C. XXVIII, S. 2, s.135-165; Ayan, **a.g.e.**, s. 55.

²⁴ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 531; Alper M. Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2018, s. 381; Yavuz, **a.g.e.**, s. 408-410; Şenocak, **a.g.e.**, s.19.

²⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s. 407; Hayrunnisa Özdemir, **Özel Hukukta Tıbbi Teşhis Ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.76.

²⁶ Gözpınar Karan, **a.g.e.**, 37; Yavuz, **a.g.e.**, s. 408-410; Şenocak, **a.g.e.**, s.19.

komutasında görev ifa etmesi, hastanın sağladığı iş yeri ve iş imkanları ile sınırlı olarak iş görmesi söz konusudur²⁷.

Üstelik hastaneye kabul sözleşmesinde hizmet sözleşmesindeki gibi sürekli bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. Sözleşmenin süresini hastanın sağlığına kavuşma durumu belirleyecektir²⁸.

Dolayısıyla hastaneye kabul sözleşmesinin hizmet sözleşmesi ile bağdaşan hiçbir yanı bulunmamakta olup doktrinde de aksi yönde görüş ileri sürülmemektedir. Bununla birlikte hekimin, çalışmalarını bir özel hastaneye tahsis ederek bu özel hastanenin kendisine sağladığı iş ve iş yeri imkanlarıyla ücret karşılığı hasta bakması bir hizmet sözleşmesi ile gerçekleşmekte olup, bu durum hasta ile akdedilen hastaneye kabul sözleşmesini hizmet sözleşmesi haline getirmeyecek ve hekim ile hastane arasındaki ilişkiyi düzenlediğinden şimdilik burada tartışılmayacaktır.

1.3.3. Vekalet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin doktrinde ve Yargıtay uygulamasında vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ve özel hastanenin de hasta menfaatine edimler üstlenmesi nedeniyle hastaneye kabul sözleşmesinin de bir vekâlet sözleşmesi olup olamayacağı sorunu en çok tartışılan hususlardandır. Bunu aydınlatmak için vekâlet sözleşmesinin tanımı ve tarafların yükümlülüklerine bakmak gerekir.

Şöyle ki; TBK m. 502/1 uyarınca vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Doktrinde de “*vekile, müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi, başarılı bir sonuç elde edilememesi rizikosunu müvekkile ait olmak üzere, nispeten bağımsız olarak yapma borcu yükleyen bir sözleşmedir*”²⁹ şeklindeki tanım kabul görmüştür. Ayrıca kanun maddesinin ikinci fıkrasında vekâlete ilişkin hükümlerin, niteliklerine

²⁷ Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları: Tıbbi Malpraktis - Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları**; Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 656; Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 495; Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara 2019, s.40.

²⁸ Er, **a.g.e.**, s.44; İpekyüz, **a.g.e.**, s.57.

²⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 356, Yavuz, **a.g.e.**, s. 554, Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 393; Gümüş, **a.g.e.**, s.122.

uygun düştükleri ölçüde, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir.

Vekâlet sözleşmesinin ayırt edici özellikleri için vekilin müvekkil menfaatine ancak nispeten ondan bağımsız hareket etmesi ve müvekkilin iradesine uygun olarak çalışması, ancak sonucun müvekkilin iradesine uygun olacağını taahhüt edememesi olarak belirlemek mümkündür³⁰. Bu özelliklerin hasta ile hekim arasındaki ilişkiye uygun olması nedeniyle bu ilişkinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı görüşü de doktrinde büyük ölçüde kabul görmüştür³¹. Aynı şekilde Yargıtay'ın da artık yerleşik hale gelmiş içtihatları bu görüşleri desteklemektedir. Örnek olarak; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2005/13615E., 2005/19261K. numaralı, 27.12.2005 tarihli kararında³² *“Bununla birlikte, doktor ile hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesine dayalı bir ilişki olup vekilin müvekkiline karşı görevini ifa ederken bu görevi dikkat, özen ve sadakatle yerine getirme zorunluluğu vardır. Vekil, en ufak kusurundan dahi sorumludur.”* şeklinde hüküm tesis ederek hasta ile hekim arasındaki ilişkinin bir vekâlet sözleşmesi olduğunu belirtmiştir.

Yine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2006/10068E., 2006/13288K. numaralı, 10.10.2006 tarihli kararında³³ *“Dava, sezaryenle doğum ameliyatı sırasında hatalı anestezi uygulandığı ve bu nedenlerle ölüm gerçekleştiği iddiasına dayalı maddi ve manevi zararın tazmini istemine ilişkindir. Davada, davalı hastanenin doğumun gerçekleştirilmesi amacıyla kendisine başvuran davacıyı, görevli doktorları aracılığı ile doğumu gerçekleştirmeyi üstlendiği açıktır. Uyuşmazlık, ameliyat sırasında anesteziyi yapan davalı doktorun hukuka aykırı bir eyleminin, kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre, dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmakta olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (BK. m. 386-390). Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de; bu sonuca ulaşmak için*

³⁰ Yavuz, **a.g.e.**, s. 525; Gümüş, **a.g.e.**, s.126.

³¹ Ömer Köprülü, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.LVIII, sayı 10,11, 12, 1984, s. 600, Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., Ankara 1991, s. 54; Tandoğan, **a.g.e.**, C: II., s. 216; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.16; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.60.

³² Kazancı İçtihat Bankası, 28.09.2016

³³ Kazancı İçtihat Bankası, 28.09.2016

gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur” şeklinde gerekçelendirdiği kararıyla hasta ile hekim arasındaki ilişkinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu yönündeki tespitini tekrarlamış ve bu nedenle hekimin vekil sıfatıyla sorumlu olduğunu; istenilen sonuca ulaşmak için gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olduğunu, ancak sonucun elde edileceğini taahhüt edemeyeceğini belirtmiştir.

Vekalet sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran önemli özelliklerinden biri de karşılıklı güven prensibinin en ağır bastığı ve ücretin esaslı unsur olmadığı bir sözleşme türü olmasıdır. Nitekim TBK m.502/3’te açıkça düzenlendiği üzere vekil, ancak sözleşmede kararlaştırılmışsa veya bu konuda teamül varsa ücrete hak kazanır³⁴.

Bir iş görme sözleşmesi olan vekalet sözleşmesinde vekilin, özellikle uzmanlık gerektiren bir iş icra ettiğinde, müvekkiline karşı bağımsızlığı yüksek önem arz eder. Örneğin tıbbi tedavide hekim hastaya değil tıp kurallarına bağlıdır. Bu kurallar çerçevesinde işi görürken, zaman, yer ve iş görme şartları bakımından faaliyetlerini serbestçe düzenleyebilecektir³⁵.

Yargıtay’ın az sayıdaki eski tarihli kararlarında ise, hekim ve hasta arasındaki ilişkinin niteliği üzerinde durulmadan hukuki sorunun haksız fiil hükümleri çerçevesinde değerlendirildiği de görülmüştür³⁶. Biraz daha ileri tarihlerde ise bu kez hekim ve hasta arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi olarak kabul edilirken hasta ve hastane arasındaki sorumluluk bakımından yalnızca adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri üzerinde durulup sözleşme ilişkisinin tartışılmadığı kararlar tesis edilmiştir³⁷.

Özen borcu ve sonucu taahhüt edememenin yanında, ücretin sözleşmenin esaslı unsuru olmaması, taraflar arasındaki ilişkinin güvene dayanması, bu nedenle de

³⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s.122; Yavuz, **a.g.e.**, s. 523; Özdemir, **a.g.e.**, s. 54.

³⁵ Çetin Aşçıoğlu, **Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Olgaç Matbaası, Ankara 1982, s.17; Aral/ Ayrancı, **a.g.e.**, s. 401; Er, **a.g.e.**, s. 43; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.60; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.57.

³⁶ YHGK, 1976/4-3596 E., 1978/696 K., 28.06.1978, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 1982/7237 E., 1983/1782 K., 14.03.1983; Kazancı İçtihat Bankası, 28.09.2016.

³⁷ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2002/12276 E., 2003/1077 K., 04.02.2003; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2004/14543 E., 2005/2896 K., 24.02.2005; Kazancı İçtihat Bankası, 28.09.2016.

vekilin kural olarak şahsen ifa ile yükümlü olması, sözleşmenin belirli veya belirsiz bir süreye bağlanmayıp, hastanın sağlık durumu elverişli hale gelinceye kadar ilişkinin devam etmesi gibi özellikleriyle de hasta – hekim arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesine uygundur³⁸. Ne var ki, vekâlet sözleşmesi hükümlerinde yer alan vekilin her zaman istifa edebilmesi imkânı, hasta ile gerek hastane gerekse hekim arasındaki ilişkiye uygulanması açısından tehlikelidir. Zira hastane ve doktor, hastaya gerekli sağlık hizmetini sunmakla yükümlü olup, sözleşmeyi istedikleri zaman sebep göstermeksizin feshedebilmeleri hastanın menfaatine aykırı olacak ve genel olarak sağlık hakkının korunması prensibinin ihlali anlamına gelebilecektir. Bununla birlikte, tarafların menfaatleri birlikte gözetilerek Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 19'daki hükümle, tedavi bitmediği halde vekalet ilişkisinin sona erdirilme şartları düzenlenmiştir. Buna göre, tabip ve diş tabibi, mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilecektir. Ancak bu halde, diğer bir meslektaşının tedavi veya müdahalesine imkan verecek zamanı hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmekle yükümlüdür. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sağlığının zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaşını temin etmediği sürece hastayı bırakamayacaktır. Hastasını bu şartlarla bırakan tabip veya diş tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedaviye ait müşahade notlarını da teslim etmelidir.

Ancak vekalet sözleşmesi, hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi düzenlemekte olup, hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastane yalnızca tıbbi tedavi hizmeti sunmamakta; barınma, yeme-içme gibi otelcilik edimleri ile de ortaya çıkmakta; tıbbi tedaviden ise, sözleşmenin türüne göre bazen tek başına hekim, bazen de hekimle birlikte hastane sorumlu olduğundan, tamamen vekalet sözleşmesi hükümlerinden yararlanmak mümkün olmamaktadır.

Bu sebeplerle yukarıdaki sözleşme tiplerinin hiçbirinin hastane ile hasta arasındaki ilişkiyi tam olarak karşılamadığı açıktır.

³⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s. 25-26; Yavuz, **a.g.e.**, s. 567; Tandoğan, **a.g.e.**, C.II, s. 360; Ayan, **a.g.e.**, s.55; Hatırmaz Erol, **a.g.e.**, s. 58-60.

1.4. Hukuki Niteliği

Hastaneye kabul sözleşmesinde olduğu gibi taraflardan birinin birden fazla sözleşme hükümlerinin farklı edimlerini yerine getirmesi karşılığında, diğer tarafın genellikle belli bir sözleşme türüne özgü olmayan bir miktar para ödemesiyle kurulan sözleşmeler, kombine sözleşme olarak nitelendirilmektedir³⁹. Nitekim hastaneye kabul sözleşmesinde hastane, vekalet (tıbbi tedavi), kira (oda tahsisi), hizmet (temizlik, bakım) ve satış (yiyecek-içecek verilmesi) sözleşmeleri ile düzenlenen birden fazla edimi yerine getirmekte iken hastanın asli edimi ücretin ödenmesidir⁴⁰.

Kombine sözleşmeler karma sözleşmelerin bir türü olmakla beraber, doktrinde karma sözleşme kavramı şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Karma (muhtelit) sözleşmeler, kanunun çeşitli akit tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesiyle vücut bulan akitlerdir”*⁴¹.

İçlerinde birbirinden farklı sözleşme tiplerinin unsurlarını barındıran bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, hangi sözleşme tipine ait hükümlerin uygulanacağı sorunu, farklı kuramların ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Çeşitli tiplerin birbirini götürmesi kuramına göre karma sözleşmelere, unsurlarını taşıdıkları sözleşmelerin özel hükümlerinin hiçbiri kıyas yoluyla dahi uygulanmamalı, bu sözleşmeler borçlar hukukunun genel hükümlerine göre çözümlenmelidir⁴². Ancak hakimin karar özgürlüğünü aşırı ölçüde kıyaslayan bu kuram, pek kabul görmediği gibi, uygulamada da başvurulan bir yöntem değildir.

Soğurma kuramı ise hangi sözleşme türüne ait unsur daha önemliyse, o sözleşme türünün hükümlerinin karma sözleşmenin tamamına uygulanması gerektiğini savunur⁴³. Roma hukukundan esinlenen bu kuram, taraflarca eşit önemi haiz olduğu iddia olunan veya hangisinin daha önemli olduğu hususunda karara varmanın zor olduğu edimler için sözleşme serbestsinin ve taraf iradelerinin hiçe sayılması

³⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, C: I., s. 71

⁴⁰ Akkanat, **a.g.e.**, s.28; Ayan, **a.g.e.**, s.142

⁴¹ Tandoğan, **a.g.e.**, C: I, s. 69; Aydın Zevkliler / Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s.44; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 64-67.

⁴² Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit**, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, İstanbul 2013, s.127; Tandoğan, **A.e.**, C: I, s. 73.

⁴³ Tandoğan, **A.e.**, C: I, s. 73; Kuntalp, **a.g.e.**, s. 127.

anlamına geleceği için Federal Mahkeme ve İsviçre yazarları tarafından reddolunmuştur⁴⁴.

Birleştirme kuramı, her edimin, ait olduğu sözleşme türünün hükümlerine tabi olduğu yönünde çözüm getirmekte, ancak aynı sözleşmeye aynı anda farklı sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanmasının her zaman mümkün olmadığı nedeni ile eleştirilmektedir⁴⁵. Örneğin bir edimin ait olduğu sözleşme türünde şekil şartı varken, diğerinde olmayabilir. Zira karma sözleşmeler farklı sözleşmelerin basitçe birleşmesinden değil, bir sentez oluşturmaktan meydana gelmektedir.

Yaratma (kıyas) kuramı ise kuramlar arasında uygulamaya en elverişli olanı olup bu kurama göre kanunen düzenlenmemiş olan karma sözleşmeler hiçbir sözleşme türünün hükümlerine doğrudan tabi olamaz, ancak uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulanabilir. Bu sözleşmelerin yorumlanmasında hakim, tarafların karşılıklı menfaatlerini gözetmeli, gerektiğinde karma sözleşmeyi oluşturan edimlerin ait olduğu sözleşme tiplerinin hükümlerini ayrı ayrı, gerektiğinde bu sözleşmelerden yalnızca birini uygulamalı, veya bunları bir kenara bırakıp borçlar hukukunun genel hükümlerinden faydalanmalı, bunlardan bir sonuca varamazsa örf – adet hukukunu uygulamalı, bu da bir sonuç vermiyorsa kendisi kanunkoyucu gibi hareket etmelidir⁴⁶. Medeni Kanunumuzun benimsediği prensiplere de en uygun olan kuram yaratma kuramıdır. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de 1975/4714 E., 1975/5159 K. numaralı, 25.12.1975 tarihli kararında ilke olarak, çift tipli karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kurallarının doğrudan doğruya uygulanacağını, değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar birbirine ters düştüğü takdirde, karşılıklı çıkarların tartılmasına göre hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁷.

Doktrindeki bu görüşlere karşın bir diğer görüş⁴⁸, hastanın hastaneye başvurmasındaki asıl amacının tedavi olmak olduğunu, bu nedenle vekâlet sözleşmesinin ağır bastığını, hastanenin yerine getirdiği edimlerin ise tedavinin

⁴⁴ Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayıncılık, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 28.

⁴⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, C: I, s. 74, Kuntalp, **a.g.e.**, s. 127..

⁴⁶ Tandoğan, **A.e.**, C: I, s.73-75, Kuntalp, **a.g.e.**, s. 127.

⁴⁷ Kazancı İçtihat Bankası, 28.09.2016.

⁴⁸ M. Enis Sarıal, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986, s. 44.

yanında tali nitelikte olduğunu; bu nedenle hastaneye kabul sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi ağırlıklı bir karma sözleşme olduğunu savunmaktadır. Uygulanacak hükümlerin ise tıbbi tedaviye ilişkin olarak vekâlet sözleşmesi hükümleri, diğer yükümlülöklere ilişkin olarak da (yedirme, içirme, barındırma) uygun düştüğü ölçüde tipik sözleşmelerin hükümleri olduğunu belirtmektedir. Aynı yöndeki bir başka görüş⁴⁹ de bu görüşün isabetli olduğunu, çıkabilecek ihtilafların çözümünde kolaylık sağladığı, güven unsurunun özel önem taşıması nedeniyle hastanın her zaman sözleşmeyi sona erdirme hakkının bulunduğunu savunmaktadır.

Kanaatimizce de yaratma kuramı hasta menfaati açısından daha elverişlidir. Zira sözleşmenin güçlü tarafı hastane, zayıf tarafı ise hastadır. Aralarındaki birçok sözleşme türüne ait edimi barındıran bu ilişkiye doğrudan bir sözleşme hükmünü uygulamaktansa, somut olaya uygun düştüğü ölçüde hükümlerin kıyasen uygulanması hastanın lehine olacaktır. Kaldı ki, hasta menfaati bir yana, kombine sözleşme tanımının hastaneye kabul sözleşmesi ile örtüşmeyen, aksayan bir unsur da bulunmamaktadır. Zira özel hastane yalnızca tıbbi tedavi değil, barınma, bakım, yeme-içme gibi edimler de üstlenmekte olup hasta, bu edimler için de ödeme yapmaktadır. Hatta şu kadar ki kimi zaman hasta, bir özel hastaneden bağımsız olarak hekimle anlaşmakta; yalnızca ameliyathane ve oda kullanımı için hastaneye başvurmaktadır. Böyle bir durumda hastanenin hasta ile arasındaki ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır⁵⁰.

Ne var ki Yargıtay'ın, hastane ile hasta arasındaki ilişkinin, hekim ile hasta arasındaki ilişkiden farksız olduğu, yani vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde kararları da mevcuttur. Örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2003/1529 E., 2003/11279 K. sayılı, 07.10.2003 tarihli kararında, *“Davalı şirket, ameliyatın tesisinde yapılmasını kabul etmekle, aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Davacı, diğer davalı doktorun önerdiği davalı şirkete ait sağlık tesisinde ameliyat edilmeyi onaylamış; davalı şirket de tesislerinde ameliyat ve tedavinin yapılmasını kabul etmiştir. Şu durumda davacı ile davalı doktor arasında doğrudan doğruya ve sağlık tesisi ile de davalı doktorun aracılığıyla hukuki*

⁴⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 143.

⁵⁰ Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 45.

ilişki kurulmuştur... Diğer bir anlatımla davalı şirket, diğer davalının yapacağı doğum ve tedavinin istenen biçimde sonuçlanacağını, bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını vekaleten kabul etmektedir. Şu durumda davalı doktorun tedavi hatasından da meydana gelse, zarardan davalı şirket, doktorla birlikte sorumludur.” Şeklindeki hükümle, hasta ile hastane arasında doktordan dolayı da olsa vekalet sözleşmesi kurulduğunu belirtmiştir⁵¹.

Aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2009/13-393 E., 2009/452 K., 21.10.2009 tarihli, “*Özel hastanelerde kural olarak hekimle hasta arasında değil; hastaneyle hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Özel hastaneyle hasta arasındaki sözleşme, Borçlar Kanununda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisiyle yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbi hem de diğer mutad edimleri(yatırma, yedirip içirme vs.) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye “Hastaneye Kabul Sözleşmesi” adı verilmektedir... Bu şekilde hastaneye(hasta)kabul sözleşmesi adı altında, birden fazla edimi içeren, karma yapıda ve nitelikte, bir sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusudur... Özellikle, tam hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastane işleticisinin hastaya karşı; hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli tıbbi hizmetlerin verilmesi edimi başta olmak üzere, hastane bakımının sağlanması, hastanenin organizasyonu ve işleyişini gerçekleştirme yükümleri asli edim yükümleri olarak ortaya çıkmaktadır... Hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti bakımından, günümüzde gerek Alman ve İsviçre hukuklarında, gerekse Türk hukukunda “karma sözleşme” olarak kabul edilmektedirler. Ancak uygulamada getirilen çözümlerde farklılıklar görülmektedir... Türk hukukunda ise, hastaneye kabul sözleşmesinin, asıl edimini oluşturan tıbbi tedavi ediminin ait olduğu tip, yani vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, ancak diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanması amaca elverişli olacağı belirtilmiştir... Yukarıda da ifade edildiği gibi, Borçlar Kanunu veya diğer kanunlarda düzenlenmeyen hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında, davalı hastanenin sorumluluğu bakımından uygulanabilecek yasal hükümler incelendiğinde; 818 sayılı Borçlar Kanununun(B.K.) 386 ncı maddesine göre;*

⁵¹

Kazancı İçtihat Bankası, 28.05.2016.

“Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler. Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.” Akit çerçevesinde vekil bir sonuca ulaşmak için belli bir yönde iş görür. B.K. 390/2 nci maddesine göre de; “Vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir.” ...

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında; yasada düzenlenmeyen iş görme sözleşmeleri hakkında vekaletle ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ortaya konulmaktadır. Nitekim aynı ilke, Hukuk Genel Kurulu’nun 11.12.2002 tarih ve 2002/13-1011E. – 1047 K. sayılı ilamının gerekçesinde de; “Gerçekten de, B.K. nun 386/2 nci maddesi hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekalet hükümleri geçerlidir...” Somut olayda olduğu gibi, özel hastaneyle hasta arasındaki uyuşmazlıkların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğreti ve Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır... Böylece taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan hukuki uyuşmazlığa Borçlar Kanununun vekaletle ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı her türlü duraksamadan uzaktır...”⁵² şeklindeki kararı ile de, hastanın hekim dolayısıyla bir özel hastaneye başvurması halinde dahi asıl edimin tıbbi tedavi olduğunu, bu nedenle de tıbbi tedaviden doğan uyuşmazlıklarda hastane ile hasta arasındaki ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

Kanaatimizce Yargıtay’ın bu yöndeki kararları, hastaneye kabul sözleşmesinin karma sözleşme türlerinden kombine sözleşme niteliğinde olduğunu değiştirmemektedir. Zira yukarıda özetlenen Yargıtay kararlarına konu uyuşmazlıklar, hastanın hatalı bir tıbbi tedavi görmesi sonucu bundan hekimin ve hastanenin sorumluluklarına ilişkindir. Tıbbi tedavi ediminin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu hususu şüphesizdir. Bu nedenle de tazminat talebinin sebebi olarak tıbbi tedavinin gösterilmesi halinde elbette vekalet sözleşmesi hükümlerine başvurulacaktır. Ancak uyuşmazlık konusunun hastanenin diğer edimleri olan barınma, bakım, organizasyon, yeme-içme gibi edimler olması halinde, bu edimlere vekalet sözleşmesinin

⁵² Kazancı İçtihat Bankası, 28.05.2016.

uygulanması söz konusu olmayacak, uygun düştükleri sözleşme tiplerinin hükümlerine başvurmak gerekecektir. Nitekim kararın içerisinde yer alan “*Türk hukukunda ise, hastaneye kabul sözleşmesinin, asıl edimini oluşturan tıbbi tedavi ediminin ait olduğu tip, yani vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, ancak diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanması amaca elverişli olacağı belirtilmiştir...*” şeklindeki açıklama da bu kabulü teyit etmektedir.

1.5. Sözleşmenin Tarafları

Özel hastaneye kabul sözleşmesinin tarafları özel hastane ve hastadır.

1.5.1. Özel Hastane

Birinci bölümde⁵³ de bahsedildiği gibi özel hastane, 24708 s. Yönetmelikte asgari olarak öngörülen bina, hizmet ve personel standartlarını haiz olmak kaydıyla, yirmi dört saat süreyle sürekli ve düzenli olarak, bir veya birden fazla uzmanlık dalında hastalara ayakta ve yatırarak muayene, teşhis ve tedavi hizmeti veren; açılma, kapanma ve kullanılma şartları HHK ile düzenlenen hükümlere bağlı olan; gerçek kişi, adi ortaklık, dernek, vakıf veya Türk Ticaret Kanunu kapsamında bir ticari şirket tarafından kurulup işletilen sağlık kuruluşudur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, hastaneye kabul sözleşmesinden bahsedebilmek için hastanın hastaneye yatışının gerçekleştirilmesi gerektiğinden, yatarak tedavi hizmeti sunmayan poliklinikler bu kapsamda özel hastane olarak kabul edilemeyecektir ve hastaların onlarla imzaladıkları sözleşmeler de hastaneye kabul sözleşmesi olmayacak, yalnızca tıbbi tedavi sözleşmesi hükmünde olacaktır. Aynı şekilde yaşlılar yurdu, kimsesizler yurdu, kaplıca, ılıca gibi tıbbi tedavi icra edilse de merkeze kabulün asıl amacının bu olmadığı; daha çok yeme, içme ve barınma hizmetlerinin ön planda yer aldığı hallerde de hastaneye kabul sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Buna karşın akıl ve ruh hastalıkları hastaneleri gibi belli ve birkaç hastalığın tedavisine yönelik faaliyet gösteren hastaneler hastaneye kabul sözleşmesine taraf olabilecektir⁵⁴.

⁵³ Bkz.: s.2

⁵⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 132

Kamu hastanelerininse, hasta ile aralarında kamu hukuku ilişkisi kurulduğu ve bu nedenle hastaneye kabul sözleşmesinin tarafı olamayacaklarını da belirtmiştik.

Özel hastanelerin açılması Sağlık Bakanlığı'nın izni ve gerekli inceleme sonucu vereceği ruhsat ile mümkün olup aynı zamanda özel hastaneler Sağlık Bakanlığı'nın denetimine tabidir (HHK m.3, m.33).

HHK m. 9, m. 23 ve 24708 s. Yönetmelik m. 16 uyarınca özel hastanelerin tıbbî, idarî ve teknik hizmetleri bir mesul müdür sorumluluğunda yürütülür. Bu kapsamda hastaların tıp biliminin öngördüğü esaslara uygun olarak tedavi görmesinden de mesul müdür sorumludur.

Özel hastaneler bir gerçek veya tüzel kişilik tarafından işletilir ve işleticinin gerçek kişi olmadığı hallerde, ki uygulamada genelde özel hastaneler bir ticari şirket tarafından işletilmektedir, yönetimin kontrolü için bir yönetim kurulu tayin edilir (HHK m. 10)⁵⁵.

Ayrıca özel hastaneler, tababet uzmanlık tüzüğünde gösterilen veya açılma izinlerinde yazılı bir ya da birkaç uzmanlık dalıyla ilgili hastaları ya da tıbbi yardım isteyenleri kabul ve tedavi ederler, bunlar dışındaki hastaları kabul edemezler.

1.5.2. Hasta

Hasta Hakları Yönetmeliği⁵⁶ m. 4 uyarınca hasta, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimsedir. Yani hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastanenin karşısındaki taraf olan hasta, sağlık ve iyilik halinde olmayan, sağlık personellerinin yardımına ihtiyaç duyan kişiler olarak karşımıza çıkar.

1.6. Hastaneye Kabul Sözleşmesi Çeşitleri

Hastaneye kabul sözleşmesi ile hastane işleticisi (tez içerisinde kısaca “hastane” olarak da anılabilecektir.), tıbbi tedavinin yanında hastayı barındırma, yedirip içirme ve tıbbi tedaviye destek teşkil eden gerekli diğer bakımları yerine getirme gibi

⁵⁵ Ayan, **a.g.e.**, s. 128-129; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 72; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 24-25.

⁵⁶ 16.01.2019 tarihli, 30657 sayılı Yönetmelik ile değişik, 01.08.1998 tarih, 23420 sayılı RG’de yayımlanan.

edimler üstlenir. Tıbbi tedavi dışındaki edimleri tek başına üstlenirken, tıbbi tedavi edimi bazen tek başına hekim tarafından, bazen tek başına hastane işleticisi tarafından, bazense her ikisi tarafından birlikte üstlenilmektedir. İşte bu edimin üstleniliş tarzına göre tam hastaneye kabul sözleşmesi veya bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi ortaya çıkmaktadır.

Belirtmek gerekir ki Alman hukukunda bu sözleşme türlerine ilave olarak hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi de bulunmakta iken, İsviçre hukukunda tam veya bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olarak ikili ayrıma gidilmekle yetinilmiştir⁵⁷.

1.6.1. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu tür hastaneye kabul sözleşmelerinde hastane işleteni sağlık yardımına ilişkin tüm edimleri (tıbbi tedavi, barındırma, yedirip içirme ve benzeri) üstlenmiştir⁵⁸. Ayırt edici nokta ise hastane bu edimleri kendisine bağlı çalışanlar aracılığıyla yerine getirmekte olup hekimler de buna dâhildir. Daha açık bir anlatımla hastane, tedavinin gereği olan müdahalelerin, ehil personeller tarafından yerine getirilmesi borcunu üstlenmektedir⁵⁹. Bu kapsamda hastane, kendi çalışanı olan hekim eliyle tıbbi tedavi yürütebileceği gibi, dışarıdan hekim getirmekte de serbesttir ve daha önemlisi, hasta herhangi bir hekim seçmeksizin hastaneye başvurduğu takdirde hastane, hekimi bizzat seçme hakkına da sahiptir⁶⁰. Hatta doktrinde hastanenin bu hakkını oldukça geniş ve katı yorumlayarak sözleşmenin yalnızca hastane işleticisi ve hasta arasında akdedilmesi ve hastanenin gerek tıbbi tedavi gerekse tıbbi tedavi dışındaki her türlü edimi tek başına üstlenmesi nedeniyle, hastanın da belli bir hekim veya ekip tarafından tedavi edilme gibi bir talepte bulunamayacağını; bu şahısların tayininin münhasıran hastane işleticisine ait olduğunu ileri süren yazarlar⁶¹ da vardır. Dolayısıyla bu sözleşme tipinde sözleşmenin tarafları hastane işleticisi ve hastadır. Hekim, sözleşmeye taraf değildir. Bu sözleşmeye dayanarak hastane işleticisi

⁵⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 133-134; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 97.

⁵⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 134; Sarial, **a.g.e.**, s. 89; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 97.

⁵⁹ Sarial, **a.g.e.**, s. 89; Akkanat, **a.g.e.**, 27.

⁶⁰ Akkanat, **a.g.e.**, 27; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 46.

⁶¹ Reşat Atabek "Hastanelerin Sorumluluğu", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. X, XI, XII, 1986, s. 634; Ayan, **a.g.e.**, s. 134; Sarial, **a.g.e.**, s. 89.

tarafından çalıştırılan veya görevlendirilen personeller ise TBK m. 116 uyarınca ifa yardımcısı konumunda olup özel hastane bu ifa yardımcılarının, hastaya karşı olan tüm yükümlülüklerini yerine getirmelerinden sorumludur⁶². Nitekim ilgili madde hükmü; *“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” şeklindedir.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde hekimin veya yardımcı personelin davranışı sebebiyle uğranılan zararlara dayanan uyuşmazlıklarda hastane işleticisi aleyhinde dava ikame ederken yasal dayanak, TBK m. 116 olacaktır. Zira hem hasta ve hastane arasında bir sözleşme bulunması hem de zamanaşımı ve ispat bakımından hastanın daha menfaatine olması sebebiyle TBK m.116’ya başvurulması, TBK m.66’da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğuna dayanılmasından daha isabetlidir.

Bununla birlikte, tam hastaneye kabul sözleşmesinde hekim, sözleşmeye taraf olmayıp ifa yardımcısı konumunda olduğundan ve hastayla arasında herhangi bir sözleşme bulunmadığından, şartlarının mevcut olması halinde hekime karşı haksız fiil sorumluluğuna dayanmak da mümkündür. Ne var ki bazı yazarlar hekimin ifa yardımcısı olarak nitelendirilmesini de eleştirmiştir.

Atabek ve Aşçıoğlu, hekimin mesleğini icra ederken bağımsız olması gerektiğine dayanarak, ifa yardımcısı sıfatı ile sorumlu tutulamayacağını savunmuştur. *Atabek*⁶³, gerek özel gerekse devlet hastanelerinde, hekimin kesinlikle emir ve komuta altında tutulamayacağını, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü uyarınca özgür olması gerektiğini, ancak

⁶² Akkanat, **a.g.e.**, 27; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 97.

⁶³ Atabek, **a.g.e.**, s. 634.

ifa yardımcılığının bu düzenleme ile bağdaşmadığını ileri sürerken Aşçıoğlu⁶⁴, daha detaylı bir inceleme yaparak çeşitli gerekçeler sunmuştur. Yazar, öncelikle tıbbi tedavide bağımsız olması gereken hekimin, ifa yardımcısı kabul edilmesi halinde hastane işletmecisinin denetim, gözetim ve emri altında olduğunun da kabul edilmiş olacağını, ancak hekimin böyle bir ast-üst ilişkisi içinde tıbbi yardımda bulunamayacağını, onun özgür ve bağımsız olarak bizzat tıbbi müdahalede bulunabileceğini belirtmiştir.

Bir diğer gerekçe olarak hastanın hastaneyle imzalamış olduğu hastaneye kabul sözleşmesinin en önemli unsurlarından birinin güven ilişkisi olduğunu, bu güvenin hastanın tıbbi tedavisiyle ilgilenecek hekime de ilişkin olduğunu, ancak hekimin ifa yardımcısı olarak nitelendirilmesinin güven ilişkisini zayıflatacağını savunmuştur.

Ayrıca yazar, hastaneyle yapılan sözleşme ile hastanın hastaneye tıbbi el atma için değil, tıbbi el atmayı (tedaviyi) gerçekleştirecek hekimi seçmesi için rıza gösterdiğini, bunun da bir “ikame vekil” ilişkisi olduğunu iddia etmektedir.

Kanaatimiz ise hekimin ifa yardımcısı olarak nitelendirilmesinin bağımsızlığına engel arz etmediği yönündedir. Zira borçlar hukuku ilkeleri uyarınca bir kimsenin ifa yardımcısı olarak nitelendirilmesi için kimsenin emir ve buyruğu altında çalışmasına gerek olmadığı açıktır⁶⁵. İfa yardımcılığı, bir borcun ifasına katılmayı ifade eder. Bu ilişki bir istihdam ilişkisini gerektirmediği gibi, bir defaya mahsus dahi olabilmektedir⁶⁶. Zira bir kimsenin emir ve buyruğu altında, istihdam ilişkisi ile çalışmak TBK 116 değil, TBK 66’da düzenlenen adam çalıştırmanın, çalıştırdığı kişinin verdiği zararlardan sorumluluğunun şartıdır. Kaldı ki hekimler, özel hastanelerle yaptıkları hizmet sözleşmeleri vesilesi ile çalıştırılan konumunda da olabilmektedir. Bunlar yalnızca hastane ve hekimin sorumluluklarının belirlenmesi için gerekli nitelendirmeler olup, Tıbbi Deontoloji Tüzüğünde yer alan ilkeler açısından engel teşkil etmemektedir. Hekim, tıbbi tedaviyi belirleme ve uygulamada yine serbesttir. Hastane işletmecisinin istihdam ettiği personel veya ifa yardımcısı olması, mesleğini de hastane işletmecisinin emir ve buyrukları altında icra ettiği

⁶⁴ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 21-22

⁶⁵ S. Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altıp; **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.1195.

⁶⁶ A.e., s.1195.

anlamına gelmemektedir. Fikrimizce hekimin bağımsızlığı, mutlak suretle hiçbir yere bağlı olmaksızın tek başına çalışması anlamında yorumlanmamalıdır. Bu şekilde yorum yapılacak olursa, her hekimin kendisine ait muayenehane açması gerekecek ve her türlü hastane bünyesinde çalışması, bağımsızlığına aykırı düşecektir. Hekim özel hastaneye hastanenin genel işleyiş kurallarına uymak ve hastaneden maddi kazanç elde etmekle sınırlı olarak bağlıdır. Mesleğin icrası ise hastalığın teşhisi, tedavisi ve kontrolünün hekimin tekelinde olmasıdır. Nitekim gerek tam hastaneye kabul sözleşmesinde, gerekse bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde hastanenin hekimin mesleğini bağımsızca icra etmesine engel teşkil eden bir yetkisi bulunmamaktadır.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde hastanın sözleşmeye dayanarak hekimden veya diğer personellerden herhangi bir talepte bulunması söz konusu olamaz, zira hekim ve/ veya personel, sözleşmeye taraf değildir⁶⁷. Yalnızca hekimin ve/ veya personelin davranışının bir haksız fiil teşkil etmesi halinde hekime ve/ veya personele karşı genel haksız fiil hükümlerine (TBK m. 49 vd.) istinaden tazminat talep etmesi mümkün olacağı gibi, hastaneye karşı yukarıda izah edildiği üzere TBK m.116'ya başvurması daha lehine olmakla birlikte TBK m.66'ya da başvurabilecektir⁶⁸. Fakat aynı şekilde hekim de hasta ve hastane arasında imzalanmış bu sözleşmeye dayanan herhangi bir talep ileri süremeyecek, en bariz örnek olarak hastadan ücret talep edemeyecektir⁶⁹.

1.6.2. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde hasta, biri hekimle diğeri hastane işleticisiyle olmak üzere iki ayrı sözleşmeye taraftır. Hastane işleticisi hastayla yapmış olduğu sözleşme ile yedirme, içirme, barındırma ve diğer bakım hizmetlerini üstlenirken hekim, hasta ile bir tıbbi tedavi sözleşmesi akdeder ve bu sözleşme ile hastanın tedavisini tek başına üstlenir. Ancak belirtmek gerekir ki hastanın bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi akdettiğinden bahsedebilmek için kendisinin iki farklı sözleşme ilişkisi içine girmek yönünde iradesi bulunmalıdır. Aksi takdirde somut

⁶⁷ Akkanat, **a.g.e.**, s. 28.

⁶⁸ Akkanat, **a.g.e.**, s. 27; Ayan, **a.g.e.**, s. 135.

⁶⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 135-136.

olaya göre taraf iradelerinin uyuşmaması nedeniyle sözleşmenin kurulamaması veya irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin hükümsüzlüğü gibi ihtimaller söz konusu olabilecektir⁷⁰.

Bu sözleşme türünde hastanenin yükümlülüğü, yalnızca hasta bakımı ile sınırlıdır. Tıbbi tedaviye ilişkin tüm yükümlülükler hekime ait olduğundan, tıbbi tedaviden kaynaklanan taleplerin hastaneye yöneltilmesi söz konusu değildir. Hastanın bu taleplerinin muhatabı yalnızca hekim olup, tam hastaneye kabul sözleşmesinden farklı olarak hekim, ifa yardımcısı konumunda değildir. Zira hasta ile arasındaki hekimlik sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmektedir⁷¹. Ayrıca hekimin, hastanenin kadrolu hekimi olması şartı bulunmayıp, dışarıdan bir hekimle de bu sözleşmenin yapılması mümkündür⁷².

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin hangi hallerde söz konusu olacağı somut olaylarla örneklendirilmektedir.

Birinci örnek, hekimin ayakta tedavisini üstlendiği özel hastasını hastaneye yatırmasıdır. Bu durumda hastanın tıbbi tedavisi yine hekim tarafından sürdürülmekteyken, yeme, içme, barınma gibi hizmetler hastane tarafından sağlanmaktadır. Ancak zaten hekimin hastası olan hastanın yatılı tedavi için hekimle ayrıca bir sözleşme daha yapmasına gerek olup olmadığı hususu tartışmalı olup, somut olaydaki hekim ve hastane arasındaki ilişkiye göre belirlenecektir⁷³.

İkinci ihtimal hastanede yatak kontenjanı bulunan ve fakat serbest çalışan bir hekimin bu kontenjana binaen kendi nam ve hesabına bir sözleşme yaparak hastasının ilgili özel hastaneye yatırmasıdır. Bu durumda hastane işleticisinin karşısında sözleşme tarafı olarak hasta değil yatak kontenjanı bulunan hekim vardır. Ancak bu kontenjandan hasta faydalandığı için ve hastanın da ifaya yönelik

⁷⁰ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 101

⁷¹ Ayan, **a.g.e.**, s.137; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.119; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, 101

⁷² Ayan, **a.g.e.**, s.137; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 51

⁷³ Yasemin Durak, “Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi”, **Tıp Hukuku Dergisi**, C.3, S.6. (Ekim 2014), s.165-166; Cahit Doğan, “Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)”. **Tıp Hukuku Dergisi**. C.3. S. 6. (Ekim 2014), s.191.

taleplerde bulunabilmesi adına bu sözleşme, üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak kabul edilmektedir⁷⁴.

Üçüncü ihtimal ise hastanın Hasta Hakları Yönetmeliği ile kendisine tanınan sağlık kuruluşunu ve sağlık personelinin serbestçe seçebilme hakkına istinaden dışarıdan istediği hekimin çağırılmasını talep etmesidir. Bu durumda hastanın hastane ile arasında yalnızca hastane bakım hizmetlerine ilişkin bir hastaneye kabul sözleşmesi kurulurken, hekimle bu sözleşmeden tamamen bağımsız bir tıbbi tedavi sözleşmesi kurulur. Bu nedenle hekimin hastaya verdiği zararlardan hekim, hasta ile arasındaki tıbbi tedavi (vekâlet) sözleşmesi nedeniyle; hastane, yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde ise bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi nedeniyle sorumludur. Hekim bu sözleşme türünde TBK 116 uyarınca ifa yardımcısı veya TBK 66 uyarınca istihdam edilen olarak nitelendirilemez. Zira hekimle hastane arasında herhangi bir bağ bulunmamaktadır⁷⁵.

1.6.3. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Nadir rastlanan bu sözleşme türünde hastane işleticisi, tam hastaneye kabul sözleşmesinde olduğu gibi gerek tıbbi tedavi gerekse yeme, içe, barınma ve diğer bakım hizmetlerinin tamamını üstlenir. Ancak tıbbi tedaviden tek başına değil, hekimle birlikte müteselsilen sorumludur. Hastanenin sorumluluğunun dayanağı hastaneye kabul sözleşmesi iken, hekimin sorumluluğu tıbbi tedavi (vekalet) sözleşmesine dayanır⁷⁶. Müteselsil sorumluluğun dayanağı ise TBK m. 511/2'deki vekaleti birlikte üstlenme halinde, vekaletin ifasından müteselsil olarak sorumlu olunacağı yönündeki yasal düzenlemedir⁷⁷. Bu sayede hasta, sözleşmeden doğan tedavi borcunun ihlali halinde hastane işleticisi ve hekime ayrı ayrı başvurabileceği gibi, onları birlikte de sorumlu tutabilir. Ancak yedirme, içirme, barındırma edimlerine ilişkin taleplerden hastane tek başına sorumlu olacaktır.

⁷⁴ Durak, **a.g.m.**, s.166; Doğan, **a.g.m.**, s.191.

⁷⁵ Çağrı Ülker, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Yüksek Lisans Tezi, (Çevrimiçi) <http://acikerisim.ticaret.edu.tr>, 11.05.2019; Durak, **a.g.m.**, s.166; Doğan, **a.g.m.**, s.191.

⁷⁶ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 100; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 119; Ayan, **a.g.e.**, s.136.

⁷⁷ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 382-393.

Hiç şüphesiz ki tam hastaneye kabul sözleşmesine hekimlik sözleşmesi ilave edilmiş olması, hastane işletmecisinin TBK 116 uyarınca ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğunu veya TBK 66 uyarınca adam çalıştıran sıfatıyla olan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Doğrudan hastane işletmecisine başvurmak isteyen hasta, bu sorumluluk türlerinden de dilediğine dayanabilecektir⁷⁸.

1.7. Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Kuruluşu ve Şekli

Hastaneye kabul sözleşmesinin kuruluşuna ilişkin olarak özel hükümler bulunmayıp sözleşme, genel hükümlere tabidir. Bu meyanda, TBK m. 1 uyarınca sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulmakta; irade açıklaması, açık veya örtülü olabilmektedir⁷⁹. Yani hastanın hastaneye başvurması ve hastane tarafından kabul edilmesi üzerine hastaneye kabul sözleşmesinin kurulduğunu söylemek mümkün olacaktır. TŞSİDK m.72 uyarınca hastaneye başvuran hastanın protokol defterine kaydı yapılır ve hasta ilgili hekime yönlendirilir. Yasada yer alan bu düzenleme sözleşmenin kurulması için gereken bir şekil şartı olmayıp yalnızca hastane tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür⁸⁰. Buradan hareketle, hastanın istediği hastaneye başvurma hakkı olduğu gibi, kural olarak hastanenin de hastayı kabul edip etmeme hususunda serbest olduğu; bu nedenle sözleşme serbestisinin geçerli olduğu söylenebilecektir⁸¹. Nitekim TDT m. 18'e göre tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmî veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilecektir. Ancak bu hallerde hastanelerin ve hekimlerin hastayı reddetme hakkı bulunmamaktadır. Bu gibi hallerde ortaya çıkan ilişki, vekâletsiz iş görme olarak kabul edilmektedir. Örneğin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde (trafik kazası, yangın, deprem, intihara teşebbüs, saldırı gibi) veya tıbbi müdahale esnasında beklenmeyen bir durumun gelişmesi sebebiyle (ameliyat esnasında öngörülemeyen bir komplikasyonun ortaya çıkması gibi) hastanın ve yakınlarının

⁷⁸ Ayan, **a.g.e.**, s.137.

⁷⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 228-231; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 81-88; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.102; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 51-52.

⁸⁰ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.103-104; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 53.

⁸¹ Tandoğan, **a.g.e.**, C.II, s. 390; Akkanat, **a.g.e.**, s. 27; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.102; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 51-52.

rızasının alınmasına olanak bulunmadığı durumlarda, hasta ile hastane işleticisi arasında sözleşme kurulması mümkün olmadığından bu kapsamda hastaya yapılan müdahalelerin vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi olacağı öğretilde savunulmaktadır⁸².

Ayrıca eklemek gerekir ki, TBK'nın vekâlet sözleşmesinin kuruluşuna ilişkin olarak düzenlediği m. 503'e göre *"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."* Özel hastaneler de resmi olarak sağlık hizmeti sunmakta ve çoğu kez hasta kabul ettiklerini bir şekilde duyurduklarından, bu hükmün hastaneye kabul sözleşmesi için de kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Yani hastaneye tıbbi tedavi talebiyle başvuran hastanın somut olaya göre makul bir süre içinde reddedilmemesi halinde sözleşme kurulmuş sayılabilecektir; ki bu durum aynı zamanda hastaneye kabul sözleşmesinin zımni kabul ile kurulmasına örnek teşkil etmektedir⁸³.

Hastanenin hastayı kabulle yükümlü olduğu bir diğer hal de Hususi Hastaneler Kanunu m.32'de düzenlenmiştir. Kanun maddesi *"Hususi hastaneler ihtisas daireleri içinde bulunan ve resmî makamlar tarafından para ile tedavi edilmek üzere gönderilen hastaları alır ve tedavi ederler. Ani bir ârıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir. Bunlardan fakir olanların yatırılarak tedavileri lâzımsa hastanenin parasız kısmına alınır. Parasız yatakları olmayan hastaneler bu fakir hastaları nakilleri kabil hale gelinceye kadar yatırarak tedavi ederler. Bu suretle yatırılan fakir hastalara ait gündelik tedavi ve ilâç paraları o yerin belediyesince ödenir."* şeklinde olup buna göre, yukarıda bahsedilen acil hallerde müdahale zorunluluğunun yanında, hastanın maddi durumu uygun olmasa bile hastane, nakli mümkün oluncaya kadar hastayı yatırarak tedavi etmekle yükümlüdür.

⁸² Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s.42-43; Ayan, **a.g.e.**, s. 147; Şenocak, **a.g.e.**, s. 57.

⁸³ Şenocak, **a.g.e.**, s. 35; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 104; Doğan, **a.g.m.**, s.177.

Ancak Sağlık Uygulama Tebliği⁸⁴'nin ilave ücretlere ilişkin hükümleri uyarınca acil halin sona ermesi durumunda hasta derhal bu aşamadan sonraki işlemlerin ücrete tabi olacağı hakkında bilgilendirmeli ve tedaviye devam edilip edilmeyeceği hususunda kendisinin iradesine başvurulmalıdır. Aksi takdirde devam edilen tedavi için hasta ile hastane arasında bir hastaneye kabul sözleşmesi kurulduğu söylenemeyecek ve bu nedenle hastadan da ücret talep edilemeyecektir.

Sözleşmenin kurulabilmesi için hastanın ehliyeti bakımından öncelikle tıbbi müdahaleye rıza göstermenin, kişinin kendi geleceğini kendi belirleme hakkından yola çıkarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak (TMK m.16) olduğunu hatırlamak gerekir⁸⁵. Zira tıbbi müdahaleler hastanın sağlık durumunu iyileştirmeye ve onun menfaatine yönelmiş eylemler olsa da, bu özellikleri tek başına müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecek; hastaneye kabul sözleşmesine taraf olarak yapılacak müdahaleye rıza gösterecek kişinin de ehliyeti önem taşıyacaktır⁸⁶. Tam ehliyetli (ayrıt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan) kişiler bakımından sözleşmeye taraf olmakta özellik arz eden herhangi bir husus bulunmadığı şüphesizdir. Ancak sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler bakımından TMK m.16 karşısında daha özel nitelikteki yasal düzenlemeler sebebiyle durum biraz daha farklıdır. Zira TŞSTİDK m.70 ve HHY m.24, hastanın küçük veya kısıtlı olması durumunda, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olmasına karşın genel düzenlemeden ayrılarak her çeşit müdahale için veli veya vasisinin muvafakatini aramaktadır⁸⁷. Her ne kadar HHY m.26'da mümkün olduğunca küçük veya kısıtlının da iradesini de öğrenmeye ve öncelik vermeye çalışmak gerektiği belirtilmişse de düzenlemeden de açıkça anlaşıldığı gibi küçük veya kısıtlının iradesi tek başına yeterli olmayacağından bu hüküm yalnızca düzen

⁸⁴ 24.03.2013 tarih, 28597 sayılı RG'de yayımlanan (05.07.2018 tarih, 30469 sayılı RG ile değişik)

⁸⁵ Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 118; Berna Özpinar, **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007, s.24; Mine Kaya, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu", **TBB Dergisi**, S.100, 2012, s. 53.

⁸⁶ Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.15-42; Öz Seçer, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2013/I, s. 120.

⁸⁷ Abdülkadir Arpacı, **Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı**, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, C. VI, S.2, s.9; Zafer Kahraman, **Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası**, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C. 7, S.1, s. 487.

hükümü olarak algılanmalıdır. Nitekim aksine davranışı herhangi bir yaptırıma da bağlamamıştır⁸⁸.

Öğretide bir görüş⁸⁹ TŞSTİDK m.70 ve HHY m.24'te yer alan düzenlemelerin küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi hallere mahsus sayılması gerektiğini, örneğin savurganlık, kötü yaşam tarzı, özgürlüğü bağlayıcı ceza gibi kısıtlılık hallerinin kişinin hastaneye kabul sözleşmesi yapabilmesi ve buna bağlı olarak tıbbi müdahaleye rıza göstermesi bakımından ehliyetini kısıtlamaması gerektiği kanaatindedir.

Katıldığımız diğer görüş⁹⁰ ise mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olduğu kadar, nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar da bulunduğunu, bunların yasal temsilci tarafından kullanılabilmesinin, hak sahibinin menfaatlerinin daha iyi korunması amacı taşıdığını savunmaktadır. Bu görüşe göre kişiye tıbbi müdahale yapılması gereken hallerde onun sağlığının ve dolayısıyla kişilik haklarının korunabilmesi, bu hakkın bizzat mı yoksa temsilci aracılığıyla mı kullanıldığı meselesinden daha önemlidir. Bu nedenle tam ehliyetli olarak nitelendirilmesini engelleyen her türlü sebep, bu müdahaleye rıza göstermesini de etkileyebilecektir. Böyle bir durumda tıbbi müdahale kendisinin menfaatine olduğundan yasal temsilci de bu menfaate uygun olarak hareket edebilmelidir. Bu konu, hastanın aydınlatılması bölümünde detaylı olarak ele alınacaktır.

Hastaneye kabul sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı olmayıp, şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Yukarıda da izah edildiği gibi hastanenin hastaneye başvurup hastane tarafından kabul edilmesi ve ilgili birime yönlendirilmesi ile sözleşme, geçerli olarak kurulmuş olur⁹¹.

⁸⁸ Arpacı, **a.g.m.**, s. 10.

⁸⁹ Sibel Adıgüzel, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.19, Ekim 2014, s.960; Kahraman, **a.g.m.**, s. 489.

⁹⁰ M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s.83; Jale G. Akipek/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, 11. Bası, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 317; S. Sulhi Tekinay, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 230-231; Köprülü, **a.g.m.**, s. 219.

⁹¹ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 104; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 53.

İKİNCİ BÖLÜM

TAM HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HUKUKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

2.1. Genel Bakış

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde hastane tarafında doğan yükümlülükler hastanın tıbbi tedavisinin tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü standartlara uygun olarak gerçekleştirilmesi, hastanın yeme – içme, ısınma, barınma gibi Alman ve İsviçre hukukunda “genel hastane bakımı” olarak adlandırılan hizmetlerinin sağlanması ve hastanın aydınlatılması, bilgilerin arşivlenmesi ve sır saklama yükümlülükleri gibi hasta haklarının karşılığını oluşturan yükümlülüklerdir⁹². Tam hastaneye kabul sözleşmesinde bu yükümlülüklerin tamamı hastanede iken, bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde hastane, yalnızca genel hastane bakımı edimini üstlenmektedir. Bu ayrım Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Çeşitleri başlığı altında detaylı olarak anlatıldığından, burada tezimizin konusu olan tam hastaneye kabul sözleşmesindeki yükümlülükler yer verilecektir.

Hasta ise genel olarak ücret ödeme ve kendisiyle gerekli bilgileri verme yükümlülükleri altındadır.

Hastaneye kabul sözleşmesinde bir tarafın yükümlülükleri diğer tarafın haklarının karşılığını oluşturmaktadır⁹³. Örneğin; hastanenin hastanın rızasını alma yükümlülüğü, hastanın kendisine uygulanacak tedaviye rıza gösterme hakkının; hastanenin sır saklama yükümlülüğü, hastanın özel yaşamının gizliliği hakkının karşılığıdır.

⁹² Ayan, **a.g.e.**, s. 145; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 50; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 105; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s.57.

⁹³ Emel Badur, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 31-34; Mehmet Demir, **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.167 vd.; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 105.

2.2. Özel Hastanenin Yükümlülükleri

2.2.1. Hastanın Tıbbi Teşhis ve Tedavisini Sağlama

Doğal bir olgu olan yaşama hakkına insan, sadece insan olması sebebiyle doğuştan sahiptir ve kişi ancak bu doğal olgunun varlığı durumunda öteki hakların öznesi olabilir⁹⁴.

Nitekim Anayasamızın 17.maddesi herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Anayasa’da olduğu gibi Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu’nda da yaşama hakkını koruyan esaslara yer verilmiş; yaşamın dokunulmazlığı görüşü bu kanunlarda da somutlaştırılmıştır. Örneğin TMK m.23-24, TBK m.56, TCK m.81 ve devamındaki hükümlerde yaşama hakkını koruma altına alan düzenlemeler mevcuttur. Ayrıca TCK m.25/I ve TBK m.64/I kişiye, yaşama hakkına yönelik saldırılar karşısında kendini savuna olanağı tanımış ve belli koşulların varlığı halinde bu fiilleri hukuki ve cezai sorumluluğun dışında bırakmıştır. Kişinin yaşamı üzerinde sahip olduğu bu hak, kişilik hakkına dahil mutlak, vazgeçilmez bir haktır⁹⁵.

Ancak bu mutlak hak, diğerlerinden önemli bir farklılık gösterir. Bu farklılık, kişinin yaşam hakkından vazgeçmesi halinde dahi bu hakka müdahalede bulunmanın hukuka aykırı olmaktan çıkmamasıdır. Yaşam hakkına müdahaleye verilen rıza en fazla TBK m.52 kapsamında tazminatın indirilmesine veya tamamen kaldırılmasına ya da TCK m.61 kapsamında cezada takdiren indirim yapılmasına sebep olabilir⁹⁶.

Sağlık hakkı yaşam hakkının en doğal sonucu olduğundan bu hak karşısında da sağlık kurum ve kuruluşlarının hastalara tıbbi teşhis ve tedavi yükümlülüğü doğar.

⁹⁴ Sibel Inceoğlu, **Ölme Hakkı: Ötenazi**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999, s. 65; İbrahim Özden Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı)**, İmge Yayınları, Ankara 2002, s.272; Fulya Erlüle, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.101.

⁹⁵ Aydın Zevkliler, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1983, S. 1/1, s. 4; Erlüle, **a.g.e.**, s.102.

⁹⁶ Mustafa Dural / Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku - Cilt: II - Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 105; Abdülkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 111-125; Serap Helvacı, **Türkiye ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s.51.

Tıbbi teşhis ve tedavi yükümlülüğünün kapsamını, genel itibariyle ruhen ve/ veya bedenen iyilik hali içinde olmayan hastanın iyileşmesi için tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü standartlara uygun olarak, gerekli dikkat ve özeni göstermek suretiyle teşhisi koymak ve bu teşhise uygun tedaviyi yürütmek oluşturur⁹⁷. Ne özel hastane, ne de hekim, bu yükümlülük ile sonuç borcu altına girer. Daha açık bir ifadeyle hastanın iyileşeceğini taahhüt edemezler; yalnızca iyileşmesi için azami dikkat, özen ve çabayı göstermekle yükümlüdürler. Zira tıbbi tedavi sözleşmesinin bir vekalet sözleşmesi örneği olması, yukarıda da detaylı olarak izah edildiği üzere, vekilin sonuç borcu altına girmeyip yalnızca sonucun elde edilmesi için mesleğinin gerekli kıldığı dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olması neticesini doğurmaktadır. Hastane bu sözleşme ile kesin sonuç almayı amaçlamak ve bu amaca uygun sağlık hizmeti sunmakla yükümlü ise de gerekli dikkat ve özeni gösterdiği sürece tedavinin olumlu sonuçlanmamasından sorumlu olmayacaktır. Tedavi olumlu sonuçlanmasa dahi, hastanın ıstırabını azami ölçüde azaltabilmek önemlidir⁹⁸.

Teşhis ve tedavi yükümlülüğünün yasal dayanağı Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 13'te *"Tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.*

Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır." şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasa m.17/2'de belirtildiği üzere *"... Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz..."*. Burada belirtilen tıbbi zorunluluk kavramının tıp bilimindeki karşılığı "tıbbi endikasyon" olup tedavinin hukuka uygunluğunun saptanmasında en önemli ölçülerden biridir. Tıbbi endikasyon, tıbben müdahalede bulunulmasını gerekli kılan hallerdir. Hekim bu aşamada endikasyonun varlığı ve tıp biliminin objektif verilerine uygun müdahale koşullarının gerçekleşip

⁹⁷ Demir, **a.g.e.**, s.167 vd.; Badur, **a.g.e.**, s.34; Erlüle, **a.g.e.**, s.102-105.

⁹⁸ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 106.

gerçekleşmediğini dikkate almalıdır⁹⁹. Böyle bir durumun varlığı halinde hastanın hastaneye başvurması ile de tıbbi teşhis ve tedavi yükümlülüğü doğar¹⁰⁰.

Hemen belirtmek gerekir ki bir görüşe göre zorunluluğa dayanmasa dahi günümüzde oldukça yaygınlık kazanan estetik operasyonlar da artık tedavi amacına yönelik kabul edilmelidir. Zira bunlar da kişinin ruh sağlığına, manevi tatminine hizmet etmektedir¹⁰¹.

Tıbbi teşhis ve tedavi yükümlülüğü, içerisinde takdir yetkisini de barındırır. Hekim, teşhis koyarken ve tedavi uygularken hasta menfaati gözetmekle yükümlü olduğu kadar özgür de olmalıdır. Hekimin kısıtlamaya tabi tutularak baskı altında hissetmesine sebep olmak olumlu veya olumsuz defansif tıbbi yönelmesi ile sonuçlanabilmektedir. Olumsuz yönelim hekimin tıbben müdahalede bulunması gerektiği halde bulunmaması, olumlu yönelim ise müdahaleye gerek olmayan hallerde müdahalede bulunulmasıdır. Her iki durumda da hekim, tıp biliminin gereğini yerine getirmediğinden kusurlu kabul edilir. Nitekim son yıllarda hekimlerin taraf olduğu bu tür davaların sayısı arttığından hekimlerin kendilerini baskı altında hissettikleri ve tıbbi müdahalede bulunmaktan çekindikleri, kimi zaman da ekonomik anlamda yüksek maliyeti olan tetkik ve işlemlere bel bağladıkları görülmektedir¹⁰².

Bazen hastanın sağlık durumu mutad hale gelmiş uygulamaların dışına çıkılıp farklı çözüm yolları aramayı gerektirebilir. Ancak böyle bir hal söz konusu olmadıkça hastanın farklı bir yöntemle yönlendirilmesi veya kendisi için daha zor olacak bir müdahaleye rıza göstermeye teşvik edilmesi hukuka aykırı düşecektir. Örneğin normal doğum yapabilmesi için tüm şartları elverişli olan bir gebe kadının, salt hekim bakımından daha kolay olması düşünülerek sezaryene ikna edilmesinde hekimin kusurlu olduğu kabul edilir¹⁰³. Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir ki hekime hastanın durumuna göre mutadın dışında farklı çözüm yolu izleme

⁹⁹ Özge Yücel / Gürkan Sert, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 225; Demir, **a.g.e.**, s.35-37; Badur, **a.g.e.**, s.34.

¹⁰⁰ Ayan, **a.g.e.**, s.65 vd.; Demir, **a.g.e.**, s.35-37.

¹⁰¹ Arpacı, **a.g.e.**, s.118.

¹⁰² Selvi Özçetin / Murat Balaban, **Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar – Örnek Yargı Kararları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 68; Kerem Yılmaz, **Defansif Tıp**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.157.

¹⁰³ Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, Sıralar Matbaası, İstanbul 1953, s. 104; Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.349 vd.

konusunda takdir yetkisi verilmekte ise de hekimin tartışmalı olan ve genel kabul görmemiş bir yöntemi uygulamaktan imtina etmesi kusur olarak değerlendirilemeyecektir¹⁰⁴.

Hastanenin (ve tedaviyi üstlenen hekimin) tedavi yöntemini seçerken gözetileceği ilk ve en önemli ilke, “en güvenilir yol” ilkesidir. Buna göre hekim, hastanın sağlığını en az riske eden ve iyileştirme ihtimali en yüksek olan yöntemi seçmelidir¹⁰⁵.

Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2012/20771 E., 2012/2366 K. sayılı, 06.02.2013 tarihli kararında “... Doktorlar hastalarının zarar görmemesi için yalnızca mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, 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. Doktor, ufak bir tereddüt gerektiren durumlarda bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekten de mesleki bir işgören, doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil, titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen gösteremeyen vekil, BK m.394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır...” şeklindeki gerekçe ile hekimin en güvenilir yolu belirlemesi yükümlülüğünün, dikkat ve özen yükümlülüğünün bir parçası olduğunu, aksi yöndeki davranışın gereği gibi ifa yapılmadığı anlamına geleceğini belirtmiştir¹⁰⁶.

Ancak hekimin takdir yetkisi kullandığı ve mesleki beceri sergilediği hallerde içinde bulunduğu koşulları da göz ardı etmemek gerekir. Örneğin tam teşekküllü bir hastanede çalışan hekimlerle kırsal bölgede, fiziksel ve maddi koşulları yetersiz bir aile sağlığı merkezinde çalışan pratisyen hekimin bilgi birikimi ve tecrübesinin aynı olması beklenemeyecektir. Bu sebeple bir somut olay karşısında ilk örneklendirilen hekimin objektif özen yükümlülüğünün diğerine nazaran daha yüksek olduğunun

¹⁰⁴ Y. 13. HD., 1974/ 2637 E., 1974/2492 K., 14.10.1974, Kazancı İçtihat Bankası, 13.05.2019.

¹⁰⁵ Hakeri, **a.g.e.**, s.620; Gökcan, **a.g.e.**, s.212; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.77.

¹⁰⁶ Kazancı İçtihat Bankası, 07.06.2019.

kabulü gerekir¹⁰⁷. Böyle bir durumda aynı koşullardaki ortalama başka bir hekimin ne yapacağı ile kıyaslama yapılarak sorumluluğun ağırlığı tayin edilir¹⁰⁸.

Hastaya uygulanacak tedavi belirlenirken hastanın başkaca rahatsızlıkları bulunup bulunmadığı araştırılmalı, hastanın özelliklerinin uygulanması düşünülen tedaviye nasıl tepki vereceği de dikkate alınmalıdır. Örneğin romatizma ilaçlarının mideye zarar vermesinin muhtemel olduğu düşünülerek hastanın mide rahatsızlığı olup olmadığı sorgulanmalı ve mide koruyucu desteği ile gerekli önlem alınmalıdır¹⁰⁹.

Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden bahsedebilmek için hastanenin, somut olaydaki müdahale için ehil personel kullanması gerekmektedir¹¹⁰. Örneğin TŞSTİDK m.3 uyarınca cerrahi müdahaleler ancak uzman hekimler tarafından gerçekleştirilebilecektir. Uzman olmayan bir hekimin veya diğer sağlık personelinin yapacağı müdahale hukuka aykırı olacaktır. Ancak hastanın şifa bulması ve herhangi bir zararının olmaması halinde sırf müdahalede bulunanın ehliyetizliğinden yola çıkarak tazminat talebi ileri sürmek mümkün olmayacaktır¹¹¹.

Tıbbi tedavide amaç her zaman kişinin sağlık refahının sağlanması, korunması veya arttırılması olmalıdır. Bunun için de tıbbi gereklilik halleri dışında müdahalede bulunulmaktan kaçınılmalı, hastanın talebine uyma gerekçesiyle dahi olsa akli veya fiziki gücünü zayıflatacak her türlü işten imtina edilmelidir¹¹². Nitekim bu yönde Anayasa m.17, HHY m.12 ve TDT m.13'te gerekli düzenlemeler mevcuttur.

Tıbbi teşhis ve tedavi yükümlülüğü, niteliği ve kapsamı gereği hastane tarafından üstlenilse de hastanenin ancak hekim ve diğer personellerinin yardımıyla ifa edebileceği bir yükümlülüktür. Bu nedenle hastane hekim ve diğer çalışanları seçmede, dünyada genel kabul görmüş tedavi metotlarının uygulanması hususunda, tıbbi gelişmelerin, yeni teknolojilerin takibinde, araç ve gereçlerin seçiminde ve bakımında, hastane hizmetlerinin düzenlenmesinde ve organizasyonunda, alanında

¹⁰⁷ Veysel Başpınar, **Yargıtay Uygulamaları Açısından Hekimin Özen Borcunun Tıbbi Standartlarla İlişkisi**, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C: I, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 382.

¹⁰⁸ Eren, **a.g.e.**, s.597; Başpınar, **a.g.e.**, s.382.

¹⁰⁹ Hatırmaz Erol, **a.g.e.**, s. 106.

¹¹⁰ Ayan, **a.g.e.**, s.6; Badur, **a.g.e.**, s.36.

¹¹¹ Arpacı, **a.g.m.**, s.6-9.

¹¹² Ayan, **a.g.e.**, s.9; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.21; Hakeri, **a.g.e.**, s.358; Badur, **a.g.e.**, s.39-40.

uzmanlardan oluşan üst düzey bir kadro ile çalışmakta, hasta kayıtlarının tutulmasında, hasta ile iletişimin sağlıklı şekilde yürütülmesinde özen göstermekle yükümlüdür¹¹³.

Zira tam hastaneye kabul sözleşmesinde hastane, kendi organizasyon ve hastane bakımı yükümlülüklerinin yanında, hekim ve diğer personellerin tıbbi tedavi sürecindeki kusurlu eylemlerinden doğan zararlardan, hastaya karşı sorumlu olacaktır¹¹⁴.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde hekimin sözleşmeye taraf olmadığı ve bu nedenle hastanın tıbbi tedavi sebebiyle sözleşmeye dayanarak doğrudan kendisine başvurmasının mümkün olmadığı, hastane ve hekimin hangi hukuki sebeplerle sorumlu olacağı hususlar yukarıda ilgili bölümde¹¹⁵ ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2009/13-393 E., 2009/452 K. sayılı, 21.10.2009 tarihli kararından yapılan alıntı ile izah edilmişti. Tam hastaneye kabul sözleşmesinde tıbbi tedavi, teşhis ve hastane bakımı sebebiyle hastanenin sorumluluğuna ilişkin olarak da aşağıdaki kararların incelenmesinde fayda vardır.

YHGK., 2004/13-291 E., 2004/370 K., 23.06.2004 tarihli kararında, özel hastane işleteninin, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumunda olduğu, bu özenin, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmesi ve diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilkenin unutulmaması gerektiği gerekçesiyle, ameliyatta oluşan hasarı önceden fark edip gerekli tedbirleri almayan davalı doktora 4/8 oranında kusur atfedilen olayda, hastanenin de bu kusurdan müteselsilen sorumlu olduğu yönünde hüküm tesis etmiştir¹¹⁶.

¹¹³ Cemal Öztürkler, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 199; Demir, a.g.e., s. 246 vd.; Atabek, **a.g.m.**, s. 647.

¹¹⁴ Akkanat, **a.g.e.**, s. 27; Ayan, **a.g.e.**, s. 135; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.107.

¹¹⁵ Bkz.; s.21-23.

¹¹⁶ Kazancı İçtihat Bankası, 31.11.2018.

Yargıtay 13. HD, 2005/3645 E., 2005/11796 K., 08.07.2005 tarihli kararında, doğum sonrası takibini gereği gibi yapmayarak enfeksiyon tedavisi başlamayan doktora 2/8 oranında kusur atfederken davalı hastanenin kusuru bulunmadığı yönünde hüküm kuran yerel mahkemenin kararını bozmuştur¹¹⁷.

Yine Yargıtay 13. HD, 2006/5518 E., 2006/11185 K., 06.07.2006 tarihli kararında hastaya iğne yaparken dikkatsiz davranarak 4/8 oranında kusurlu bulunan sağlık personelinin kusurundan özel hastanenin de sorumlu olduğunu, çünkü bu durumun özel hastanenin personel seçiminde ve denetlenmesinde gerekli dikkat ve özeni göstermediğini, hastaya karşı olan sadakat borcunu gereği gibi ifa etmediğini ortaya koyduğunu belirtmiştir¹¹⁸.

Görüldüğü gibi genellikle hastalar doğrudan özel hastaneye başvurarak tam hastaneye kabul sözleşmesi akdettiğinden Yargıtay uygulaması da, hekim veya personelin kusuru ne oranda olursa olsun, hastanenin de ilgili hekimi veya personeli seçen ve istihdam eden konumunda olması sebebiyle zarardan hekimle veya personelle birlikte sorumlu olduğu yönündedir. Sorumluluğun kaynağı ise temelinde vekalet sözleşmesindeki vekilin sorumluluğuna dayanmakta olup, somutlaştırılacak olursa, genel itibariyle çalışılacak personelin seçiminde ve denetlenmesinde özen gösterilmesi, yaşam hakkının azami dikkat ve özenle korunması, hastanın ve yakınlarının zarar görmemesi, bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetini hastanın haklı menfaatleri gözetilerek özen ve sadakatle yürütülmesi gibi yükümlülükler bu yaklaşımın dayanağıdır.

2.2.2. Hastane Bakımını Sağlama

Hiç şüphesiz ki tam hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastanenin öncelikli yükümlülüğü tıbbi tedavinin sağlanmasıdır. Zira hastanın özel hastaneye başvurma amacı iyileşmektir. Ne var ki tıbbi tedavinin elverişli olması, teşhisin doğru konulması, ehil personellerle çalışılması, nitelikli ekipman ve tedavi ortamı sağlanması, tedavi öncesi ve sonrasında da düzenli takip yapılması, hastane koşullarının dezenfekte olması, ameliyathanelerin ve hasta odalarının teşekküllü

¹¹⁷ Kazancı İçtihat Bankası, 31.11.2018.

¹¹⁸ Kazancı İçtihat Bankası, 31.11.2018.

olması gibi birçok edimin yerine getirilmesine bağılı olup, bunlar genel itibariyle hastane bakımı olarak adlandırılmaktadır. Hastane bakımını sağlama yükümlülüğünün kapsamına, hastanın yeme – içme ve barınmasının sağlanması dışında, ameliyat öncesinde hastanın hazırlanması (kan ve hormon testlerinin yapılması, röntgen çekilmesi, narkoz verilmesi, üst başının ameliyata uygun hale getirilmesi gibi) ameliyat esnasında gerekli işlemlerin yapılması (bilhassa gerekli hastane personeli ve aletlerin temini) ve ameliyat sonrasında hastanın bakımının yapılması (kontroller, ilaçların içirilmesi, serumların takılması, istirahatın sağlanması gibi) da dâhildir¹¹⁹.

Yukarıda genel hatlarıyla özetlenmeye çalışıldığı üzere hasta bakımı hizmetleri oldukça kapsamlı olup, sınırlı sayıda sayılması mümkün değildir. Zira hastanın tedavi ortamının dezenfekte olması, giydirilmesi, yatak - nevresim temini, havalandırma, enfeksiyon kapmasının engellenmesi, ısınma gibi birçok hizmeti içerir ve bunlar sözleşmede tek tek sayılmasa bile MK m. 2 (dürüstlük kuralı) gereğince, gelişmiş ülkeler ve dünya çapında kabul görmüş tıbbi standartlar dikkate alınarak, hastane tarafından yerine getirilmelidir¹²⁰.

Hastalığın teşhisi için yapılacak tetkikler tıbbi teşhis ve tedavi yükümlülüğünün kapsamında değerlendirilse de, bunların elverişsiz ortamlarda yapılması; örneğin verilen tahlillerin hastanenin elverişsiz koşulları nedeniyle bozulması; veya tıbbi tedavi için yanlış araç – gereç kullanılması, yangına karşı gerekli önlemlerin alınmaması, oda sıcaklığının veya temizliğinin yeterli olmaması nedeniyle hastalığın ağırlaşması, hastanın durumunun gerektirdiği özel önlemler varsa bunların alınmaması gibi haller hastane bakımını sağlama yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecek ve hastane (işletmecisi) aleyhine tazminat sorumluluğu doğuracaktır¹²¹.

Hastane bakımı kapsamında özel hastanenin sorumluluğunun belirlenebilmesi açısından en detaylı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarından 2009/13-393 E., 2009/452 K. sayılı, 21.10.2009 tarihli kararın incelenmesinde fayda vardır.

¹¹⁹ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.125; Ayan, **a.g.e.**, s.157; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.109.

¹²⁰ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.125; Ayan, **a.g.e.**, s.160; Demir, **a.g.e.**, s.153 vd.

¹²¹ Atabek, **a.g.m.**, s. 628.

İlgili kararda YHGK, intihara meyilli bir akıl hastasının odada tek başına bırakılması, başında onu denetleyecek bir personel olmaması ve odada televizyon kablosu bulunmasını, özel hastanenin hastanın can güvenliğini korumak için gerekli önlemleri almamış olduğu kabulüyle hastanenin kusuru olarak değerlendirmiş ve bu kusurlu davranış ile hastanın vefatı arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu belirtmiştir. Kararın gerekçesinde hastanın sağlığı için tıbbi tedavinin başarı durumu ve standardı kadar hastane bakımının da önemli olduğu, örneğin ameliyat öncesi ve sonrası gerekli tetkikler yapılmaz ve önlemler alınmazsa somut olaya göre ameliyatın teknik anlamda ne kadar başarılı geçtiğinin bir anlam ifade etmeyebileceği, ancak hastane bakımının nelerden ibaret olduğunun sınırlı sayıda sayılmasının mümkün olmayacağı, MK m.2 gereğince somut olaya göre dürüstlük ilkesinin gerekli kıldığı tüm tedbirlerin alınması gerektiğine yer verilmiştir. YHGK, bahsi geçen kararda *“Hastane işleticisinin “hastane bakımı” kavramı içinde yer alan edimleri konusunda her hal ve şart için geçerli olabilecek kesin bir sayma yapmak mümkün değildir. Ancak, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile hastanın sağlık durumu, hastalığın tipi ve ağırlığına göre dürüstlük ilkesinin (T.M.K. m.2) zorunlu kıldığı bütün tedbirleri almak zorundadır. Aksi takdirde, gerekli testler yapılmadan hastalığın teşhisine gidilmesi; kan grubu tespitinde hata yapılması; cerrahi müdahalede kullanılan araç ve gereçlerin bozuk olması; ameliyatı takiben kullanılan kompresin gereğinden fazla sıcak olması ve yanıklara yol açması; ruh hastasının kontrol edilmemesi nedeniyle intiharı; yangına karşı gerekli tedbirlerin alınmaması; bozuk yiyecek verilmesi yüzünden zehirlenmelere yol açılması; yeterli ısıtma yapılmadığı için hastalığın ağırlaşması veya yeni hastalığa sebebiyet verilmesi gibi hallerde hastane işleticisi, oluşan zararı tazmin etmek zorundadır...”* şeklindeki izah ile örnekleri çoğaltarak nelerin bu yükümlülük kapsamına girebileceğini belirtmiştir¹²².

Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de 2003/1529 E., 2003/11279 K. sayılı, 07.10.2003 tarihli kararında sezaryenle doğumda kullanılan bir cihaz sebebiyle

¹²² Kazancı İçtihat Bankası, 17.05.2019.

hastanın ayağında derin yanıklar oluşması sonucu açılan davada hastanın zararından hastanenin sorumlu olduğunu belirtmiştir¹²³.

Hastane bakımında sık karşılaşılan uyuşmazlıklardan biri de hastane enfeksiyonlarıdır. Hastane enfeksiyonu, hastalığın tedavisi sırasında meydana gelerek mevcut hastalığa eklenen yeni bir hastalıktır. Genel olarak yatış işleminden itibaren 48-72 saat içerisinde ortaya çıkar. Ancak taburculuktan sonraki 10 gün, operasyonlardan sonraki 1 ay ve protez ameliyatlarından sonra 1 yıl içinde ortaya çıkan enfeksiyonlar da hastane enfeksiyonu kabul edilir¹²⁴. Hastane enfeksiyonları genellikle yoğun bakım ünitelerinde, ameliyat sonrası bakımda, bağışıklık sistemi zayıflayan hastalarda, erken teşhis edilmeyen hastalıklarda, gerektiği halde antibiyotik kullanmama halinde, enfeksiyon hastalıkları biriminden konsültasyon istenmemesi veya aletle yapılan işlemlerde gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi durumunda söz konusu olmaktadır. Şüphesiz ki alınacak en önemli ve ivedi tedbir hijyen koşullarına önem vermektir. Ayrıca enfeksiyon hastalıkları biriminden konsültasyon alınması da enfeksiyonun nedenini bularak fazla ilerlemeden kontrol altına alabilmek için önemli bir tedbir olacaktır¹²⁵.

Nitekim Yataklı Tedavi Kurumları Enfeksiyon Kontrol Yönetmeliği¹²⁶ uyarınca hastane, enfeksiyon hastalıkları ve klinik mikrobiyoloji uzmanını enfeksiyon kontrol hekimi olarak görevlendirir. Aynı şekilde enfeksiyon kontrol hemşireleri de bulunur ve bunların tamamı enfeksiyon kontrol ekibini oluşturur. Bu ekipler, yataklı tedavi kurumlarında, enfeksiyon kontrol komitesinin kararları doğrultusunda hastane enfeksiyon kontrol programlarının oluşturulmasında ve uygulanmasında görev alırlar. Bu yönetmelik de hastane enfeksiyonları bakımından gerekli önlemlerin alınmasında uyulması gereken kuralları içermesi bakımından önemli bir düzenlemedir.

¹²³ Kazancı İçtihat Bankası, 17.05.2019.

¹²⁴ Tülay Yıldız Akar, “Hastane Enfeksiyonlarının Hukuki Yansımaları”, **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Makaleleri / 10-17 Eylül 2011 / Orhan Apaydın Konferans Salonu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s.12.

¹²⁵ Yıldız Akar, **a.g.m.**, s.14-15.

¹²⁶ 11.08.2005 tarihli, 25903 sayılı Resmi Gazete (25.06.2011 tarih, 27975 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan yönetmelik ile değişikliğe uğramıştır).

Özel hastane, hastane bakımının usulüne uygun şekilde yerine getirilmesi için teknolojik gelişmeleri takip etmeli, teknik cihazların düzgün çalışıp çalışmadığını sürekli denetlemeli, odalarda, polikliniklerde, laboratuvarlarda mevcut ekipmanın tüm ihtiyaçları karşılayıp karşılamadığını iyi tayin etmelidir. Aynı şekilde görevlendirdiği personellerin de bu gelişme ve ihtiyaçlara elverişli hizmet sunup sunmadığını kontrol etmelidir. Zira özel hastane, yukarıda da değinildiği gibi yükümlülüklerini ifa yardımcıları aracılığı ile ifa eder ve bu sebeple onların fiillerinden sorumludur¹²⁷.

2.2.3. Hastanın Aydınlatılması

Aydınlatma, hastaya verilecek bilgilerle kendisinin, uygulanması düşünülen tıbbi müdahale hakkında fikir sahibi hale gelmesi ve serbestçe karar verecek durumda olmasının sağlanmasıdır¹²⁸.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 15 ve devamında, hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgi edinme hakkı düzenlenmiş olup Yönetmelik maddesi:

“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,

¹²⁷ Ayan, **a.g.e.**, s.160; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.111.

¹²⁸ Köprülü, **a.g.e.**, s.594; Bayraktar, **a.g.e.**, s.124-125.

hususlarında bilgi verilir.” Şeklinde dir.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde hastane, hastanın bilgi edinme hakkını kullanabilmesi, teşhis ve tedavi üzerinde düşünüp serbestçe karar verebilmesi ve ardından tedaviye geçerli bir rıza gösterebilmesi için, teşhis ve tedavi yükümlülüklerini yerine getirmeden önce hastanın kendisini veya yasal temsilcisini aydınlatmakla yükümlüdür¹²⁹. İlgili Yönetmelik maddesi aynı zamanda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını da açıklamaktadır. Aydınlatmanın kapsamı ayrıca Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 14/2¹³⁰, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.26¹³¹ ve yine Hasta Hakları Yönetmeliği m. 31/1’de¹³² de yer almaktadır. Aydınlatma yükümlülüğünün önemi, teşhis ve tedavi ediminin tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü standartlara uygun olarak yapılmış olması halinde dahi hastanın gerektiği gibi aydınlatılmamış olması halinde müdahalenin hukuka aykırı hale gelmesinden kaynaklanmaktadır¹³³.

Hasta, uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin artı ve eksi yönleri, başarı ihtimali, uygulanmaması halinde doğacak muhtemel sonuçlar, başta ölüm olmak üzere gelişebilecek komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmelidir¹³⁴.

Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2008/4519 E., 2008/10750 K. sayılı, 18.09.2008 tarihli kararında, *“bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de, davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel*

¹²⁹ Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, Sermet Matbaası, İstanbul 1972, s. 124; Gökcan, **a.g.e.**, s.91; Ayan, **a.g.e.**, s.71; Köprülü, **a.g.e.**, s. 594; Şenocak, **a.g.e.**, s. 44; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 27; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.57.

¹³⁰ “Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.” (www.tbb.org.tr).

¹³¹ “Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir...”

¹³² “Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.” (www.kazanci.com).

¹³³ Ayan, **a.g.e.**, s. 71-158; Köprülü, **a.g.e.**, s. 594; Bayraktar, **a.g.e.**, s. 124-126.

¹³⁴ Ayan, **a.g.e.**, s.158; Özdemir, **a.g.e.**, s.348; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.109.

komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kurulu'nda verdiği 23.09.2005 tarihli ifadesinde, davacıya yapılacak işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon oluşursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususları kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir...” şeklindeki gerekçe ile aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayamayan doktorun nadir gelişen bir komplikasyondan dahi sorumlu olacağına, zira gereği gibi aydınlatılmamış bir hastanın bu komplikasyon riskine rıza göstermesinin de mümkün olmadığını belirtmiştir¹³⁵.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2013/1948 - 10659 sayılı, 29.04.2013 tarihli bir başka kararında, davalı hastane ve hekim tarafından sunulan sağlık hizmetinin tıp bilimi standartlarına uygun olduğu yönünde Adli Tıp raporu bulunmasına karşın, kan grubu hususunda davacının beyanıyla yetinilerek kan tahlili yapılmamasının ve buna istinaden kan uyuşmazlığı ihtimali halinde doğacak sonuçlar hakkında davacının bilgilendirilmemiş olmasının aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle davanın reddi yönündeki yerel mahkeme kararını bozmuştur¹³⁶.

Aydınlatma, tanı aydınlatması, süreç aydınlatması ve risk aydınlatması şeklinde üç aşamadan oluşmaktadır. Hastanın, muayene ve gerekli tetkikleri neticesinde konulan teşhisle ilgili olarak aydınlatılması “tanı aydınlatması”; tedavinin uygulanması ve uygulanmaması halinde ortaya çıkacak sonuçlarla ilgili olarak aydınlatılması “süreç aydınlatması”; tedavi sonrasında beklenebilecek muhtemel olumsuzluklarla ilgili aydınlatmaya da “risk aydınlatması” adı verilmektedir¹³⁷.

Aydınlatma yükümlülüğünün amacı, hastanın uygulanması düşünülen tedavi ile ilgili olarak serbest iradesi ile karar verebilmesi ve böylece tıbbi müdahalelerin hukuka uygun hale gelmesidir¹³⁸. Bunun için hastanın her bir detayla ilgili olarak

¹³⁵ Kazancı İçtihat Bankası, 18.05.2019.

¹³⁶ Kazancı İçtihat Bankası, 03.03.2017

¹³⁷ Gürkan Sert, **Tıp Etiği Ve Mahremiyet Hakkı**, Babil Yayınları, İstanbul 2008, s. 255; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 122; Hakeri, **a.g.e.**, s. 298-300.

¹³⁸ Gökcan, **a.g.e.**, s.91; Ayan, **a.g.e.**, s.158; Köprülü, **a.g.e.**, s. 594.

aydınlatılmasına gerek olup olmadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yalnızca somut olay bakımından gerçekleşme ihtimali makul görülecek orandaki tehlikelerden bahsedilmesi, yükümlülüğün yerine getirilmiş olması için yeterlidir; zira her riskten bahsedilmesi halinde hasta, kendisine tıbbi müdahaleden bulunulmasına rıza göstermeyebilecek ve böylece tedaviye engel olabilecektir¹³⁹. Hatta bu görüşü savunanlardan Sert, aydınlatmanın evresine göre bir ayrıma gitmiştir. Tanı ve süreç aydınlatmalarında herhangi bir kısıtlama yapmazken, yalnızca risk aydınlatması açısından, hastanın uzak ihtimaller konusunda aydınlatılması gerekmediğini, büyük olasılık taşıyan riskler bakımına aydınlatılması gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁰. Aynı görüş ayrıca süreç aydınlatması bakımından, uygulanabilecek başka tedaviler de varsa, hastanın bunlarla ilgili olarak da aydınlatılmasının ve seçim yapma hakkını değerlendirmek için makul bir ortam sağlanmasını da gerekli bulmaktadır¹⁴¹.

Buna karşın diğer görüş hastanın en küçüğünden en büyüğüne kadar her risk açısından aydınlatılması ve hastadan hiçbir şey saklanmaması gerektiğini savunmaktadır¹⁴².

Kanaatimizce, gerçekleşme ihtimali düşük riskler, hastanın tıbbi müdahaleden çekinmesine ve geri adım atmasına neden olabilir. Her hastanın teşhis ve tedavisiyle ilgili olarak bilgi edinme hakkı mutlaktır, ancak her tıbbi müdahale içinde birçok risk barındırır ve bunların hastaya tek tek açıklanması, iyi olabilecek bir hastanın tedaviyi reddetmesi ile sonuçlandığı takdirde daha büyük zararlar meydana gelebilecektir. Bu nedenle menfaatlerin karşılaştırılarak bir sonuca varılması düşünülebilir.

Ancak standart uygulamaların dışına çıkılması hali biraz daha farklılık arz eder. Eğer hastaya uygulanan tedavi alışlagelmişin dışındaysa, olumsuz sonuç riski ne olursa olsun hastanın tedaviyle ilgili bilgi ve öngörüsünün minimum düzeyde olduğunun

¹³⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 74; Bayraktar, **a.g.e.**, s.130; Sert, **a.g.e.**, s.226.

¹⁴⁰ Sert, **a.g.e.**, s.227.

¹⁴¹ Sert, **a.g.e.**, s.227.

¹⁴² Safa Reisoğlu, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu – Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler 5. Sempozyumu**, Ankara 12-13 Mart 1982, Mukayeseli Hukuk Araştırma Ve Uygulama Merkezi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s.6; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.123

kabulü ile daha ayrıntılı bilgi verilmeli, söz konusu tedavi yöntemi hakkındaki olumlu ve olumsuz görüşler bakımından da hasta aydınlatılmalıdır¹⁴³.

Hastanın durumunun daha kötüye gitme riski bulunduğu hallerde hekim aydınlatma yükümlülüğünden kaçınabilecekse de böyle bir durumda alınması gereken diğer önlemleri de almakla yükümlü olacaktır¹⁴⁴. Ancak hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün, hastanın kendi geleceğini kendi belirleme özgürlüğünün önüne geçmemesi gerektiği de unutulmamalıdır. Bu nedenle hasta aydınlatılırken, iradesi kısıtlanmamalıdır¹⁴⁵.

Bunlarla birlikte, hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün istisnaları da mevcuttur.

Bunların başında, hastanın rızasının elde edilemeyeceği, gecikmesinde tehlike bulunan durumlar, yani acil vakıalar ve ameliyatın genişletilmesi halleri gelmektedir¹⁴⁶. İstisnanın yasal dayanağı HHY m.24/7'dir. Yönetmelik maddesine göre, hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı, bilincin kapalı olduğu veya hayati tehlike bulunduğu hallerde veya bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde hekim ve/ veya diğer hastane personeli, hastanın rızasını almadan tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilir. Bu hallerde hekim, makul bir hastanın muhtemel olan iradesini ölçü alarak, hastanın varsayılan rızasına dayanarak vekaletsiz iş görme niteliğinde tıbbi müdahalede bulunabilir¹⁴⁷. Varsayılan rıza, "hasta müdahalenin risk ve tehlikesini bilseydi dahi rıza verirdi" şeklindeki varsayımdır¹⁴⁸.

Ameliyatın genişletilmesi hususu ise biraz daha kompleks yapıda olup doktrinde de bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre¹⁴⁹, bir ameliyat için rızasını açıklamış olan hastaya ameliyat sırasında başka bir müdahalenin yapılmasının gerektirdiği durumlarda, ameliyatın

¹⁴³ Emine Dede, **Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 158.

¹⁴⁴ Emel Badur, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 70.

¹⁴⁵ Dede, **a.g.e.**, s.158.

¹⁴⁶ Köprülü, **a.g.m.**, s. 595; Ayan, **a.g.e.**, s.79.

¹⁴⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s. 57; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.35; Öztürkler, **a.g.e.**, s.233.

¹⁴⁸ Dural / Ögüz, **a.g.e.**, s.107; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 127; Hakeri, **a.g.e.**, 408-409.

¹⁴⁹ Ergun Özsunay, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu – Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler 5. Sempozyumu**, Ankara 12-13 Mart

durdurulması hastanın sağığı açısından önemli zararlara sebebiyet verecekse, zaruret hali söz konusu olduğundan hastanın rızası bulunmaksızın ameliyat genişletilebilecektir. Benzer bir diğer görüş¹⁵⁰ de, ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun ortaya çıkması halinde ameliyatı durdurarak hastanın rızasını almak imkânsız olduğu takdirde hekimin ameliyata devam edebileceğini savunmaktadır.

Başka bir görüş¹⁵¹ ise, ameliyatın genişletilme imkânını birtakım şartlara bağlamaktadır. Şöyle ki, ameliyatın genişletilmesinin, hastanın rıza gösterdiği tedavi planına göre daha yüksek risk içermemesi, hastanın muhtemel tehlikelerle ilgili olarak rızasının alınmasının mümkün olmaması ve ölüm tehlikesi hali hariç önemli bir organın alınmaması şartlarının mevcudiyeti halinde ameliyatın genişletilmesi hukuka uygun olacaktır.

Dikkat edilmesi gereken husus ise ameliyat esnasında ortaya çıkan gelişmenin, önceden öngörülebilecek bir gelişme olması halinde hekimin ve/veya hastanenin hem tedbir olarak hem de aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesi amacı ile bunu zaten başta hastaya söylemesi ve ondan rıza alması gerektiğidir. Dolayısıyla ameliyatın genişletilip genişletilemeyeceği tartışması, önceden öngörülemyip tamamen ameliyat esnasında meydana gelen gelişmeler için söz konusu olacaktır. Önceden öngörülebilecek ve aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hastaya zaten söylenmiş olması gereken bir gelişmenin ameliyat esnasında fark edilip, ameliyatın genişletilmesi gibi değerlendirilerek hasta menfaatine de olsa rıza alınmadan müdahalede bulunulması, müdahaleyi hukuka aykırı hale getirebilecektir¹⁵².

Ameliyat esnasında hastanın uyandırılıp aydınlatıldıktan sonra rızasının alınması veya aynı şekilde bir yakınının rızasının alınması somut olay bakımından mümkün değilse ve acilen müdahale edilmediği takdirde hastanın yaşamını kurtarmak için bir müdahalede bulunulmuşsa hekimin hastaya müdahale etmesi zorunluluk halini

1982, Mukayeseli Hukuk Araştırma Ve Uygulama Merkezi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s. 31 – 59.

¹⁵⁰ Ayan, **a.g.e.**, s.75-77.

¹⁵¹ Reisoğlu, **a.g.m.**, s. 7.

¹⁵² Ayan, **a.g.e.**, s. 71-158; Köprülü, **a.g.e.**, s. 594; Bayraktar, **a.g.e.**, s. 124-126.

alır¹⁵³. Bu durumda hekimin takdir yetkisinin kapsamı hastanın acil durumunun ve hastaya müdahalede gecikilmesi durumunda hastanın hayati bir tehlikesinin olup olmayacağı değerlendirilmesidir; ki bu durumda hekim tehlikenin ağırlığını ve yakınlığını değerlendirmelidir¹⁵⁴.

Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1970/10853 E., 1971/2096 K. sayılı, 05.03.1971 tarihli kararında böbrek taşı alınması için ameliyata giren hastanın ameliyatı sırasında böbreğinin iltihaplı olduğunun görülmesi üzerine ameliyatı yapan hekim tarafından böbreğin tamamının alınması üzerine açmış olduğu tazminat davasında hekimin kusuru bulunmadığı yönündeki yerel mahkeme kararını onamıştır. Yargıtay, böyle bir durumda tıbbi zorunluluk söz konusu olduğunu ve ameliyatın durdurulup hastanın uyandırılarak onayının alınmasının hastanın menfaatine olmayacağını belirtmiştir¹⁵⁵.

Hastanın aydınlatılmaktan feragat etmesi de mümkündür. Nitekim HHY m.20’de, *“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.”* şeklindeki madde ile hem hastanın aydınlatılmaktan feragat hem de yakınları dahil hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep hakkı düzenlenmiştir. Ancak feragat zımni olmamalı, hastanın iradesi açık ve tartışmasız olmalı, yüksek hayati önem arz eden ve geri dönüşü olmayan sonuçlara ilişkin olmamalı, henüz tıp âlemince tanınmamış tıbbi müdahalelerle ilgili feragatler kabul edilmemelidir¹⁵⁶. Aslolan aydınlatma yükümlülüğünün varlığı olduğundan hastanın bundan feragat ettiğini iddia eden hastane, bu iddiayı ispatla yükümlü olacaktır¹⁵⁷.

¹⁵³ Arif Barış Özbilen, Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S: 24, 2013/2 s.103; Köprülü, **a.g.e.**, s. 595; Ayan, **a.g.e.**, s. 71.

¹⁵⁴ Çağrı Kan, **Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 199.

¹⁵⁵ Kazancı İçtihat Bankası, 22.06.2019.

¹⁵⁶ Funda Işık Özcan, “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul 2008, s.118; Ayan, **a.g.e.**, s. 79.

¹⁵⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s.58; Ayan, **a.g.e.**, s.79.

Bazen de hastanın kendi mesleği veya kişisel özelliklerinden dolayı yeterince bilgili olduğu anlaşıldığından, detaylı bir aydınlatma gerekmebilir. Örneğin hasta bir hekim veya hemşire ise, ya da bunlardan birinin küçük çocuğu ise yapılacak müdahaleye göre hekimin ve/veya hastanenin aydınlatma yükümlülüğü bulunmayabilir¹⁵⁸.

Hastanın daha önce başka bir hekim tarafından aydınlatılmış olması veya hastalığın bir süredir süregelen, hastanın da hakim olduğu bir hastalık olması gibi hallerde de aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkacaktır¹⁵⁹. Ancak aydınlatma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı her somut olay, yani müdahale için ayrı ayrı değerlendirilmelidir¹⁶⁰.

Hastanın manevi yapısı düşünülerek hastaya bilgi verilmemesi gerektiğini düzenleyen HHY m. 19 da bu yükümlülüğün başka bir istisnasıdır:

“Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.

Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkra da belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır.

Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.”

İlgili maddeye göre hastanın durumunun ciddiyetini öğrenmesi halinde sağlığı olumsuz etkilenecekse, örneğin kalp krizi geçirebilirse, intihara meyil edebilecekse veya tedaviye engel olmak isteyecekse, hastanın aydınlatılması yükümlülüğü yerine getirilmeyecektir¹⁶¹.

¹⁵⁸ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.129.

¹⁵⁹ Bayraktar, **a.g.e.**, s. 129; Şenocak, **a.g.e.**, s.58; Ayan, **a.g.e.**, s.79.

¹⁶⁰ Işık Özcan, **a.g.m.**, s.119.

¹⁶¹ Köprülü, **a.g.e.**, s. 594; Özsunay, **a.g.m.**, s. 47; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.69; Hakeri, **a.g.e.**, s.140; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.130.

Hastane, aydınlatma yükümlülüğünü müdahalede bulunacak sağlık meslek mensubu yardımıyla yerine getirir. Hasta dilerse başka bir hekimden de görüş almayı talep edebilir¹⁶².

Hastanın aydınlatılması, onun anlayabileceği sade bir dille, mümkün olduğunca tıbbi terim kullanılmadan, tereddüt ve şüpheye yer bırakmaksızın yapılmalı; tıbbi müdahale acil değilse hastanın ölçüp tartma yapabilmesi için ona uygun zaman tanınmalı ve hastanın eğitim durumu ve yaşı gibi özellikleri de dikkate alınmalı; hatta gerektiğinde tercüman kullanılmalıdır (HHY m.18).

Hemen belirtmek gerekir ki, aydınlatmanın amacı hastanın tıbbi müdahaleye rıza gösterirken tam olarak neye rıza gösterdiği hususunda bilinçlendirilmesi olduğundan, rıza gösterecek kişinin aydınlatılması esastır. Nitekim 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70, sınırlı ehliysiz ve tam ehliysizler için yasal temsilcinin rızasını aradığından, bu hallerde aslında kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan aydınlatılma hakkı, tek başına hak sahibi tarafından kullanılamayacaktır.

HHY m.24/1 ve 24/2, “Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.” şeklindeki düzenlemelerle hastanın küçük veya kısıtlı olması hallerinde yasal temsilcinin rızasının mutlaka gerektiği, ancak aydınlatılma ve rıza gösterme haklarının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması sebebiyle küçük veya kısıtlının da mümkün olduğunca aydınlatılma sürecine ve rıza gösterme işlemine iştirakinin sağlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Böylece düzenlemenin Dünya Tıp Birliği görüşüne¹⁶³ ve Biyotıp Sözleşmesi m.6/2’ye¹⁶⁴ uygun olduğu söylenebilecektir.

¹⁶² Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.70; Hakeri, **a.g.e.**, s.130; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.130; Sert, **a.g.e.**, s.232.

¹⁶³ “Çocukların, ailelerin / yasal temsilcinin tıbbi karara aktif biçimde katılma hakları vardır. Anlama kapasitesi arttıkça çocuğun katılımı da artmalıdır”.

¹⁶⁴ “Çocuklar bakımından, müdahalenin anlamını anlayabilecek yaşta olanlar bakımından aydınlatılma sürecine katılımları sağlanmak koşuluyla, veli veya vasisi aydınlatılmalıdır”.

Her ne kadar küçük veya kısıtlının gerek aydınlatma gerekse rıza gösterme sürecine azami miktarda katılımı sağlanmakta ise de neticeten yasal temsilci rızası arandığından, tıbben gerekli olan bir müdahaleye yasal temsilcinin rıza göstermemesi halinde başvurulacak yol ise aynı maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır. Yani bu durumlarda hastane ve hekim, hastaya müdahalede bulunabilmek için mahkemeye başvurmalı, TMK m.346’da düzenlenen anne ve babanın çocuğun menfaatine olan işlerde yetersiz kalması halinde hakim karar alması ve m.487’de düzenlenen vesayet makamının vesayet altındaki kişilerin menfaatlerini korumak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğüne dayanmalıdır.

Engellilerin durumu ise aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olup buna göre engelli kişilerin durumunun gerektirdiği şekilde aydınlatılması ve rızalarının alınması hususunda önlem alınmasının, sağlık kurum ve kuruluşlarının yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere hastanın tam ehliyetli olması halinde bizzat kendisinin aydınlatılacağı hususunda bir şüphe yoksa da bazı durumlarda hasta yakınlarının da bilgilendirilmesi gerekir. Örneğin cinsel yolla bulaşan AİDS, HIV, frengi gibi hastalıklar bakımından hastanın eşinin bilgilendirilmesindeki yarar, hastanın mahremiyeti karşısında daha mühim olduğundan hastalık ve uygulanacak tedavi hakkında eşin aydınlatılmaması tıp etiği ile bağdaşmayacaktır¹⁶⁵.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde şekil serbestisinin esas olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁶. Bu nedenle aydınlatma, yazılı veya sözlü olarak yapılabilecektir¹⁶⁷. Ancak her ne kadar şekil şartı söz konusu olmasa da aydınlatma esnasında dikkat edilecek usul ve prensipler HHY m.18’de düzenlenmiştir. Buna göre aydınlatma, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde

¹⁶⁵ Nermin Ersoy, “*Tıpta Mahremiyet: Kapsamı ve İstisnaları*”, (Çevrimiçi) www.dergipark.org.tr, s.4-5, 24.05.2019.

¹⁶⁶ Sert, **a.g.e.**, s.235; Ayan, **a.g.e.**, s.84; Hakeri, **a.g.e.**, s.133.

¹⁶⁷ Işık Özcan, **a.g.m.**, s.100; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.71.

yapılmalıdır. Yönetmelik uyarınca hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek kişi tarafından veya 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 sözlü olarak bilgilendirilir.

Her ne kadar yönetmelik sözlü bilgilendirmeden bahsetmiş ve ilgili maddede aydınlatma için herhangi bir şekil şartı düzenlememişse de, mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için alınacak rıza formunun düzenlendiği 26.maddenin formda hangi bilgilerin yer alması gerektiğine dair bölümünde aydınlatmayla ilgili (15.maddede yer alan bilgilerin formda yer alması gerektiğine dair) düzenlemeler de içererek aslında bu hallerde aydınlatmaya da yazılı şekil şartı getirmiş olmaktadır. Zira 15.maddede sayılan bilgilerin rıza formunda yazılı olarak yer alması demek, hastanın bilgilendirilmesinin de yazılı olarak yapılacağı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla yönetmeliğin aydınlatmanın sözlü olarak yapılacağına dair düzenlemesiyle rıza formuna ilişkin düzenlemesinin çeliştiği söylenebilecektir. Kanaatimizce de hastanın detaylı biçimde sözlü olarak aydınlatıldıktan sonra en azından hangi hususlarda aydınlatıldığının yazılı olarak forma geçirilmesi hem hastanın farkındalığı hem de uyumsuzluklardaki ispat sorununa çözüm getirecektir. Zira hastanın aydınlatıldığının ispat yükü, aydınlatma borçlusu olan hastane üzerinde olduğundan sözlü aydınlatma ile yetinilmesi olası uyumsuzluklarda ispat sorunu yaratır. Bu nedenle ilk önce HHY m.18'e uygun olarak hasta ile yüz yüze konuşulmalı, hastanın tüm soruları açık ve anlaşılır şekilde cevaplanmalı, daha sonra olası uyumsuzlukta delil teşkil etmesi için konuşulan hususlar yazılı olarak kayda geçirilmeli ve 26.maddeye uygun olarak rıza formu hazırlanmalıdır¹⁶⁸. Ne var ki uygulamada aydınlatma süreci matbu hale gelmiş, hastaların çoğunun anlamakta güçlük çektiği standart formlar hastaya yeteri kadar açıklanmaksızın imzası alınmak suretiyle yerine getirilmektedir. Oysa böyle bir uygulamanın yönetmelikle uyummadığı izahtan varestedir.

Hastaya, acil haller dışında, aydınlatılmak için makul süre tanınmalıdır (HHY m.18/5). Aydınlatma yapılırken hastanın mahremiyetine özen gösterilmeli ve

¹⁶⁸

Sert, **a.g.e.**, s.236; Ayan, **a.g.e.**, s.28; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.139.

aydınlatma için elverişli ortam sağlanmalıdır (HHY m.18/6). Üstelik hasta, kendisine yapılan bilgilendirme ile yetinmek zorunda olmayıp başka bir hekim tarafından da görüş isteme hakkına sahiptir (HHY m.18/4).

Nitekim Yargıtay kararları da tazminat yükümlüsü olan hastane ve hekimin, hastanın aydınlatıldığı yönündeki savunmalarının yalnızca yargılama sürecindeki beyanlara ve tanık ifadelerine dayanmasını kabul etmemekte, dosya kapsamında bu iddiayı destekler nitelikte belge aramaktadır.

Örneğin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2007/12837 E., 2007/13884 K. sayılı, 20.11.2007 tarihli kararında yurt dışından gelerek cinsel organını ilgilendiren bir ameliyat geçiren hastaya beşinci gün kontrolü yapıldıktan sonra ülkesine dönebileceği söylenmiş; ancak hastanın ülkesine döndükten birkaç gün sonra cinsel organında kangren meydana geldiği anlaşılmış ve hasta tarafından hastane ve hekim aleyhinde açılan tazminat davasının yerel mahkemece reddedilmesi üzerine davacı tarafca yapılan temyiz başvurusu incelenmiştir. Yargıtay, kangrenin, yapılan işlemin bir komplikasyonu olmasına karşın beşinci gün ülkesine dönmesine müsaade eden hastanın ilerleyen günlerde de kontrolünün gerekeceği, aksi takdirde komplikasyon gelişme olasılığının bulunduğu hususunda gerekli bilgilendirmenin yapıldığına dair davalı vekilinin savunmaları ve tanık beyanları dışında dosya kapsamında herhangi bir belge bulunmaması sebebiyle davanın reddi yönündeki yerel mahkeme kararını davacı lehine bozmuştur¹⁶⁹.

Yine Yargıtay 13. HD, 2013/1813 E., 2013/11915 K. sayılı kararında kalp rahatsızlığı sebebiyle tekrar hamile kalması riskli olan hastanın sezaryen ameliyatı gerçekleştirildikten sonra tüplerini bağlattığı, ancak yine hamile kaldığı, bunun gerek kendi gerekse bebeğin sağlığını riske attığı gerekçesiyle hastaneye ve hekime karşı açılan tazminat davasının reddine dair yerel mahkeme kararı ele alınmıştır. Yargıtay, tüpler bağlanmış olmasına karşın hamile kalma riskinin bulunduğunu ve bunun bir komplikasyon olduğunu, fakat her ne kadar hastadan muhtemel komplikasyonlara yönelik yazılı rıza formu alınmış ise de formlar incelendiğinde davacının dava konusu komplikasyonları ile ilgili yeterli ve elverişli bir bilgilendirme içermediği, dolayısıyla “aydınlatılmış” bir onamdan bahsedilemeyeceği için davalı hastane ve

¹⁶⁹ Kazancı İçtihat Bankası, 10.06.2017.

hekimin ispat yükünü yerine getirmediği anlaşıldığından davanın reddi yönündeki yerel mahkeme kararını bozmuştur¹⁷⁰.

Karardan da anlaşılacağı üzere aydınlatma ile rızanın alınması yükümlülükleri farklı olup karıştırılmaması gerekir. Hastadan rıza alındığının ispatlanmış olması, hastanın aydınlatıldığı anlamına gelmeyecek; hastane ayrıca aydınlatma yükümlülüğünü de yerine getirdiğini ve hastanın verdiği rızanın aydınlatılma üzerine verildiğini ispatlamakla yükümlü olacaktır¹⁷¹.

HHY m.15/e’de hastanın kullanacağı ilaçların özellikleri bakımından da bilgilendirilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre tedavi için özel hastaneye başvuran hastaya verilen ilaçların yan etkileri, muhtemel komplikasyonlar, ilaç kullanırken nelere dikkat etmesi gerektiği, ilacın dozu, diğer ilaçlarla etkileşimi hususlarında bilgi verilmeli ve tıbbi geçmişinde söz konusu ilacı kullanmasına engel bir durum olup olmadığı sorgulanmalıdır.

Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2006/10057 E., 2006/13842 K. sayılı, 19.10.2006 tarihli kararında muayene, tahlil ve film sonuçlarına göre kendisine ilaç önerilen ve on gün sonra kontrole gelmesi istenilen hastanın kontrol süresi dolmadan mide kanaması geçirmesi üzerine hastanın, sağlığını riske atarak mide hassasiyeti, rahatsızlığı bulunduğunu sorulmasına karşın saklaması hayatın olağan akışına aykırı düşeceğinden davalıların (hastane ve hekimin), davacıyı, ilacı mide koruyucu ile birlikte alması gerektiği konusunda bilgilendirmediği kanaatine varılmış; dosyada davalıların soyut beyanları dışında akdini ispatlayan bir belgeye rastlanmadığından davacının tazminat talebinin reddi yönündeki yerel mahkeme kararı bozulmuştur¹⁷².

2.2.4. Hastanın Rızasının Alınması

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir getirisi olarak tıbbi müdahaleye rıza gösterme veya göstermeme özgürlüğü de bulunmaktadır. Bu nedenle özel hastane,

¹⁷⁰ Kazancı İçtihat Bankası, 10.06.2017.

¹⁷¹ Hakeri, **a.g.e.**, s. 134.

¹⁷² Kazancı İçtihat Bankası, 10.06.2017.

tıbbi müdahaleye girişmeden önce hastanın bu müdahaleye rıza beyanını almakla yükümlüdür¹⁷³.

Hastanın rızasının alınması, aydınlatılması yükümlülüğünün sonucudur. Hastanın bilinçli ve hukuka uygun bir şekilde tıbbi müdahaleye rıza gösterdiğinden bahsedebilmek için, yukarıda detaylı olarak izah edilmiş şartları taşıyan bir aydınlatmanın yapılmış olması şarttır. Zira hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleye serbest iradesi ile karar vermesi ve bu kararın makul, bilinçli bir karar olarak kabul edilebilmesi, ancak gerekli aydınlatmanın yapılması ile mümkündür¹⁷⁴. Bu nedenle aydınlatma da somut ve özel duruma ilişkin, açık ve anlaşılır, müdahalenin muhtemel risk ve sonuçları bakımından hastanın bilgi sahibi olmasına elverişli olmalıdır¹⁷⁵.

Nitekim Yargıtay hukuken geçerli rızayı, ancak yeteri kadar aydınlatılmış, baskı altında kalmadan, serbest ve bilinçli bir irade ile verilmiş rıza olarak tanımlamıştır¹⁷⁶.

Tıbbi müdahaleler, hastanın vücut bütünlüğünü ve kişilik haklarını ilgilendiren müdahaleler olup bu kapsamda, hastanın rızası için Anayasa ve Medeni Kanun başta olmak üzere çeşitli yasal düzenlemelerde hükümler mevcuttur.

İlk olarak Anayasa'nın "Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı" başlığı altında düzenlenen 17.maddesine bakılmalıdır. Maddeye 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..."

Medeni Kanun m.24 düzenlemesi ise "... *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...*" şeklindedir.

¹⁷³ Şenocak, **a.g.e.**, s.36; Atabek, **a.g.e.**, s.632; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.43.

¹⁷⁴ Hakeri, **a.g.e.**, s.273; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.59-60.

¹⁷⁵ Arpacı, **a.g.m.**, s.11; Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s.1323; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.59; Hakeri, **a.g.e.**, s.305.

¹⁷⁶ Yargıtay 4. HD., 1976/6297 E., 1977/2541 K. sayılı, 07.03.1977 tarihli kararı, Kazancı İçtihat Bankası, 22.06.2019.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin “İlkeler” başlıklı 5, “Rıza Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama” başlıklı 22 ve “Hastanın Rızası ve İzin” başlıklı 24.maddesinde de açıkça tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının gerektiği, istisnalar dışında hastanın rızasının bulunmamasının, müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmeye yeterli olacağı belirtilmiştir.

Kural olarak rıza, bizzat hastanın kendisi tarafından verilmelidir. Bu husus gerek rıza göstermenin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasından, gerekse yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin lafzından ve mahiyetinden kaynaklanmaktadır¹⁷⁷. Ancak hastanın hukuken geçerli bir rıza gösterdiğinden bahsedebilmek için, böyle bir rıza bildirmeye ehil olması, kendi üzerinde yapılacak tıbbi müdahalelerin önemini ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğine sahip olması gerekmektedir¹⁷⁸. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24; “.... 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.” şeklinde düzenlenerek hastanın küçük veya ayırt etme gücünden yoksun olması halinde yasal temsilcinin rıza göstermesi gerektiği, kendisinden rıza alınamayacağı belirtilmiştir.

Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70 ise “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)...*” şeklinde düzenlenmiş olmakla, hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde veli ya da vasinin iznini aramaktadır.

İlgili düzenlemelerden hareketle tam ehliyetsiz hastaların hiçbir koşulda tıbbi müdahaleye gösterecekleri rızanın geçerli olmayacağı, rıza beyanının mutlak suretle

¹⁷⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s.59; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.57.

¹⁷⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 11; Şenocak, **a.g.e.**, s.38; Işık Yılmaz, **a.g.e.**, s.392-394; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.59.

yasal temsilcilerince açıklanacağı, tam ehliyetliler bakımından da rızanın bizzat kendilerince gösterileceği hususunda şüphe yoktur¹⁷⁹.

Tıbbi müdahaleye rıza göstermenin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması ve yukarıda özetlenen Anayasa ile Medeni Kanun hükümleri sebebiyle sınırlı ehliyetsizlerin müdahaleye bizzat ve tek başlarına rıza gösterebilecekleri akla gelse de, daha özel nitelikteki Hasta Hakları m.24 ve TŞSTİDK m.70 sebebiyle yasal temsilcinin rızasının alınması gerekmektedir. Ancak Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/2 uyarınca, Aydınlatma Yükümlülüğü başlığı altında¹⁸⁰ da izah edildiği gibi mümkün olduğu ölçüde küçük veya kısıtlı hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanmalıdır. Küçük ve kısıtlıların tıbbi müdahaleye göstereceği rıza ile ilgili olarak yukarıda¹⁸¹ gerekli bilgiler verildiğinden aynı hususlar geçerli olup burada tekrarlanmayacaktır.

Yasal temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet veya vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi, aydınlatma yükümlülüğünde olduğu gibi yine Türk Medeni Kanunu'nun 346. ve 487. maddelerine istinaden mahkeme kararı alınmasıyla mümkün olacaktır (HHY m. 24/4). Ancak, yasal temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise ya da yasal temsilcinin o sırada orada bulunmadığı fakat derhal müdahale gerektiği hallerde izin şartı aranmadan müdahalede bulunulabilecektir. Burada hayati tehlike sebebiyle farazi rızaya dayanılmakta olup, sorumluluk da vekaletsiz iş görme esaslarına tabi olacaktır¹⁸². HHY m.24/7, bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durumun kayıt altına alınmasını, ancak mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisinin bilgilendirilmesi, mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisinin bilgilendirilmesini öngörmüştür. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine

¹⁷⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 11; Şenocak, **a.g.e.**, s.38.

¹⁸⁰ Bkz; s.49-50.

¹⁸¹ Bkz; s.28-29.

¹⁸² Şenocak, **a.g.e.**, s. 40.

başvurulacaktır. Şu kadar ki, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1967/2548-8440 sayılı, 09.11.1967 tarihli kararında, kalp krizi geçirerek bir özel hastaneye getirilen hastadan rıza alınmadığı gerekçesiyle derhal müdahalede bulunulmaması ve neticede hastanın ölmüş olması sebebiyle hekimin davranışının hukuka aykırı olduğu, hasta yakınlarının tazminat taleplerinin hastane ve hekimden müteselsilen tahsilinin gerektiğine karar vermiştir¹⁸³.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ise bu hususta ayrıcalık göstermektedir. Şöyle ki, küçük, kısıtlı ve tam ehliyetsizler için yukarıda belirtildiği gibi yasal temsilci rızası gerekli ve yeterli görülürken, doku ve organ nakli için Kanun, mutlaka doku ve organ alınacak kişinin 18 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olması şartını aramaktadır¹⁸⁴.

Bazı hallerde ise kanuni yasaklılık hali sebebiyle kişi rıza gösterse de tıbbi müdahalede bulunulamaz. Örneğin Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5.maddesine göre on haftadan fazla süreli gebelikler ancak annenin hayatı tehlikede olması veya bebeğin kendisi ya da onu takip edecek nesiller için bir maluliyete neden olacak olması sebepleriyle sonlandırılabilir.

Hiç şüphesiz ki rızanın konusunun sınırı, MK m.23 ve BK m.27 ile çizilmiştir. Buna göre rızanın konusu, hukuka, ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırılık teşkil edemeyecektir. Örneğin ötenazi ve para karşılığı organ alınıp satılması hukukumuzda yasak olup rıza gösterilmesi bu fiilleri hukuka uygun hale getirmez¹⁸⁵. Nitekim HHY m.28/2 de aynı minvalde, daha özel nitelikte bir düzenleme olup *“Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz”* şeklindedir.

¹⁸³ Kazancı İçtihat Bankası, 03.06.2019.

¹⁸⁴ “Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.” (Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, m.6).

¹⁸⁵ Şenocak, a.g.e., s.42; Hatırnaz Erol, a.g.e., s. 164.

Rızanın kapsamı ve içeriği, müdahalenin buna birebir uygun olmak zorunda olup olmadığı ise doktrinde farklı görüşlere yol açmaktadır. Bazı yazarlar¹⁸⁶ hastanın müdahaleye bir kere rıza göstereceğini ve bundan sonra tedavinin biçim ve kapsamına hekimin karar vereceğini savunurken baskın görüş¹⁸⁷, müdahalenin, rızanın içeriğine uygun olması gerektiği, ancak zorunlu hallerde ve hastanın menfaatine olacak şekilde rıza kapsamının aşılabileceği yönündedir.

HHY m. 28/1 uyarınca mevzuatın öngördüğü istisnalar hariç olmak üzere rızanın verilmesi herhangi bir şekle bağlı değildir; açık veya örtülü olabilir. Örneğin hastanın ameliyat ücretini ödemesi, ameliyat için hazırlık yapıp belirtilen gün ve saatte hastaneye gelmesi, MR çekilmek üzere ilgili birime başvurması zımni kabul teşkil eder. Ancak olası uyuşmazlık hallerinde ispat kolaylığı açısından rızanın yazılı olmasında fayda vardır¹⁸⁸. Nitekim HHY m.26, mevzuatta öngörülen durumlar ile uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için düzenlenmesi gereken rıza formuna yer vermiştir. Bu hallerde HHY m.26’da yer alan rıza formunun imzalatılması gerekir.

HHY m. 28/1’de belirtilen istisnalara örnek olarak TŞSTİDK m. 70 gösterilebilir. İlgili madde hükmü büyük ameliyatlara için yazılı rıza gerektiğini öngörmüşse de ameliyatın büyüklüğü ile ilgili bir somutlaştırmaya gitmemiştir.

Bir diğer örnek ise 2238 sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m. 6’da mevcuttur. Buna göre 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz kişiden organ ve / veya doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık önünde açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.

HHY m. 34’te ise hastanın rızasının hukuka uygun olması için yeterince bilgilendirilmiş olmasının yanında, maddi ve manevi hiçbir baskı altında kalmaksızın, tamamen özgür iradesi ile hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir.

¹⁸⁶ Çetin Özek, “Hekim ve Hukuk”, **Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları**, İÜHFM, C.28, S.4, 1965, s.445.

¹⁸⁷ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 43; Ayan, **a.g.e.**, s.12; Bayraktar, **a.g.e.**, s.143.

¹⁸⁸ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.166; Bayraktar, **a.g.e.**, s.140; Köprülü, **a.g.e.**, s.595.

Hastanın aydınlatılma imkânı bulunmadığı zaruri haller rıza için de geçerli olmakla birlikte (varsayılan rızaya dayanılması), bazen de yasal zorunluluk gereği tıbbi müdahale yapılmakta ve hastanın rızası aranmamaktadır. Örneğin Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca salgın hastalık halinde aşı yapılma zorunluluğu veya Türk Ceza Kanunu m. 57/7 uyarınca alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının güvenlik tedbiri olarak bu hastalıklara özgü sağlık kuruluşlarında tedavi altına alınmaları bu hallerden bazılarıdır.

Verilmiş olan rızanın geri alınabilmesi, kişinin geleceği ve bedeni üzerindeki kişilik haklarının tabi sonucu olarak düşünülebilir. HHY m.24, 8 Mayıs 2014'te yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'ten önce bu hususu düzenlemiş ve bazı sınırlamalar getirmekle rızanın kural olarak her zaman geri alınabileceğini belirtmişti. Bu sınırlamalar genel olarak hastanın rızasının gerekmediği hallerdir. Zira hastanın rızasının aranmadığı acil ve hayati tehlike bulunan hallerde, rızanın geri alınması da işin mahiyetine ters düşecektir. Ne var ki değişiklikten sonra rızanın geri alınmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İlgili yönetmelik maddesinin kaldırılmış olmasının, rızanın geri alınmasına engel teşkil etmesi söz konusu değildir. Zira herkes, kamu düzenine, hukuka, ahlaka ve adaba aykırı olmamak koşuluyla vücut bütünlüğü ve geleceği hakkında karar verme serbestisine sahiptir¹⁸⁹. Ancak tıbbi müdahale bir kez başlamışsa bundan sonra geri alınması, tıbbi yönden sakınca bulunmaması halinde mümkündür. Bu hallerde rıza geri alınana kadar yapılan müdahaleler hukuka uygunluğunu korurken, rıza geri alındıktan sonra yapılacak müdahale hukuka aykırı hale gelir¹⁹⁰.

2.2.5. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü

Hastaneye kabul sözleşmesi ile özel hastane işleticisi, sözleşme ile yüklenilen işin görülmesi sırasında ve görüldükten sonra, hastanın menfaatlerine ve kendisine duyulan güvene uygun olarak gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür¹⁹¹. Hiç şüphesiz ki bu yükümlülük, öncelikle Borçlar Kanunu m. 506/2-3 hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Buna göre;

¹⁸⁹ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 53-54; Ayan, **a.g.e.**, s.12.

¹⁹⁰ Bayraktar, **a.g.e.**, s. 142; Hatırmaz Erol, **a.g.e.**, s. 169.

¹⁹¹ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 123; Yavuz/ Acar/ Özen, **a.g.e.**, s.1204; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 84-85.

“Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.

Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.”

Yükümlülüğün düzenlendiği diğer mevzuat hükümleri incelenecek olursa;

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 2’de *“Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.*

Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlâki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.” denilerek hekimlerin hastalar arasında hiçbir ayırım yapmaksızın mutlak suretle dikkat ve özen yükümlülüğü bulunduğu vurgulanmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 14, *“Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.”* Şeklinde tanzim edilerek hastanın durumu ne kadar umutsuz olsa da personelin dikkat ve özen yükümlülüğünde bir değişiklik olmayacağı belirtilmiştir.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 30 ise *“Hekim, hastasının parasal durumu ne olursa olsun, kesin zorunluluk olmadıkça pahalı ilaçlar ve yöntemler öneremez, hastaya gereksiz harcamalar yaptıramaz ve yararı olmayacağını bildiği bir tedaviyi veremez”* şeklindedir.

Hükümlerden açıkça anlaşıldığı üzere hastane ve hekim, hastanın menfaatlerinin kendi menfaatlerinden öncelikli olduğunu kabulüyle, gerektiğinde fedakarlıkta bulunmak zorundadır¹⁹². Örneğin daha fazla kazanç elde etmek için tedavi uzatılmamalı, başka ilaçların kullanılması mümkünken pahalı olanlar tercih edilmemeli, gerekli olmayan tetkikler talep edilmemelidir. Aksi takdirde bu davranışlar sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir¹⁹³.

¹⁹² Tandoğan, **a.g.e.**, C: II, s. 408-409; Yavuz/ Acar/ Özen, **a.g.e.**, s.1193.

¹⁹³ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.170-171; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 86.

Görüldüğü gibi sadakat yükümlülüğü genel itibariyle hasta menfaatlerinin ön planda tutulması, hastanın içinde bulunduğu şartlar ne olursa olsun en kolay, kısa, güvenilir ve ekonomik şekilde tedavi edilmesini amaçlarken özen yükümlülüğü, tüm yükümlülüklerin tıp bilimi ve uygulamasında genel kabul görmüş teknik, etik ve kurallara uygun şekilde ifa edilmesidir. Özen yükümlülüğü tedavinin tamamlanmasıyla sona ermesine karşın sadakat yükümlülüğü tedavi sonrasında da devam eder. Örneğin sır saklama yükümlülüğü sadakat yükümlülüğünün bir parçası olup, tedaviden sonra da devam edecektir¹⁹⁴.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün genel ölçütü, tıp bilimi ve uygulamasında genel kabul görmüş kuralları bilmek ve hastanın en yararına olacak şekilde uygulamaktır. Hastane, bunları bilmediğini veya hastanın keyfiyeti bildiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz¹⁹⁵.

Nitekim TBK m.506/3'te düzenlendiği üzere vekil, amaçlanan sonucun elde edilememesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterilen özenin, ideal bir vekilin gösterebileceği en yüksek derecedeki özen ölçüsünde olup olmamasından sorumludur. Bu nedenle her somut olayda vekilin, basiretli bir vekilin göstermesi gereken bütün özeni gösterip göstermediğine bakılmalıdır¹⁹⁶. Bu da vekilin, amaçlanan sonucun gerçekleşmesi için mesleki tecrübelerine, dürüstlük kuralına ve hayatın olağan akışına göre alması gereken önlemleri alıp almadığı, sergilemesi gereken davranışları sergileyip sergilemediği, tıbbi müdahalenin başarısız olmasını engelleyici eylemlerden kaçınıp kaçınmadığına göre tayin edilir¹⁹⁷.

Bu yükümlülük kendi içinde birçok unsur barındırır. Hastanenin tıbbi ve tıbbi olmayan personelini seçerken özenle hareket etmesi, seçmiş olduğu personellerin yeni gelişmelere uyum sağlaması için gerekli eğitimi sağlaması, personellerin yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadığının denetlenmesi bunlardan birkaçıdır¹⁹⁸. Örneğin ameliyat odalarının temizliği, araç ve gereçlerin seçimi, kullanımı ve sterilizasyonu gibi hususların aksatılması, hastanede yeterli personel

¹⁹⁴ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 122-124; Yavuz/ Acar/ Özen, **a.g.e.**, s.1205.

¹⁹⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, C: II, s. 411.

¹⁹⁶ Alper M. Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 164.

¹⁹⁷ Yavuz/ Acar/ Özen, **a.g.e.**, s.1193; Gümüş, **a.g.e.**, s.159

¹⁹⁸ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 123.

çalıştırılmaması, personellere altından kalkabileceklerinden fazla sorumluluk verilmesi, personellere ve hastalara ilişkin olarak gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmaması, tetkik ve kontrollerde dikkat edilmesi gereken ayrıntıların atlanması, hasta şikayetlerine itibar edilmemesi gibi nedeniyle hasta zarar görecektir olursa bu davranış hastanenin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2002/13-1011 E., 2002/1047 K. sayılı, 11.12.2002 tarihli kararında¹⁹⁹ “*Dava, davalı doktorların hamilelik kontrollerinde vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırı davranışları sonucu, çocuğun anomalili doğması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini talebine ilişkindir. Hemen belirtilmelidir ki, vekil, vekalet görevini yerine getirirken, yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabadaki özen eksikliğinden dolayı sorumluluk altındadır. Eğer, bu özen eksikliği nedeniyle müvekkil bir zarara uğramış ise, vekilin tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Vekil müvekkil ilişkisinde, vekilin özen ve sadakat borcuna aykırı davranışının bir zarar doğurduğu, müvekkilin buna dayanarak tazminat talep etme hakkını kazandığı durumlarda, müvekkilin tazminat isteme hakkının doğacağı ve dolayısıyla zamanaşımı süresinin başlayacağı tarihin, müvekkilin söz konusu zararın varlığını öğrendiği tarih olacağı açıktır...*” şeklindeki içtihadı ile vekilin sonuçtan sorumlu olmasa da, sonucun gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinden doğmuş olmasından sorumlu olduğunu vurgulamıştır.

YHGK, 2010/13-717 E., 2011/129 K., 13.04.2011 tarihli kararında²⁰⁰ “... mesleği doktor olan davalının vücut içerisine girecek yabancı cisimlere karşı vücudun tepki göstereceğini bilmemesi mümkün olmadığına göre ameliyat sırasında bilirkşi raporuyla saptanacağı gibi kalitesiz malzeme kullanması (alınan bilirkşi raporlarından) nedeniyle vücutta yabancı cisim unutulması başlı başına kusur sayılacağı gibi, bunun doktorun göstereceği özenin dışında olduğunu kabul etmek mümkün değildir...

Her ne kadar Yerel Mahkemece direnme kararında, davacıda tespit edilen pamuk elyafının hangi ameliyat sırasında bırakıldığı, bunda davalı yanın kusuru bulunup

¹⁹⁹ Kazancı İçtihat Bankası, 10.06.2017.

²⁰⁰ Kazancı İçtihat Bankası, 03.06.2019.

bulunmadığı gibi konular da ayrıca rapor alınması gerekliliğine değinilmişse de; dosya içerisinde bulunan raporlar neticesinde, davacının karnında pamuk elyafının tespit edildiği, davacı tarafın şikayetlerinin davalı doktor tarafından yapılan ameliyat sonrasında ortaya çıktığı, ameliyat yapıldığı dönemde hastanede kullanılan gazlı bezlerin sıvı çektiğinde lime lime oldukları, abseye sebep olan yabancı cismin gazlı bez kalitesindeki düşüklüğe veya imalat hatasına bağlı olduğu hususları belirlendiğine göre, tek başına kalitesiz malzeme kullanılması dahi davalı yanın kusurlu olduğunu göstereceğinden; mahkemece burada artık bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek bulunmamaktadır...” şeklindeki gerekçe ile yalnızca hasta içerisinde malzeme unutulmasını değil, kullanılan malzemenin kalitesini dahi özen yükümlülüğünün bir parçası olarak kabul etmiştir.

Aynı şekilde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de 2005/3645 E., 2005/11796 K. numaralı, 8.7.2005 tarihli kararında, hastanın doğum sonrası takibinde gerekli özeni göstermediği için enfeksiyonu geç fark eden ve tedaviye başlamayan doktorun kusurlu olduğu; özel hastanenin de bu doktoru istihdam etmeden önce seçimde gerekli özeni göstermediğinden doktorla aynı oranda kusurlu olduğunu belirtmiştir²⁰¹.

YHGK 2004/13-291 E., 2004/370 K., 23.06.2004 tarihli kararında ise “... Zira özel hastane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır...” şeklindeki gerekçeye yer vererek üst üste iki ameliyata alınan hastanın 60 yaşında olması ve birinci ameliyatı tamamlandıktan sonra ikinci ameliyat sırasında tansiyonunun düşerek kanama nedeniyle bilincini kaybetmesi, yoğun bakıma alındıktan sonra da vefat etmesini sadakat, dikkat ve özen yükümlülüklerine aykırılık kabul ederek davacılar lehine tazminata hükmedilmesine karar vermiştir.

²⁰¹

Kazancı İçtihat Bankası, 10.06.2017

Özel hastane yalnızca personelini seçme ve denetlemede değil, aynı zamanda mevcut personelin kendisini geliştirmesi, yeniliklere uyum sağlaması, tıp bilimindeki yenilikleri takip ederek her daim kendisini geliştirmesi gibi konularda da özen göstermelidir. Hatta bu gelişmeler yalnızca personeller bakımından değil, hastanede kullanılan araç ve ekipmanlar için de geçerlidir. Özel hastaneler gelişen teknolojiye uyum sağlamalı, araç ve gereçlerini her zaman çalışır durumda, gerekli bakım ve kontrolleri yapılmış halde bulundurmalıdır. Bu araç ve gereçleri aynı zamanda tedavinin sekteye uğramaması için gerekli önlemleri almada da kullanmalıdır. Örneğin ameliyatların yarıda kalmaması için jeneratör, su deposu, yedek tıbbi malzeme ve benzeri eşyaların bulundurulması gerekir. Aynı şekilde diyabetik, vejeteryan gibi hastalara uygun beslenme menülerinin oluşturulması gerekir²⁰².

Bilinen ve mümkün olan bütün tedbirler alınmış, vakanın gerektirdiği azami dikkat ve özen gösterilmişse hastane işleticisi, sonucun başarısız olmasından sorumlu olmayacaktır²⁰³.

Belirtmek gerekir ki özel hastaneler maddi imkânlar açısından elverişli sağlık kuruluşları olarak kabul edildiğinden, modern tıp bilimine uygun, geniş tedavi olanakları sunmaları beklenir. Buna aykırı davranışları ağır kusur olarak nitelendirilebilirken, başka ülkelerdeki tekniklerin uygulanamıyor olması daha hafif bir kusur olarak değerlendirilebilir²⁰⁴.

2.2.6. Kayıt Tutma Yükümlülüğü

Hastaneye kabul sözleşmesi ile özel hastane, hastaya ait tıbbi kayıtları tutma ve saklama yükümlülüğü altına girer. Bu yükümlülük hem sözleşmesel hem de yasal bir yükümlülüktür. Düzenlendiği mevzuat hükümleri incelenecek olursa;

TŞSTİDK m.72; *“İcrayı sanat eden tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İctimaiye Vekaleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu ücretten*

²⁰² Ayan, **a.g.e.**, s. 160; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.124.

²⁰³ Ayan, **a.g.e.**, s. 93.

²⁰⁴ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 123.

mütevellit davalarda Sahibi lehine delil ittihaz olunabilir. Şu kadar ki müstenidi iddia olan kaydın hilafı vesaik veya delaili muteberei saire ile ispat edilebilir.”

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 16; “*Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.”*

Özel Hastaneler Yönetmeliği m.48/1; “*Özel hastanelerin acil servis, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbî hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş ve her sayfası müdürlükçe mühürlenmiş protokol defterlerinin tutulması zorunludur.*

Özel hastanelere başvuran her hasta için hasta dosyası düzenlenir. Hasta dosyasına hastanın tedavisiyle ilgili bütün müşahadeler ve yapılan muayene, tahlil ve tetkik sonuçları ile tedavi ve günlük değişiklikler yazılır.

Hasta dosyası içerisinde, asgarî olarak aşağıdaki belgelerin bulunması şarttır...”

Özel Hastaneler Yönetmeliği m.49; “*Özel hastanelerde, muayene, teşhis ve tedavi amacıyla başvuran hasta, yaralı, acil ve adlî vakalar ile ilgili olarak yapılan tıbbî ve idarî işlemlere ilişkin kayıtların, düzenlenen ve kullanılan belgelerin toplanması ve bunların müteakip başvurular ile denetim ve adlî mercilerce her istenildiğinde hazır bulundurulması amacıyla tasnif ve muhafazaya uygun bir merkezî tıbbî arşiv kurulması zorunludur.*

İlgili diğer mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, özel hastanede tutulan hasta dosyaları, en az yirmi yıl süre ile saklanır.

Faaliyeti sona eren özel hastanelerin arşiv belgeleri, bir tutanağa bağlanarak müdürlüğe teslim edilir...”

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği²⁰⁵ m.32; “*Her yataklı tedavi kurumunda bir merkezi tıbbi arşiv kurulur. Bütün servislerin ve olanakları ölçüsünde polikliniklerin işi biten dosyaları, bilimsel çalışmalar, istatistik değerlendirmeler hastaların diğer müracaatlarında kullanılmak üzere bir sıra ve düzen içerisinde*

²⁰⁵

13.01.1983 tarih, 17927 sayılı Resmi Gazete.

muhafaza edilir...” Şeklindeki yasal düzenlemelerden anlaşılacağı üzere özel hastane, sözleşme ile taahhüt etmese bile hastaya ait tıbbi kayıtları tutmak ve belirtilen süre ile saklamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük hekimin hastasının geçmişini hatırlamasına, tedaviyi üstlenen hekimin değişmesi halinde yeni hekimin kendisinden önceki sürece hakim olmasına, hastanın tedavi sürecinde hastane ve/veya hekim tarafından herhangi bir yükümlülüğün ihlal edildiğini ileri sürmesi halinde delil teminine yaramakta olduğundan tüm tarafların haklarını koruyan bir yükümlülüktür²⁰⁶.

Kayıt tutma yükümlülüğünün ihlali sebebiyle meydana gelen bir zarar olması halinde hastanenin bu zararı tazminle yükümlü olacağı aşîkardır. Zira hastanenin kayıt altına alınması gereken bir hususu atlaması sebebiyle hastaya yanlış veya eksik tedavi uygulanması, aynı zamanda dikkat ve özen yükümlülüğünün de ihlali anlamına gelecek ve hastanenin hastanın maruz kaldığı zarardan sorumluluğu kaçınılmaz olacaktır. Örneğin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2004/12088 E., 2005/1728 K. Sayılı, 07.02.2005 tarihli kararında, hastanın yaşı, kilosu ve ameliyat esnasında genel anestezi altında olduğunun kayıt altına alınmaması sebebiyle etkileşime geçebilecek bir ilaç verilmesinin ve bunlara ilişkin raporun aylar sonra yazılmış olmasının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle hastane ve hekimin hastanın zararından sorumlu oldukları yönünde hüküm tesis etmiştir²⁰⁷. Ancak bir zarar meydana gelmese dahi, yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle özel hastane ve/veya hekim, aleyhlerinde yürütülecek bir soruşturmaya maruz kalabilecektir²⁰⁸. Kayıtların tutulmamış olmasının tek başına manevi tazminat talebine dayanak teşkil edeceğine dair bir Yargıtay kararı bulunmamakla birlikte, bir üniversite hastanesinin hastaya ilişkin tıbbi kayıtları tutmamış olmasının, idarenin hizmet kusuru olduğu ve bu sebeple hastanın idare aleyhine manevi tazminat talebinde bulunabileceğine dair Danıştay kararı mevcuttur²⁰⁹.

HHY m.16’den da anlaşılacağı üzere hastanenin, hasta kayıtlarını hastadan saklama, alıkoyma, görmesini engelleme hakkı bulunmamaktadır. Bu kayıtlar, hastanın özel

²⁰⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s. 481.

²⁰⁷ Kazancı İçtihat Bankası, 10.06.2017.

²⁰⁸ Hakeri, **a.g.e.**, s. 480.

²⁰⁹ Danıştay 10. Daire, 2007/3301 E., 2008/2939 K., 29.04.2008 tarihli karar (Kazancı İçtihat Bankası, 10.06.2017).

hayatının gizliliğini ihlal etmeyecek şekilde tutulmalı ve talep halinde hastaya ibraz edilmelidir. Ancak bu kayıtların ibrazında hastanın bir menfaati yokken hekimin ve/veya hastanenin menfaatinin zarar görebileceği bir durum varsa, kayıtların hastaya ibraz edilmesi zorunlu olmayacaktır²¹⁰.

2.2.7. Sır Saklama Yükümlülüğü

Sır, sadece belirli ve sınırlandırılabilir bir kişi grubu tarafından bilinen ve açıklanmasında hasta bakımından anlaşılabilir, gerekçelendirilebilir ve korunmaya değer bir menfaat bulunan durum, olgu veya vakiadır²¹¹. Bu nedenle açıklanması, kişinin onur ve saygınlığına zarar getireceği, kişilik hakkına saldırı teşkil edeceği için hastane işleticisi, tedavi sürecinde doğrudan hastanın kendisinden veya dolaylı olarak bir başkasından öğrenmiş olduğu, tıbbi ve tıbbi olmayan her türlü bilgiyi gizli tutmakla, üçüncü şahıslara açıklamamakla yükümlüdür²¹². Zira hasta hekime bu konuda güvenemez ise sağlık durumunu ilgilendiren bazı bilgileri paylaşmaktan kaçınabilecek ve böyle bir davranış hekimin düzenleyeceği tedaviyi ve sürecin seyrini olumsuz etkileyebilecektir²¹³.

Hekimler, mesleklerini icra ediş şekilleri gereği hastalarına ait birçok bilgiye sahip olma imkanına sahiptir. Mesleki nedenlerle öğrenilen bu bilgiler de yukarıda tanımlandığı üzere sır olarak kabul edilmekte olup ifşa edilmeleri yasaklanmıştır²¹⁴. Bu yükümlülük temelini, öncelikle Anayasa m. 20’de düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesinden alır.

Konuya ilişkin yasal düzenlemelerin başında Hasta Hakları Yönetmeliği m. 23 gelir. Buna göre; *“Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.*

²¹⁰ Ayan, **a.g.e.**, s.162

²¹¹ Hakeri, **a.g.e.**, s. 495.

²¹² Ayan, **a.g.e.**, s. 162.

²¹³ Hatice Sarıtaş, **Hasta Hakları Bakımından Hekimin Sorumluluğu**, Bilge Yayınevi, Ankara 2005, s. 77.

²¹⁴ Maral Törenli Çakıroğlu, Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XII, S: 2, 2010, s. 159-179.

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.”

Hekim bakımından da TDT m.4 ve Hekimlik Mesleği Etik Kuralları m.9 açıkça, hekimin mesleğini icra ederken öğrendiği sırları açıklayamayacağını düzenlemektedir.

Sır saklama yükümlülüğü kural olarak bütün üçüncü kişilere karşı geçerlidir. Bu nedenle hukuka uygunluk halleri bulunmadıkça hastane, sır niteliğindeki bilgi ve belgeleri başka bir hekime, hastaneye açıklayamayacağı gibi, hastanın yakınlarına dahi açıklayamayacaktır²¹⁵. Ancak hastanın durumu ve menfaati sebebiyle, kendi hekiminden başka bir uzmana veya hastaneye sevki halinde bunu kabul ederek yönlendirildiği yere gitmesi, belgelerinin devri için zımni rıza anlamına gelmektedir²¹⁶.

Sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalktığı haller, kamu sağlığı ve güvenliği, zorunluluk hali, hastanın rızası, yetkili merciin emri, kanun hükmünün yerine getirilmesi ve bilirkişilik olarak sayılabilir²¹⁷.

Zorunluluk haline hekim hakkında yürütülen bir soruşturmanın çözümünde hastaya ait bilgilerin açıklanmasının gerekmesi, hekim tarafından hasta aleyhinde açılmış bir alacak / tazminat davasında hekimin yaptığı işi ortaya koymak için tedaviyle ilgili bilgileri sunması, hastanın hekime zarar verme ihtimali bulunduğu durumlarda

²¹⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.67.

²¹⁶ Ayan, **a.g.e.**, s. 100.

²¹⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s. 498; Gözpinar Karan, **a.g.e.**, s. 94.

hekimin kendisini korumak ve tehlikeyi ispatlayabilmek için hasta hakkındaki bilgileri ifşa etmek durumunda kalması gibi vakıalar örnek olarak gösterilebilir²¹⁸.

HHY m. 23/2'den açıkça anlaşılacağı üzere hasta kişilik hakkından bütünüyle vazgeçme anlamına gelmedikçe veya bu haklarını aşırı ölçüde sınırlamadıkça bilgilerinin ifşasına rıza gösterebileceğinden, bu şekilde verilen rıza da hukuka uygun olacaktır.

Ancak *Sert*²¹⁹, diğer yazarlardan farklı olarak, sadece yukarıdaki gibi hukuka uygun sayılan bir rızanın yeterli olmaması gerektiğini, şayet hastanın zarar görme ihtimali varsa, hasta istese dahi bilgilerinin açıklanmaması gerektiğini savunmaktadır.

Kamu sağlığı ve güvenliği sebebiyle yükümlülüğün ortadan kalkması haline örnek olarak ise Umumi Hıfzıssıhha Kanununda düzenlenen haller gösterilebilecektir. Buna göre kamu sağlığını tehdit eden, bulaşıcı hastalıkların yetkili makamlara bildirilmesi bir zorunluluktur. Kanunda farklı hastalıklar ve durumlar için yapılacak bildirimlerin kuralları çeşitli maddelerde düzenlenmiştir.

Bir diğer istisna ise TCK m. 280'de düzenlenmektedir. Buna göre de sağlık meslek mensubu kişi, görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşır, durumu yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür.

Belirtmek gerekir ki sır saklama yükümlülüğü bizzat hastane tarafından değil, hastane personeli tarafından da ihlal edilebilir. Hiç şüphesiz ki diğer yükümlülüklerin ihlalinde olduğu gibi, yine TBK 116 kapsamında ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk, TBK 66 uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu ve TBK 49 uyarınca haksız fiil sorumluluğu müesseselerine, somut olayın şartları izin verdiği müddetçe başvurulabilecektir.

HHY m.21'de açıkça düzenlendiği üzere sır saklama yükümlülüğü, hastanın ölmesi halinde dahi devam eder.

²¹⁸ Pervin Yıldız, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", **Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Marmaris 01 – 04 Mayıs 2014**, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 210-211.

²¹⁹ Sert, **a.g.e.**, s. 202.

2.3. Hastanın Yükümlülükleri

Tam hastaneye kabul sözleşmesi özel hastaneye birçok yükümlülük getirirken hastanın, genel olarak ücret ödemek ve gerekli bilgi ve belgeleri sunmak başlıklarında toplayabileceğimiz iki yükümlülüğü mevcuttur. Tezimizin konusundan uzaklaşmadan, bu yükümlülükler kısaca değinmekte fayda vardır.

2.3.1. Ücret Ödeme Yükümlülüğü

Hastanın hastanede görmüş olduğu sağlık hizmeti karşılığında ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük Özel Hastaneler Yönetmeliği hükümlerinde fatura düzenlenmesi ve ücret hesaplamalarına ilişkin maddelerden ve vekalet sözleşmesinden kaynaklanır. Zira teamül varsa vekil, ücrete hak kazanacaktır. Ne var ki hastanenin ücrete hak kazanması için öncelikle geçerli ve hukuka uygun bir sözleşme ile usulüne uygun bir ifanın bulunması gerekmektedir. Şayet hatalı tıbbi uygulama sebebiyle hasta ölür veya kalıcı bir hasar meydana gelirse hastane, hastadan ve/veya kanuni temsilcisinden herhangi bir ücret ve masraf talebinde bulunamayacaktır²²⁰.

HHK m.28'e göre özel hastaneler, Sağlık Bakanlığı'nın öngördüğü ücretlerden yüksek ücret talep edemezler.

Fakir ve muhtaç hastalar için ÖHY m.56'da özel olarak düzenlenmiş hüküm mevcut olup, ilgili madde hükmüne göre özel hastanelerde, en az bir yatak olmak kaydıyla, yatakların % 3'ü fakir ve muhtaç hastaların tedavisi için ayrılmalı ve bu sayı ruhsatlarında gösterilmelidir. Ücretsiz tedavi için ayrılan bu yataklarda, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Başkanlığınca öngörülen kriterlere uygun fakir ve muhtaç kişilerden, hastanenin bulunduğu yerdeki en büyük mülki amir veya müdürlük tarafından sevk edilen hastalar ile acil olarak müracaat eden ve başka bir kuruma nakli tıbben mümkün olmayan fakir ve muhtaç hastaların tedavileri ücretsiz olarak yapılır.

²²⁰

Tandoğan, a.g.e., C. II, s. 575

Hastanın ücret ödeme borcunun tabi olduğu zamanaşımı süresi bakımından vekâlet sözleşmesinin zamanaşımı hükümleri uygulanır. Bu kapsamda TBK m. 147’de düzenlenen beş yıllık zamanaşımının uygulanması, on yıllık zamanaşımına kıyasla hastanın da menfaatine olacaktır.

2.3.2. Gerekli Bilgi ve Belgeleri Verme Yükümlülüğü

Hasta veya kanuni temsilcisi (hastanın küçük olması yahut ayırt etme gücünden yoksun olması halinde), tıbbi teşhis ve tedavi için hastaneye başvurduğu takdirde, kendisine sorulacak sorulara doğru cevap vermekle, tedavinin seyrini etkileyecek bilgileri hekiminden saklamamakla, varsa daha önce yapılmış tetkik ve tedavilerine ilişkin belgeleri sunmakla yükümlüdür²²¹. Zira hastanın öyküsü, hekimin uygulanacak tedaviyi belirlemesinde, en kısa zamanda ve hastanın en menfaatine olacak biçimde uygulamasında yüksek önemi haizdir²²².

Ayrıca hasta, tedavisi kapsamında kendisine yapılan uyarılara ve verilen tavsiyelere uymakla da yükümlüdür. Örneğin ilaçların düzenli kullanımı, sigara içmemek, alkol almamak, diyetine dikkat etmek, spor yapmak, soğuktan/ sıcaktan kendisini korumak gibi tedavisini kolaylaştıracak hususlara karşı titiz davranmalıdır. Aksi takdirde meydana gelecek zararlarda kendi kusuru da bulunmuş olacağından, TBK’da yer alan “zarar görenin müterafik kusuru” düzenlemesi uyarınca hastaneden tazminat talep edemeyecek veya sözleşmeye aykırı davranışının hastanenin tedavisiyle zarar arasındaki illiyet bağıını kesecek derecede aykırılık teşkil etmemesi halinde hastane aleyhine hükmedilen tazminatta indirimle gidilecektir²²³.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin “Müracaat, Şikayet ve Dava Hakkı” başlıklı 42.maddesine, 08.05.2014 tarih ve 28994 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 9.maddesi ile “Hastanın Uyması Gereken Kurallar” başlıklı 42/A maddesi eklenerek ilk kez hastanın yükümlülükleri de yazılı bir düzenleme altına alınmıştır²²⁴. Yönetmelik maddesi aşağıdaki gibidir;

“Hasta sağlık hizmeti alırken aşağıdaki kurallara uyar:

²²¹ Özdemir, **a.g.e.**, s. 144.

²²² Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.277.

²²³ Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 40.

²²⁴ Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 105.

- a) Başvurduğu sağlık kurum ve kuruluşunun kural ve uygulamalarına uygun davranır ve katılımcı bir yaklaşımla teşhis ve tedavi ekibinin bir parçası olduğu bilinciyle hareket eder.
- b) Yakınmalarını, daha önce geçirdiği hastalıkları, gördüğü tedavileri ve tıbbi müdahaleleri, eğer varsa halen kullandığı ilaçları ve sağlığıyla ilgili bilgileri mümkün olduğunca eksiksiz ve doğru olarak verir.
- c) Hekim tarafından belirlenen sürelerde kontrole gelmeli ve tedavisinin gidişatı hakkında geri bildirimlerde bulunur.
- ç) Randevu tarih ve saatine uyar ve değişiklikleri ilgili yere bildirir.
- d) İlgili mevzuata göre öncelik tanınan hastalar ile diğer hastaların ve personelin haklarına saygı gösterir.
- e) Personele sözlü ve fiziki saldırıya yönelik davranışlarda bulunmaz.
- f) Haklarının ihlal edildiğini düşündüğünde veya sorun yaşadığında hasta iletişim birimine başvurur.”

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HASTA HAKLARI

3.1. Genel Bakış

Hasta Hakları Yönetmeliği m.4, hasta haklarını “Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan hakları” olarak tanımlamıştır. Hasta hakları, insan haklarının bir uzantısı veya insan haklarının sağlık hizmetlerinde uygulanması olarak da değerlendirilebilir²²⁵.

Hasta haklarının ayrı yasal düzenlemeler altına alınmasının amaçları, hastaların sağlık hizmetinden en verimli şekilde yararlanması, sağlık hizmetlerine aktif olarak katılmaları, sağlık personelleriyle iletişimlerinin güçlenmesi, sağlık hizmeti kalitesinin artırılması, hasta mağduriyeti halinde başvurulacak mercilerin geliştirilmesi, sağlık hizmetinin salt geçim kaynağı olarak görülmesinin engellenmesi olarak sayılabilir²²⁶.

Hasta hakları aslında, tam hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastanenin yukarıda sayılan yükümlülüklerinin karşılığıdır. Örneğin hastanın rızasının alınması özel hastane bakımından bir yükümlülük iken, aynı zamanda hasta bakımından HHY m.24’te düzenlenmiş bir haktır. Yine hastanın aydınlatılması hastanenin bir yükümlülüğü olmakla birlikte, hasta da HHY kapsamında aydınlatılmayı isteme hakkına sahiptir²²⁷.

²²⁵ Osman Oy / Gerçek Onur Oy, **Hasta Hakları ve Hasta Hakları İhlalinde Başvuru Yolları**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s.3; Hasan Özkan / Sunay Öner Akyıldız, **(Açıklamalı – İçtihatlı) Hasta – Hekim Hakları ve Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.34; Sert, **a.g.e.**, s.300; Hakeri, **a.g.e.**, s.39-40; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 203.

²²⁶ Şükrü Hatun, **Hasta Hakları**, İletişim Yayınları, İstanbul 1999, s. 20; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 204; Oy/ Oy, **a.g.e.**, s.3-4; Özkan/ Öner Akyıldız, **a.g.e.**, s.33-34.

²²⁷ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 203-205.

3.2. Hasta Hakları

Hasta hakları başlıklar altında sayılacak olursa; rıza gösterme, aydınlatılma, tıbbi özen gösterilmesini isteme, bilgi isteme, kayıtları inceleme, özel yaşamın gizliliğine saygı, onuru ile ölme, sağlık personelini tanıma, seçme, değiştirme, ve sağlık birimlerini seçme, sağlık hizmetinden adalet ve hakkaniyete uygun olarak faydalanma, inanç ve vicdani kanaatlerine uygun manevi yardım alma, insani değerlere saygı gösterilmesi, ziyaret ve refakatçi kabul etme, hizmetin sağlık kurum ve kuruluşu dışında verilmesini isteme hakları olarak saymak mümkündür.

Bu haklardan rıza gösterme, aydınlatılma ve tıbbi özen gösterilmesini isteme hakları, yukarıda, özel hastanenin yükümlülüklerinden hastanın rızasının alınması, aydınlatılması, sadakat ve özen yükümlülükleri başlıkları altında detaylı olarak anlatıldığından, burada ayrıca yer verilmeyecektir.

3.2.1. Bilgi İsteme Hakkı

Hastaların sağlığına kavuşmalarına yardımcı olmak için öncelikle sorularının cevaplanması, süreç hakkında bilgi sahibi olmalarının ve böylece doğru karar vererek tedaviye uygun hareket etmelerinin sağlanması şarttır²²⁸.

Hastanın bilgi isteme hakkı HHY m.7, 15, 18, 19 ve 20’de düzenlenen bir haktır. Buna göre hasta öncelikle sağlık hizmetinden nasıl faydalanacağı hususunda bilgi isteyebilecektir. Uygulanan prosedür, izlenen tıbbi yöntemler, alternatif tedaviler ve hizmet bedelleri genellikle hastaların en çok bilgi talep ettiği konulardır. Hasta, bunlarla sınırlı olmaksızın hastalığını, tedavi sürecini, kararlarını, haklarını ve ekonomik durumunu ilgilendiren birçok konuda bilgi isteyebilecektir. HHY m.7/2’de açıkça düzenlendiği üzere hastane, hastanın bu sorularına nitelikli yanıt verebilecek, gerekli donanım ve ehliyet sahibi personelleri çalıştırmak ve başvuru için yetkili birimleri bulundurmakla yükümlüdür²²⁹.

²²⁸ Oy/ Oy, **a.g.e.**, s.82; Özkan/ Öner Akyıldız, **a.g.e.**, s.35-36; Ayan, **a.g.e.**, s.71; Özdemir, **a.g.e.**, s.97; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.90.

²²⁹ İsa Yardım, **Tüketici Olarak Hasta Hakları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.88; Oy/ Oy, **a.g.e.**, s.83; Özkan/ Öner Akyıldız, **a.g.e.**, s.36.

Bilgi isteme hakkı kapsamında hastaya hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri ve gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir (HHY m.15)²³⁰.

Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheyeye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir. Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak, acil durumlar dışında hastaya makul süre tanınarak yapılır. Ayrıca hasta, aynı konu ile ilgili olarak farklı hekimlerden görüş almayı da talep edebilir (HHY m.18)²³¹.

Düzenlemelerden anlaşılabileceği üzere hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde ise bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir (HHY m.18/3)²³².

Hastanın manevi yapısı üzerinde olumsuz etki yaratması ve hastalığın artması ihtimalinin bulunması ile hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi halleri, hastanın bilgi isteme hakkının istisnasını oluşturmaktadır. Bu hallerde hastaya, hastalığı ile ilgili bilgi verilmesi hekimin takdirine bağlıdır (HHY m.19/1, 2).

Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir hekim tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, bu yöndeki teşhis ailesine bildirilir (HHY m.19/3). Ancak doktrinde bu düzenlemeyi hastanın mahremiyet hakkına aykırı biçimde kullanılmaya açık olduğu sebebiyle eleştirerek bu hakkı kullanan hekimin hastanın mahremiyet hakkını da ihlal etmeyecek şekilde

²³⁰ Yücel/ Sert, **a.g.e.**, s.135; Oy/ Oy, **a.g.e.**, s.83; Özkan/ Öner Akyıldız, **a.g.e.**, s.36; Yardım, **a.g.e.**, s.105; Ayan, **a.g.e.**, s.75-78; Özdemir, **a.g.e.**, s.105.

²³¹ Oy/ Oy, **a.g.e.**, s.82.

²³² Oy/ Oy, **a.g.e.**, s.84; Özkan/ Öner Akyıldız, **a.g.e.**, s.36; Yardım, **a.g.e.**, s.106-107.

hareket etmesi gerektiğini, nitekim HHY m.20'nin bu sebeple düzenlendiğini vurgulayan yazarlar olmuştur²³³.

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 (HHY m.20)²³⁴.

3.2.2. Kayıtları İnceleme Hakkı

Sağlık kurumuna başvuran hastaların tanı ve tedavi süreçleriyle ilgili olarak düzenlenen belgelerin tümü hasta dosyasını oluşturur²³⁵. Bu dosyalar hastaya hangi tetkiklerin yapıldığı, sonuçların ne olduğu, hangi tarihte ve hangi sağlık kurumundan sağlık hizmeti aldığı, nasıl bir tedavi düzenlendiği gibi önemli bilgileri gösteren, hastanın tıbbi geçmişi hakkında bilgi veren belgelerdir²³⁶.

Hastanın hastalığıyla ilgili dosya ve kayıtları inceleyebilmesi için hastane, bu kayıtları mevzuata uygun şekilde tutmakla yükümlüdür²³⁷. Kayıt tutma yükümlülüğü akdi bir yükümlülük olduğundan, hastane bu yükümlülüğü yerine getirirken de özenli davranmak zorundadır²³⁸. Bu yükümlülüğün birincil amacı olası uyuşmazlıklardaki delil değeri değil, hastanın tedavi sürecinin garanti altına alınmasıdır²³⁹. Bu nedenle özel hastanenin yükümlülükleri arasında sayılan kayıt tutma yükümlülüğü, aynı zamanda hastanın kayıtları inceleme hakkının teminatıdır.

HHY m.16 uyarınca hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir

²³³ Hasan Petek, **Sağlık Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.37; Yardım, a.g.e., s.110-111.

²³⁴ Oy/ Oy, **a.g.e.**, s.84; Özkan/ Öner Akyıldız, **a.g.e.**, s.36.

²³⁵ Sert, **a.g.e.**, 169.

²³⁶ Pervin Somer, "Tıbbi Kayıtlar", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010, Ankara)**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011, s.527.

²³⁷ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 206 vd; Yücel / Sert, **a.g.e.**, 140-141; Somer, **a.g.m.**, s.528.

²³⁸ Ayan, **a.g.e.**, s.95; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.111.

²³⁹ Hakeri, **a.g.e.**, s.258.

suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.

Aynı şekilde hasta sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir²⁴⁰. Bu hak, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme haklarını da kapsar (HHY m.17). Bu hak aynı zamanda Anayasa m.20/3 ile getirilen özel hayatın gizliliğine ilişkin genel düzenlemenin olağan sonucudur. Nitekim bahsi geçen fıkra *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”* Şeklinde olup hasta kayıtlarının da bu kapsamda bir kişisel veri olduğu tartışmasızdır.

Hastalara ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kabul edilmesi karşısında 6698 s. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.11’de yer alan düzenlemenin de hastanın bilgi talep etme hakkını doğrudan ilgilendirdiği tartışmasızdır. Nitekim kanun maddesi,

“MADDE 11- (1) Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili;

- a) Kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme,*
- b) Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme,*
- c) Kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme,*
- ç) Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme,*

²⁴⁰

Yücel / Sert, **a.g.e.**, 140-141; Yardım, **a.g.e.**, s. 113.

- d) Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme,
- e) 7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme,
- f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme,
- g) İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme,
- ğ) Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme, haklarına sahiptir” şeklinde düzenlenmiştir.

Konu ile ilgili diğer yasal düzenleme ise Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.31’de yer almaktadır. Madde hükmü “*Hasta dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özeti ile bilgi ve belgelerin örnekleri, isteği durumunda hastaya verilir. Hekim, yasal zorunluluk olmadıkça, bu bilgileri başkasına veremez. Hekim, hastanın kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilir.*” Şeklinde düzenlenmiş olup, düzenleme ile hastanın kayıtları inceleme hakkına yer verilirken aynı zamanda bu kayıtların mahremiyetinin korunması da sağlanmıştır.

Kayıtları inceleme hakkının ihlal edilmesi halinde hasta, bunu bir eda davası yolu ile hastaneden talep edebilir²⁴¹. Ancak bundan dolayı tazminat talebinde bulunabilmesi için bir zarara uğramış olması gerekir. Örneğin hastanın önceki tedavisine ilişkin kayıtları temin etmesine yardımcı olmayan hastane, hastanın daha sonra tıbbi geçmişin bilinmemesi sebebiyle uygulanmaması gereken bir tedaviye maruz kalması halinde doğan zararından sorumlu olacaktır²⁴².

²⁴¹ Hakeri, **a.g.e.**, s.269.

²⁴² Zarife Şenocak, “Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Sorumluluk”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010, Ankara)**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011, s.630-631.

3.2.3. Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Hakkı

Özel hayatın gizliliği hukukumuzda öncelikle Anayasa ile güvence altına alınmış bir haktır (AY m.20). Buna göre herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Hastanın özel hayatı söz konusu olduğunda ise, bunun kapsamının hastaya ait bilgiler ile hastanın bedensel ve düşünsel mahremiyetinden oluştuğunu söylemek mümkündür²⁴³. Bilindiği üzere vekalet sözleşmesi, kurulmasında karşılıklı güvenin önemli rol oynadığı sözleşme türlerindendir. Zira hasta gerek tedavi öncesinde gerekse tedavi esnasında ve sonrasında, kendisiyle ilgili birçok bilgiyi hastaneye sunmak durumunda ve taraflar arasında güven ilişkisi doğmaktadır²⁴⁴. Tedavi ile ilgili gelişmeler, tetkikler, bulgular, hasta geçmişi, kişisel bilgiler gibi birçok bilgi, tedavi sürecinin getirisi olarak hastane personellerinin eline geçmektedir. Bu da hastaneye hastanın özel hayatının gizliliğinin korunması için hem hastayla ilgili bilgilerin saklanması hem de hastanın muayenesinde bedensel ve düşünsel mahremiyetin sağlanması açısından yükümlülükler getirmektedir²⁴⁵. Örneğin hastanın muayenesi usulü bakımından Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m.7, *“Poliklinik muayenelerinde gizlilik prensibine riayet esastır. Burada, halkın gelenek ve ahlak kurallarına saygı gösterilir. Hastalar teker teker muayene edilir. Muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinde başka bir kimsenin bulunmaması gerekir. Ancak hasta isterse ailesinden biri veya bir yakını bulunabilir”* şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

Hasta mahremiyetiyle ilgili HHY’de bulunan düzenlemeler ise m.21 ve 23’te yer almaktadır. Buna göre tıbbi müdahalelerde hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hastanın özel hayatına saygı hakkı; sağlık durumu ile ilgili

²⁴³ Nesrin Çobanoğlu, “Tıp Etiği Açısından Tıbbi Bilgilerin Mahremiyeti”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010, Ankara)**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011, s.630-631; Hatırnaz Erol, **a.g.e.** s.215.

²⁴⁴ Erkan Küçükgüngör, “Tıbbi Kayıtlarda Sır Saklama Yükümlülüğü”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010, Ankara)**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011, s.555.

²⁴⁵ Ayan, **a.g.e.**, s.97-98; Özdemir, **a.g.e.**, s. 137; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.112; Yardım, **a.g.e.**, s.116; Oy/ Oy, **a.g.e.**, s.89.

değerlendirmelerin ve hasta ile temas gerektiren muayene, teşhis ve tedavi işlemlerinin gizlilik içinde yürütülmesini, tıbben sakınca bulunmayan hallerde hastanın talebi üzerine yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, tedavisiyle ilgisi bulunmayan kimselerin müdahale sırasında ilgili ortamda bulunmamasını, hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini, hastanın sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını kapsar²⁴⁶. Üstelik bu hak, hastanın ölümü halinde ölümden sonra da devam eder (HHY m.21/3)²⁴⁷.

Hastanenin eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşu olması halinde, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınmalıdır (HHY m.21/4).

Hasta hakkında edinilen bilgilerin özel hayatın gizliliği kapsamında korunması bakımından öncelikle bu bilgilerin, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanmaması esastır (HHY m.23/1).

Hastanın rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmayacaktır (HHY m.23/2).

Hekimin, mesleğini icra ederken öğrendiği bilgileri kanuni zorunluluk olmadıkça ifşa edemeyeceği, ayrıca Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.4 ile de düzenlenmiş olup ilgili madde de hastanın mahremiyet hakkının bir diğer teminatıdır. Üstelik 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 doğurur²⁴⁸.

²⁴⁶ Ayan, **a.g.e.**, s.98-99; Özdemir, **a.g.e.**, s. 137; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.113-115; Yardım, **a.g.e.**, s.116-117.

²⁴⁷ Ayan, **a.g.e.**, s.163; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s.96.

²⁴⁸ Küçükgüngör, **a.g.m.**, s.574-575.

3.2.4. Hastanın Onuru İle Ölme Hakkı

Tüm sağlık hizmeti veren kişiler ve kurumlar, hastaların öncelikle bir insan olduğunun ve insan haklarının bilinciyle ölümü engelleyen her türlü önlemi almak, ıstırabını mümkün olan en aza indirmek ve sonucun ölüm olması halinde dahi onuru ile ölmesi için gereken tüm çaba ve özeni göstermekle yükümlüdür²⁴⁹.

Nitekim HHY m.14, “*Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.*” Şeklindeki madde ile tam olarak bu hususu düzenleme altına almıştır.

Hastanın ıstırabının çok fazla olması ve yaşama ihtimali bulunmaması gibi hallerde, onuru ile ölme denince akla hiç şüphesiz “ötenazi” gelmektedir. Ötenazi böyle hastalıklarda hastanın daha fazla ve boşuna acı çekmesini engellemek için ölüme yol açacak davranışlarda bulunarak hastaya yardım edilmesidir. Doğrudan öldürücü bir madde vermek suretiyle ölümün sağlanması aktif ötenaziyken, hastanın tedavisinin veya hayatını sürdürmeyi sağlayan desteğin (makine, ilaç vs.) kesilmesi ise pasif ötenazidir²⁵⁰.

Kimi ülkeler yalnızca pasif, kimi ülkelerse hem pasif hem aktif ötenaziye yasal kılarken Türkiye, her ikisini de yasaklayan ülkelerdendir. Hiç şüphesiz ki bunun sebebi, hastanın menfaatine olarak görünen bu uygulamanın kötü niyetli kullanılmasının önüne geçmektir. Bu nedenle HHY m.14 ötenazinin meşru kılınması anlamına gelmemekte olup madde ile yalnızca hastayı kurtarmak mümkün olmasa dahi salt daha az acı çekmesi için tedavinin kesilmeyerek devam ettirilmesi gerektiği izah olunmuştur²⁵¹.

Medeni Kanun’da kişinin kendi isteğiyle dahi hak ve fiil ehliyeti ile özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği, bunları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı düzenlenmiştir. Ötenazi ile ilgili özel düzenleme ise Hasta Hakları Yönetmeliğinde yer almaktadır. HHY m. 13, “*Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her*

²⁴⁹ Sert, **a.g.e.**, s. 239.

²⁵⁰ Özkan/ Akyıldız, **a.g.e.**, s.48; Yardım, **a.g.e.**, s.97-98; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.221-223.

²⁵¹ Petek, **a.g.e.**, s.35.

ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez” şeklindeki düzenleme ile açıkça ötenaziyi yasaklamıştır.

Ötenazi yapılması halinde uygulanacak hüküm, TCK m.83/3’tür²⁵². İlgili maddeye göre belli bir yükümlülüğün ihlali ile ölüme neden olan kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilecektir.

Buna karşın doktrinde bir yazar aslolanın hastanın iradesi olmasından yola çıkarak hastanın tedaviyi reddetmesi halinde hekimin tedaviyi gerçekleştirememesinin suç oluşturmayacağını, bu nedenle hekimin davranışı pasif ötenazi olarak adlandırılrsa da cezalandırılmaması gerektiğini savunmaktadır²⁵³. Nitekim HHY m.25, zorunlu haller dışında ve detaylı bilgilendirme yapıp yazılı belge alınması şartıyla hastanın tedaviyi reddedebileceğini düzenlemiştir. Yönetmelik hükmüne göre “*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir.*

Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.

Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.”

Yönetmeliğin izin verdiği bu durumda hastanın tedaviyi reddetmesi artık ötenazi olarak değerlendirilemeyecektir²⁵⁴.

²⁵² Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 222

²⁵³ Hakeri, **a.g.e.**, s.697.

²⁵⁴ Petek, **a.g.e.**, s.36.

3.2.5. Sağlık Personelini Seçme ve Değiştirme Hakkı

HHY m. 8 ve 9’da yer alan düzenlemeler hastaların sağlık birimlerini ve tedavilerini üstlenecek personelleri bizzat seçme, tanıma ve değiştirme haklarını düzenlemektedir. Bu hak, hastanın sağlık hizmetine ulaşmasının mutlak bir getirisi olup aynı zamanda kurumlar ve kurumlardaki hekimler arasında eşitlik gerektirir. Hastanın mecbur kalmak suretiyle seçim yapması halinde seçme hakkına uyulduğundan bahsetmek mümkün değildir²⁵⁵.

HHY m.8 *“Hasta; tabi olduğu mevzuatın öngördüğü usul ve şartlara uyulmak kaydı ile, sağlık kurum ve kuruluşunu seçme ve seçtiği sağlık kuruluşunda verilen sağlık hizmetinden faydalanma hakkına sahiptir.*

Mevzuat ile belirlenmiş sevk sistemine uygun olmak şartı ile hasta sağlık kuruluşunu değiştirebilir. Ancak, kuruluşu değiştirmenin hayati tehlikeye yol açıp açmayacağı ve hastalığının daha da ağırlaşp ağırlaşmayacağı hususlarında hastanın tabip tarafından aydınlatılması ve hayati tehlike bakımından sağlık kuruluşunun değiştirilmesinde tıbben sakınca görülmemesi esastır.

Acil vak'alar dışında, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olup da mevzuatın öngördüğü sevk zincirine uymayanlar aradaki ücret farkını kendileri karşılar.

Hastanın sağlık kuruluşunda kalmasında tıbben fayda bulunmayan veya bir başka sağlık kuruluşuna nakli gerekli olan hallerde, durum hastaya veya 15 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen kişilere açıklanır. Nakilden önce, gereken bilgiler nakil talebinde bulunulan veya tıbben uygun görülen sağlık kuruluşuna, sevkeden kuruluş veya mevzuatla belirlenen yetkililerce verilir. Her iki durumda da hizmetin aksamadan ve kesintisiz olarak verilmesi esastır.” Şeklindeki düzenleme ile öncelikle hastanın mevzuata uymak koşuluyla sağlık kurum ve kuruluşunu bizzat seçme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmış; ardından bu sağlık kurum ve kuruluşunu değiştirme hakkının şartlarına yer verilmiştir. Buna göre hastanın başka bir sağlık kurum ve kuruluşuna sevkinin tıbbi tehlike içermemesi gerekmekte ve

²⁵⁵

Sert, a.g.e., 263

olası sonuçlar hakkında hasta bilgilendirilmiş olmalıdır. Bu hallerde hasta, ücret farkı çıkması durumunda bu farkı kendi karşılayacaktır. Sağlık kurum ve kuruluşundaki değişiklik bu şartlarla hastanın rızası ile yapılabileceği gibi, son fıkrada düzenlendiği üzere tıbbi bir gereklilik halinde (örneğin hastalığın tedavisinin gerektirdiği ünite veya tedavi ekipmanının bulunmaması, müdahalenin ve/ veya tedavinin özel bir alanda uzmanlaşmış bir hekim tarafından yapılması gerektiği halde böyle bir hekim bulunmaması gibi haller ve bilhassa acil vakalarda) hastanın başvurmuş olduğu sağlık kurum ve kuruluşunun hastayı başka bir yere sevk etme zorunluluğunun doğması ile de olabilir. Bu durumda da mevcut sağlık kurum ve kuruluşu, hastanın sevk edileceği yere ve hastaya gerekli bilgileri vermek ve hizmetin aksamadan, kesintisiz şekilde sunulmasını sağlamak ile yükümlüdür.

HHY m.9 ise *“Hastaya talebi halinde, kendisine sağlık hizmeti verecek veya vermekte olan tabiplerin ve diğer personelin kimlikleri, görev ve unvanları hakkında bilgi verilir.*

Mevzuat ile belirlenmiş usullere uyulmak şartı ile hastanın, kendisine sağlık hizmeti verecek olan personeli serbestçe seçme, tedavisi ile ilgilenen tabibi değiştirme ve başka tabiplerin konsültasyonunu istemek hakkı vardır.

Personeli seçme, tabibi değiştirme ve konsültasyon isteme hakları kullanıldığında, mevzuat ile belirlenen ücret farkı, bu hakları kullanan hasta tarafından karşılanır.”

Şeklindeki hükümle hastanın bu kez başvurmuş olduğu sağlık kuruluşunda, kendisine sağlık hizmeti sunacak hekimi ve personeli seçme veya tedavisiyle ilgilenen hekimi değiştirme hakkına sahip olduğu düzenlemiştir. Ayrıca hasta, tedavisiyle ilgilenen hekimi değiştirmeden de başka bir hekimin konsültasyonunu talep edebilecektir.

Bu haklar hastanın, bilgi ve tecrübesine güvendiği kişiler tarafından tedavi edilme özgürlüğünün gereğidir²⁵⁶.

²⁵⁶

Yardım, **a.g.e.**, s.91; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.200.

3.2.6. Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım Hakkı

Her bireyin kötü işleyen sağlık hizmetlerinden, tıbbi yanlışlık ve hatalardan meydana gelen zararlardan korunma ve yüksek güvenlik standartlarını karşılayan sağlık hizmetleri ve tedavilerinden yararlanma hakkı vardır. Bu hakkın garantilenmesi için hastane, risk faktörlerini sürekli kontrol edip tıbbi cihazların uygun bir şekilde korunduğunu ve tüm personellerin iyi eğitilmiş olduğunu temin etmelidir. Devamlı eğitim alınarak ve örnekler incelenerek hastanın hata riskine karşı korunması sağlanmalıdır. Zira yaşam hakkı ve sağlık hizmetlerine ulaşma hakkı kapsamında ekonomik veya mali durumlardan bağımsız olarak her birey, uluslararası standartlara göre yeniliklerden yararlanma hakkına sahiptir²⁵⁷.

Nitekim bu hak HHY m.11’de düzenlenmiş olup buna göre hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Hastaya, tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz. Bu hak aynı zamanda, hastanenin ve hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünün de karşılığıdır.

Bu hakkın yerine getirilmesi için hastane, yukarıda detaylı olarak izah edildiği üzere tedavide en güvenilir yol ilkesini izlemeli, organizasyon yükümlülüğünden doğan edimlerini ifa etmeli, tüm yükümlülüklerini yerine getirirken azami dikkat ve özen göstermeli, tıbbi standartlara ve gelişmelere uygun hareket etmelidir²⁵⁸. Örneğin modern tıbbi cihazlar bulundurulması gerekirken doğru teşhise elverişsiz cihazlar kullanılması sebebiyle hastalık yanlış teşhis edilir veya eksik ya da hatalı tedavi düzenlenirse hastanın tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım hakkı ihlal edilmiş olur. Hastane de bundan doğan zarardan sorumlu tutulur²⁵⁹.

HHY m.12’de ise teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli

²⁵⁷ Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm>; Petek, a.g.e., s.34.

²⁵⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.63; Yardım **a.g.e.**, s.95; Ayan, **a.g.e.**, s.66; Özdemir, **a.g.e.**, s.90; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.75.

²⁵⁹ Yardım **a.g.e.**, s.95-96.

veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamayacağı ve talep de edilemeyeceği düzenlenmiştir. Şüphesiz ki düzenleme, ticari amaçla hareket edilerek hastaların sağlığının tehlikeye atılmasının engellenmesini amaçlamaktadır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN İHLALİ, SORUMLULUK TÜRLERİ, TAZMİNAT VE DAVA HAKKI

4.1. Genel Olarak Sözleşmenin İhlali ve İhlalden Sorumluluk

Hastaneye kabul sözleşmesi, yukarıda detaylı olarak izah edildiği üzere taraflar açısından bir takım yükümlülükler içermekte olup taraflar, bu yükümlülüklerle uygun hareket etmelidir²⁶⁰.

Sözleşme ilişkilerinde asıl yükümlülüklerin yanında yan yükümlülüklerin de bulunması kaçınılmazdır. Ne var ki bunların sözleşmede açıkça yer almaması talep edilemeyeceği anlamına gelmemektedir Bu tür yükümlülükler objektif iyi niyet ve dürüstlük kurallarından çıkarılabilecek ve bunlara göre ifası beklenebilecektir²⁶¹.

Hastaneye kabul sözleşmesi için bir tasnif yapılacak olursa hiç şüphesiz ki asıl borç, hastanın tıbbi teşhis ve tedavisinin gerçekleştirilmesi ile bakımıdır. Yan yükümlülükler ise genel olarak Hasta Hakları başlığı altında sayılmış olan sır saklama, kayıt tutma, özel hayatın gizliliğini koruma, sadakat ve özen gösterme gibi yükümlülüklerdir²⁶².

Bir genel prensip olarak sözleşmeye aykırı hareket etmek suretiyle diğer tarafa zarar veren borçlu, bu zarardan sorumlu olacaktır. Nitekim Borçlar Kanunu m. 112 “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” şeklinde tanzim edilmekle, borçlunun kusursuzluğunu ispatlayamaması halinde borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemekten sorumlu

²⁶⁰ Özdemir, **a.g.e.** s. 145; Ayan, **a.g.e.** s. 63.

²⁶¹ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 26-27; Eren, **a.g.e.**, s.37-39.

²⁶² Ayan, **a.g.e.** s. 149; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 106-109.

olacağını öngörmektedir. Karşı taraf kusuru ispatla yükümlü değildir. Sorumluluktan kurtulmak isteyen taraf kusursuzluğunu ispatlamalıdır²⁶³.

Sözleşmeye aykırılıktan bahsedebilmek ve buna dair sorumluluğa dayanabilmek için öncelikle geçerli bir sözleşme kurulmuş olmalı, borçlu, kusurlu bir davranışla sözleşmeyle üstlendiği yükümlülüklerden birini veya birkaçını ihlal etmiş olmalı, karşı taraf bu ihlalden maddi ve / veya manevi bir zarar görmeli, zararla ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır²⁶⁴.

Kusur, genel hükümlerde olduğu gibi kast veya ihmal şeklinde ortaya çıkabilir. Ne var ki kast, bu sözleşme türü için ender rastlanan bir kusur türüdür. Örneğin, hastadan fazla para almak için gereksiz, yapılmaması gereken bir tıbbi müdahalede bulunulması gibi. Buna karşın ihmal, hukuka aykırı sonucun istenmemesine karşın meydana gelmemesi için gerekli özenin gösterilmemesi olup tıpta oldukça sık rastlanan bir kusur türüdür²⁶⁵. İhmalin tespitinde aynı alanda faaliyette bulunan ortalama bir özel hastaneden benzer durum ve koşullarda beklenen standartlar ölçü alınmalıdır. Örneğin eskimiş veya gerekli tedavi için yetersiz kalan bir tıbbi cihazın kullanılması kusurlu bir davranış olarak kabul edilecektir²⁶⁶.

TBK m.506/2 ve 506/3'te vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu, özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışının esas alınacağı düzenlenmiştir. Hal böyle iken özel hastanenin objektif olarak göstermesi gereken özeni göstermemesi, sözleşmeden doğan borcunu kötü ifa etmesi veya hiç ifa etmemesi anlamına gelecek ve hastane, hastanın bundan doğan zararından sorumlu olacaktır²⁶⁷. Özel hastanenin göstermesi gereken dikkat ve özen, aynı alanda faaliyet gösteren ortalama bir özel hastaneden beklenen standartlara göre ölçülmeli ve esas

²⁶³ Köprülü, **a.g.e.**, s. 598; Eren, **a.g.e.**, s.1065; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, 10. Bası, C.I, İstanbul 2016, s. 472.

²⁶⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 1026; Ayan, **a.g.e.**, s. 63; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.II, 400 vd.; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 280.

²⁶⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 201; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.876; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.I, s.402; Eren, **a.g.e.**, s. 1059 vd.

²⁶⁶ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 164.

²⁶⁷ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 280.

kriter tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü kurallara uyulup uyulmadığı olmalıdır²⁶⁸.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastanenin asli yükümlülükleri tıbbi teşhis, tedavi ve hastane bakımındır. Bunlar dışındaki yükümlülükler ifaya yardımcı olan yan yükümlülükler, yani bağımlı yükümlülükler olduğu için, asli yükümlülüklerin dışındaki yükümlülüklerin ihlali halinde hasta, ifa talepli dava açamayacak, yalnızca ihlal sebebiyle görmüş olduğu zararın tazminini isteyebilecektir²⁶⁹.

Özel hastanenin bazı yan yükümlülükleri tedavi bittikten sonra da devam etmektedir. Örneğin sır saklama, sadakat, kayda geçirme böyle yükümlülüklerdir²⁷⁰.

Hastane veya hekimin, bilgisizlik, tecrübesizlik, dikkatsizlik veya özensizlik kaynaklı olarak hastayı maruz bıraktığı, zarara sebebiyet veren kötü uygulamalar ise “malpraktis” olarak adlandırılmakta olup bu konu ileride detaylı olarak incelenecektir. Malpraktis, tıbbi tedavi yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanabileceği gibi, hastane bakım hizmetlerine ilişkin yükümlülüklerin ihlalinden hatta yan yükümlülüklerin ihlalinden dahi kaynaklanabilir. Uygulamada en çok ihlal edilen yükümlülük ise aydınlatma yükümlülüğüdür²⁷¹.

4.2. 6502 S. TKHK Kapsamında Ayıplı Hizmetten Sorumluluk

6502 s. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3.maddesinde tüketici kavramı *“ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi”*, sağlayıcı kavramı *“kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”*, tüketici işlemi ise *“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*

²⁶⁸ Ayan, **a.g.e.**, s.164.

²⁶⁹ Aral, **a.g.e.**, s.118; Eren, **a.g.e.**, s.26-27; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.37-39.

²⁷⁰ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 122-124; Yavuz/ Acar/ Özen, **a.g.e.**, s.1205.

²⁷¹ Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları**, Ankara 2011, s.106-110.

ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem” olarak tanımlanmıştır.

Böylece hastanın herhangi bir ticari veya mesleki amaç gütmeksizin tedavi olmak amacıyla özel hastaneye başvurduğu ve özel hastanenin de mesleki alanında hizmet sunduğu, temelini vekalet (veya olaya göre eser) sözleşmesinden alan tıbbi tedavi sözleşmeleri tüketici işlemi olarak kabul edilmiş ve aşağıda inceleneceği üzere bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların Tüketici Mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir²⁷². Ancak TKHK’nın uygulama alanı bulacağı hususlar taraflar arasındaki hastaneye kabul sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar olup haksız fiil veya vekaletsiz iş görme gibi durumlar için genel hükümlere tabi olunması esastır²⁷³.

TKHK m.13’te ayıplı hizmet, *“sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmet”* şeklinde tanımlanmıştır. Kanunda hizmetin belirlenen süresinde başlamaması veya sahip olması gereken özellikleri taşınamaması bir ayıp olarak belirtilmişken hiç ifa edilmemesi haline yer verilmemiştir. Bu halde de TKHK m.83’te yer alan, kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı kuralı devreye girecek ve çözüm, TBK’ya göre yapılacaktır²⁷⁴.

Kanun, m.13/2’de ise *“Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır”* şeklindeki düzenleme ile zikir ve vaat edilen niteliklerdeki ayıp ile lüzumlu vasıflarda ayıp kavramını izah etmiştir.

Hastaneye kabul sözleşmesi bakımından değerlendirme yapılacak olursa sözleşmenin kurulmasına karşın tedaviye başlanmaması, tedavinin tıbbi standartların gerektirdiği

²⁷² Yardım, **a.g.e.**, s.150-152.

²⁷³ Petek, **a.g.e.**, s.109.

²⁷⁴ Yardım, **a.g.e.**, s.173.

dikkat ve özen gösterilmeden yapılması, hasta haklarının ihlali gibi hallerde özel hastane, ayıplı hizmet sunmuş olur²⁷⁵.

Bilindiği üzere ayıp, maddi, ekonomik ve hukuki ayıp olarak karşımıza çıkabilir. Maddi ayıp, hizmetten yararlanmayı engelleyen ayıptır. Örneğin bacağına platin takılan hastanın bacağı şişer ve hasta yürüyemez hale gelirse bu bir maddi ayıp olur. Ekonomik ayıp ise beklenen faydanın görülmesine engel olan, faydayı ve dolayısıyla ekonomik değeri azaltan ayıptır. Örneğin göz ameliyatı sonrasında hastaya önceden söylenilenden daha fazla görme kaybı olursa bu bir ekonomik ayıp olur. Hukuki ayıp ise hizmetten yararlanmanın hukuki sebeplerle yasaklanmış veya sınırlanmış olmasıdır. Örneğin başarılı geçmiş bir ameliyata karşın kullanılan malzeme, teknik veya ilacın o ülkede yasaklanmış olması halinde durum böyledir²⁷⁶.

4077 s. Kanundan farklı olarak 6502 s. TKHK, tüketiciye ihbar külfeti getirmemiştir. Bu nedenle ayıplı hizmetle karşılaşan hasta, ihbar külfetine tabi olmaksızın seçimlik haklarını, zamanaşımı süresi içerisinde kullanabilecektir²⁷⁷.

Açık düzenlemelere karşın doktrinde ayıp hükümlerinin sonuç taahhüdü içeren ve hizmet söz konusu ise ancak mal ile ilgili hizmetleri esas alan sözleşmelere uygulanabileceği, hastaların tıbbi tedavi ve bakımlarının üstlenildiği hastaneye kabul sözleşmelerinin buna uygun olmadığını, bu tür sözleşmelerde ayıptan değil en fazla özen yükümlülüğünün ihlalden bahsedilebileceği, bu uyuşmazlıklar bakımından genel hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan yazarlar da vardır²⁷⁸. Ancak 6502 s. Kanun ile yapılan tüketici ve tüketici işlemi tanımları sebebiyle hastaların ve özel hastane ile yaptıkları sözleşmelerin bu kanun kapsamında olduğu, haliyle özel hastanenin sunduğu hizmetlerin de bu kanuna tabi olacağı tartışmasız hale gelmiş ve nitekim uygulamada da Tüketici Mahkemeleri bu uyuşmazlıklara bakmaya başlamıştır.

²⁷⁵ Yardım, **a.g.e.**, s.174.

²⁷⁶ Aydın Zevkliler, **Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, 2. Bası, Ankara 2001, s.65; Betül Tiryaki, **Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk**, Ankara 2007, s.74; M. Alper Gümüş, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, İstanbul 2014, C.I; 134.

²⁷⁷ Turan Şahin / Mahmut Kızır, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esasları, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.IX, S.89, Ankara 2014, s.77.

²⁷⁸ Cengiz İlhan, **Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun**, Ankara 2006, s. 82-87; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 58-62.

Tam hastaneye kabul sözleşmesi ile hastanın tıbbi tedavisi yanında diğer tüm edimleri de tek başına üstlenen özel hastanenin, sunulan sağlık hizmetinin ayıplı olması halinde bundan sorumlu olacağı, sözleşmeye taraf olmayan hekim ve diğer sağlık personellerinin kendi eylemlerinden haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacağı, hastanenin bu kişilerin eylemlerinden ise yardımcı şahsın fiilinden sorumluluk veya adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu tutulabileceği izah edilmiş olup aşağıda da detaylı olarak incelenecektir. Ancak hastanın özel hastaneye, TKHK kapsamında ayıplı hizmetten sorumluluk esasına göre başvurması halinde sahip olacağı seçimlik haklar önem arz etmektedir.

TKHK m.15/1, *“Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir...”* şeklinde tüketicinin seçimlik haklarını düzenlemiştir. Üstelik bu hakları kullanmanın, TBK kapsamında genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunmaya engel teşkil etmediğine de açıkça yer vermiştir.

Hastanın ayıplı hizmet halinde hizmetin yeniden görülmesini talep edebilmesi için hizmetin yeniden görülmesinde menfaati bulunmalı, hizmetin yeniden görülmesi mümkün olmalı ve hayatın olağan akışı ile dürüstlük kuralına göre de hizmetin yeniden görülmesi özel hastaneden beklenebilir olmalıdır²⁷⁹. Ancak TKHK m.15/2 uyarınca ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici bu hakları kullanamaz.

Örneğin gereği gibi yapılmamış bir alçılama işlemi için hasta, alçısının sökülüp yeniden alçılama yapılmasını talep edebilir. Bu hem hastanın menfaatine bir işlem olup hem de hastane bakımından mümkün ve makul bir çözüm yoludur. Üstelik hizmetin yeniden görülmesi masrafları da hastaneye ait olacaktır. Ancak hastanın yurt dışından getirilen özel bir teknik ve malzeme ile platin operasyonu geçirmiş

²⁷⁹ Gümüş, a.g.e., s.144.

olması ve bu operasyonun ayıplı hizmet olarak değerlendirilmesi sonucunda hizmetin yeniden görülmesini beklemek somut olaya göre hakkaniyete aykırı düşebilecektir²⁸⁰.

Bir diğer seçimlik hak ise ayıp oranında indirim talep etme hakkıdır. Bu hakkı seçen hasta, sağlık hizmeti bedelini öderken ayıp oranında indirim talep edebileceği gibi, bedeli önceden ödemişse ayıp oranındaki kısmının kendisine iade edilmesini de isteyebilir. Bu hakkın kullanılması sözleşmeden dönülmesi veya hizmetin yeniden görülmesi gibi değerlendirilmez; yalnızca tüketicinin yani hastanın edimi olan bedelde değişiklik yaratır²⁸¹.

Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması ise sözleşmeyi hiç kurulmamış gibi en baştaki haline getirmekte, bu sebeple de tarafların iade yükümlülükleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olmaktadır. Ancak hastaneye kabul sözleşmesi bakımından hastanın ayıplı hizmet gördüğünden bahisle sözleşmeden dönmesi ve gördüğü hizmeti iade etmesi pek mümkün olmadığından bu seçimlik hak pek uygulanabilir değildir. Nitekim doktrinde de sürekli borç ilişkilerinde sözleşme ile başlanılan edim ifa edilmişse geçmişe etkili olan dönmeden değil, ileriye etkili fesihten bahsedilebileceği görüşünde olan yazarlar vardır²⁸².

Henüz tedavi görülmeden hasta haklarının ihlal edilmesi hallerinde ise sözleşmeden dönme mümkün olabilir. Örneğin hastaya kapalı ameliyat yapılacağı söylenilerek buna ilişkin bilgilendirme yapılır fakat hasta ameliyata girmeden açık ameliyat yapılacağını öğrenirse ameliyat olmaktan vazgeçerek hastaneye kabul sözleşmesinden dönebilir. Ancak sözleşmeden dönülebilecek hallerde de ayıbın önemli bir ayıp olması, diğer seçimlik hakların kullanılmasının hastadan beklenememesi ve hastane bakımından da orantısız güçlükler doğmaması gerekmektedir²⁸³.

Eserin ücretsiz onarımını isteme hakkı ise ancak bir eser sözleşmesinin mevcut olduğu hallerde söz konusudur. Dolayısıyla yukarıda tartışıldığı gibi estetik

²⁸⁰ Yardım, **a.g.e.**, s.213-214.

²⁸¹ Tiryaki, **a.g.e.**, s.113; Petek, **a.g.e.**, s.998.

²⁸² Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.II, s.560 vd.; Eren, **a.g.e.**, 1128; Gümüş, **a.g.e.**, s.140; Ö. Adil Atasoy/ Mustafa Taşkın/ Hakan Acar, **Tüketiciyi Koruma Hukuku İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları**, Yargı Yayınları, Ankara 2000, s.84.

²⁸³ Atasoy/ Taşkın/ Acar, **a.g.e.**, s.84; Tiryaki, **a.g.e.**, s.112; Petek, **a.g.e.**, s.996.

operasyonlar, büyük ölçüde dış operasyonları, protez ameliyatları gibi sonuç taahhüt etmeye elverişli tıbbi müdahalelerde hasta, ayıplı hizmet görmesi halinde ücretsiz olarak onarım talep edebilir²⁸⁴. Bu hakkın kullanılabilmesi için ayıbın giderilebilir nitelikte olması ve dürüstlük kuralı ile hayatın kabullerine göre de sağlayıcıdan ayıbı gidermesinin beklenilebilir olması gerekmektedir²⁸⁵. Zira THKH m.15/2'nin ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketicinin bu hakları kullanamayacağını düzenlediğinden bahsetmiştik.

TKHK m.15/4'te yer alan “Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin seçildiği hâllerde, hizmetin niteliği ve tüketicinin bu hizmetten yararlanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde bu talep sağlayıcı tarafından yerine getirilir. Her hâlükârda bu süre talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren otuz iş gününü geçemez. Aksi takdirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir” şeklindeki düzenleme ile tüketiciye sağlanan bu hakların seçimlik olduğu, yani içlerinden yalnızca bir tanesinin seçilerek kullanılabileceği, ancak ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin seçilmesi, fakat sağlayıcının bunu otuz gün içinde yerine getirmemesi halinde tüketicinin seçimini değiştirerek diğer haklarını kullanabileceği belirtilmiştir.

Belirtmek gerekir ki hasta, TKHK ile tanınan seçimlik hakları kullanmakta serbest olduğu gibi kullanmamakta da serbesttir. Yani hasta, seçimlik haklardan herhangi birini kullanmaksızın da TBK hükümleri kapsamında maddi ve manevi tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır. Zira güven ilişkisine dayanan vekalet sözleşmelerinde ayıplı bir hizmet görmüş olmak hastanın güvenini sarsabilir ve bu sebeple hasta, aynı hastaneden örneğin hizmetin yeniden görülmesini talep etmek istemeyebilir. Bu nedenle TKHK'ya bağlı olmaksızın TBK hükümlerine dayanarak maddi ve manevi tazminat talep edebilecektir²⁸⁶.

²⁸⁴ Yardım, **a.g.e.**, s.221.

²⁸⁵ Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.175 vd.; Gümüş, **a.g.e.**, s.142.

²⁸⁶ Tiryaki, **a.g.e.**, s.114; Petek, **a.g.e.**, s.1003; Atasoy/ Taşkın/ Acar, **a.g.e.**, s.88.

Hastanın ayıplı hizmetten doğan seçimlik haklarını kullanması için TKHK m.16'da zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı hizmetten sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir.

(2) Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.”

Görüldüğü üzere tüketiciyi korumak için düzenlenen TKHK, tüketici lehine nispi emredici niteliktedir. İki yıllık zamanaşımı süresinin kısaltılması mümkün değilken hem zamanaşımı süresinin başlayacağı tarih hem de zamanaşımı süresi tüketici lehine değiştirilebilecek, uzatılabilecektir²⁸⁷.

4.3. Yardımcı Şahsın Fiilinden Sorumluluk (TBK m.116)

TBK m.83 uyarınca borcun borçlu tarafından bizzat ifa edilmesinde alacaklının menfaati yoksa borç, borçlu dışında bir üçüncü kişi tarafından da ifa edilebilmektedir. Buna ifanın gayri şahsiliği ilkesi adı verilir²⁸⁸. Bu düzenleme, borcun ifasında TBK m.116 uyarınca yardımcı şahıs kullanılmasının temelini oluşturur. Buna göre borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarını kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.

TBK m.116 kapsamında sorumlulukta, TBK m.66'da olduğu gibi istihdam ilişkisi aranmaz. Kanun, yardımcı kişiden söz edebilmek için borçlu ile birlikte yaşayan veya yanında çalışanlar “gibi” bir üçüncü kişi olmasını yeterli görmüştür. Borçlu ile yardımcı üçüncü kişi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunması şart olmamakla birlikte, üçüncü kişinin yardımcı kişi kabul edilebilmesi için ifaya katılmasında borçlunun bilgisi ve rızası bulunması gerekmektedir²⁸⁹.

Borçlu, yardımcı şahsın, yalnızca kendisinin alacaklıya karşı borcunun ihlali sayılan davranışlardan sorumlu olup her türlü davranıştan sorumluluğu söz konusu değildir.

²⁸⁷ Yardım, **a.g.e.**, s.230.

²⁸⁸ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.767; Eren, **a.g.e.**, s.924.

²⁸⁹ Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.I, s.250-259; Eren, **a.g.e.**, s.924-938.

Daha açık bir ifadeyle yardımcı şahsın gerçekleştirdiği fiil aslında borçlunun borcu olmayıp yardımcı şahıs, zarar veren fiili yalnızca borcun ifası sırasında gerçekleştirmiş ise asıl borçlu bundan sorumlu tutulamaz. Zira borçlu, yalnızca borcu olan bir veya birden fazla edimin ifası için yardımcı şahıs kullanmaktadır; borcu olmayan bir şeyin yerine getirilmesini beklememektedir²⁹⁰. Bu durumda alacaklı, kendisiyle arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmayan yardımcı şahsa, ancak şartları varsa haksız fiil hükümleri kapsamında başvurabilecektir. Örneğin, tam hastaneye kabul sözleşmesi ile hastayı ameliyat etme yükümlülüğü altında bulunan özel hastane, ameliyatı hekim aracılığı ile gerçekleştireceğinden hekim, yardımcı şahıs konumundadır. Hekimin ameliyat kapsamında gerekli tüm tıbbi davranışları, özel hastanenin borcunun ifasıdır. Ancak ameliyat esnasında sözleşmeye konu ameliyatla ilgisi bulunmayan ve özel hastane tarafından da hastaya karşı borçlanılmamış bir fiil ile hastaya zarar verilmesi halinde TBK m.116 kapsamında özel hastanenin yardımcı şahsın fiilinden sorumlu olduğu ileri sürülemeyecektir. Bu durumda hasta, hekime karşı haksız fiil hükümlerine başvurabilecektir²⁹¹.

Adam çalıştırmanın sorumluluğundan (TBK m.66) farklı olarak TBK m.116'da düzenlenen sorumlulukta borçlu, yardımcısını seçmede, ona talimat vermede, gözetim ve denetimde gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Sorumluluktan kurtulabilmek için borç bizzat kendisi tarafından ifa edilseydi dahi borca aykırılıktan sorumlu olmayacağını ispat etmesi gerekir. Bu ispat yükü yerine getirilmedikçe borçlu, yardımcı şahsın alacaklıya verdiği zararlardan sorumludur²⁹².

TBK m.116 kapsamındaki tazminat taleplerinin muhatabı yalnızca borçlunun kendisidir. Ancak borçlunun yardımcı şahsa rücu imkanı bulunmaktadır²⁹³.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat talepleri, TBK m.146 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir.

Görüldüğü üzere bir tüzel kişi olan özel hastane işleticisi hastaneye kabul sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülükleri hekimler ve diğer personeller vasıtasıyla yerine

²⁹⁰ Eren, **a.g.e.**, s.927-928; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, 711-712.

²⁹¹ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 434.

²⁹² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, 710 vd; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 436.

²⁹³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, 713-714; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.I, 259 vd.

getirmekte olup bu şahısların kendilerine verilen görevleri yerine getirirken verdikleri zarardan aynı zamanda TBK m.116 kapsamında da sorumluluğu söz konusudur. Şartları bulunduğu takdirde zarar gören, bu sorumluluk çeşidine de dayanabilecektir²⁹⁴.

Doktrinde hekimin ifa yardımcısı olamayacağı yönünde tartışmalar bulunduğu hususu, yukarıda²⁹⁵ “Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi” başlığı altında detaylı olarak izah edildiğinden bu konuya tekrar girilmeyecektir. Kaldı ki tarafımızca da isabetli bulunduğu üzere çoğunluk, özel hastanenin hukuki sorumluluklarının kaynaklarından biri olarak değerlendirilen TBK m.116 kapsamında ifa yardımcısı sayılmanın, hekimin mesleğini icra ederken bağımsız olduğu gerçeğini değiştirmedığı, onu kendi kararlarını veremeyen ve metodlarını uygulayamayan bir hekim haline dönüştürmeyeceği yönündedir.

4.4. Özel Hastanelerin Organizasyon Kusuru

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastanenin asli yükümlülüğü tıbbi tedavi olmakla birlikte, birçok yan yükümlülüğü mevcut olup hastane bu yükümlülüklerini yerine getirirken yapacağı organizasyonu, üçüncü kişilerin maruz kalabileceği zarar riskini en aza indirgeyerek sağlamak zorundadır. Örneğin personellerin seçimi, personellere altından kalkabilecekleri iş yükü verilmesi, akıl hastalarının olduğu bir ortamda kapı, cam, pencere kilitlerinin ve intiharda kullanılabilecek her türlü eşyanın kontrolünün yapılması, ameliyathanenin sterilizasyonu, hastanede verilen gıdaların tazeliğinin kontrol edilmesi, tıp bilimindeki gelişmelerin takip edilerek tedavinin seyrindeki olumlu etkileri ölçüsünde yeni nesil teknik ve cihazların kullanılması, tüm servis ve hizmetlerin aksamadan yürütülebileceği şekilde görev dağılımı yapılması ve personellerin bu görevleri yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi gibi işler sağlık hizmetinin gerekli standartlarda görülmesi ve tıbbi tedavinin başarı şansında etkili olup bu işlerin organizasyonu da özel hastanenin yükümlülüğüdür²⁹⁶.

²⁹⁴ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 433-434.

²⁹⁵ Bkz.; s.21-23.

²⁹⁶ Doğan N. Leblebici, Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış, (Çevrimiçi), <https://dergipark.org.tr>, 13.05.2019, s.189.

Özel hastanenin organizasyon sorumluluğunun içeriği ve bu yükümlülüklerle aykırı davranılıp davranılmadığının kriterlerini sınırlı sayıda saymak, formüle etmek mümkün değildir. Bunlar hastanın durumu, tıbbi müdahalenin şekli ve muhtemel risklere göre, objektif olarak dürüstlük kuralı ve iyi niyet ilkeleri çerçevesinde hastaneden beklenebilecek olmakla ilgilidir. Ne var ki yukarıda detaylı olarak izah edildiği üzere ameliyathane, sterilizasyon, yoğun bakım, hasta odaları gibi hizmetlerin asgari düzeyde dahi sahip olması gereken bir takım nitelikler Özel Hastaneler Yönetmeliği ve Yataklı Teşhis ve Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği gibi mevzuat ile düzenlenmiştir. Hastanenin organizasyon sorumluluğu bakımından örnek verilecek olursa Yataklı Teşhis ve Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m.16;

“Madde 16 – I) Ameliyathane Hizmetleri:

Ameliyathanelerin yönetimi, hizmete devamlı hazır bulundurulması, alet ve malzemenin sağlanması, bakım, onarım ihtiyaçlarının saptanarak yaptırılmak üzere ilgililere bildirilmesi ve burada çalışan personelin yönetimi ve eğitimlerinin yapılması ile genel cerrahi uzmanı görevli olup, bu hususlarda baştabibliğe karşı doğrudan sorumludur.

Çeşitli cerrahi dalların ya da birçok cerrahın bulunduğu kurumlarda, ilgili uzmanların görüşü alınarak baştabib tarafından seçilecek cerrahi dal uzmanı ameliyathane sorumlusu olarak görevlendirilir.

Bu sorumlu, anesteziyoloji uzmanının bulunmadığı kurumlarda, uyandırma odası hizmetlerinin yürütülmesi ve narkoz personeli ile uyandırma odası personelinin yönetim ve eğitimi ile de görevlidir.

Bütün bu hizmetlerin yürütülmesi için ameliyat salonu adedine ve iş hacmine göre sorumlu uzmanın emrinde çalışmak üzere eczacı, ameliyathane başhemşiresi, ameliyathane narkoz teknisyeni, hemşire, ameliyathane teknisyeni ve hastane hizmetlisi gibi gerekli görülen personel görevlendirilir.

II – Merkezi Sterilizasyon Hizmetleri:

Merkezi sterilizasyonda ameliyathane, tüm hasta servisleri, poliklinikler, laboratuvarlar, endoskopi,

müdahale ve doğum odaları, yoğun bakım gibi hizmet bölümlerinde kullanılacak alet ve malzemeler hizmete uygun olarak kağıt veya özel bohçalar içerisinde, setler halinde topluca sterilize edilerek kullanılmaya hazır vaziyette buradan dağıtılır. Sterilizasyon sorumlusu, kullanan bölüm tarafından yıkanarak sterilizasyona hazır hale getirilen setleri teslim alarak, aldığı miktar kadarını steril halde verir. Merkezi sterilizasyon hizmetleri ve burada çalışanlar ameliyathane sorumlusuna bağlıdır.

III – Yoğun Bakım ve Reanimasyon Hizmetleri:

Yoğun bakım ve reanimasyon hizmetlerinin yapıldığı yerler; tabib ve hemşire hizmetleri ile diğer teknik, sağlık ve laboratuvar hizmetleri bakımından sürekli olarak gözlem ve kontrol altında bulundurulması gereken hayati tehlike içindeki hastaların, bakımlarının sağlandığı yataklı bakım üniteleridir. Burada hayati fonksiyonları izleyecek ve gereğinde destekleyecek cihazlar bulundurulur. Hemşire ve diğer gerekli görülen personelin çalışmaları 24 saat görev yapacak şekilde düzenlenir.

Yoğun bakımda hizmetlerin düzenli bir şekilde yürütülmesinden o yoğunbakımın fonksiyonuyla ilgili klinik ve bu kliniğin bir uzmanı sorumludur. Şayet yoğun bakımda çeşitli kliniklere ait yataklar bulunuyorsa bu takdirde baştabibin seçeceği bir veya daha fazla uzman burada görevlendirilir. Bunlar gerekli hallerde ilgili dal uzmanı ile birlikte hastaların takip ve tedavisini yaparlar.

(Değişik son paragraf: 1/4/2005-2005/8720 K.) Yataklı tedavi kurumlarının fonksiyonlarına uygun şekilde açılacak yoğun bakım üniteleri, baştabibin teklifi ve Valilik onayı ile kurulur ve tescil için Sağlık Bakanlığına bildirilir.

IV – Uyandırma ve Ameliyat Sonu Bakım Ünitesi Hizmetleri:

Ameliyat sonrası hastaların servise nakledilmeden önce uyanmaları ve kısa süreli cerrahi komplikasyonların düzeltilmesi için en fazla 24 saat kaldıkları yataklı bakım üniteleridir. Burada yeterli cihaz ve malzeme ile 24 saat sürekli hizmet görecektir. Burada yeterli cihaz ve malzeme ile 24 saat sürekli hizmet görecektir. Ünitenin yönetim ve tıbbi bakım hizmetlerinden anesteziyoloji uzmanı, yoksa ameliyathane sorumlusu olan genel cerrah sorumludur. Bu sorumlu gerekli hallerde ameliyatı yapan uzman ile işbirliği yapar.

Bu hizmet, kurumun personel, araç, gereç imkanları ve fizik yapısı elvermediği takdirde yoğun bakım ünitesi ile bir arada yürütülür”

şeklinde düzenlenmiş olmakla belirtilen hizmetlerin işleyişi bir takım kurallara bağlanmıştır. Bunlara aykırılık, organizasyon sorumluluğuna da aykırılık anlamına gelecektir.

Bununla birlikte organizasyon yükümlülüklerini asli ve tali olarak ayırmak mümkündür. Tıbbi tedavinin tıbbi standartlara uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için gereken asgari düzeydeki ihtiyaçlar (örneğin poliklinik dışında cerrahi birimlerin de kurulması ve buralarda ehil personel bulundurulması gibi) asli organizasyon yükümlülüğünden kabul edilebilirken ikinci derecede önemli olan ve tamamlayıcı nitelikteki yükümlülükler (örneğin kalite kontrol faaliyetleri veya odaların astım, panik atak gibi hastalar için de konforlu olacak şekilde dizayn edilmesi gibi) de tali organizasyon yükümlülükleri olarak kabul edilebilir²⁹⁷.

Organizasyon yükümlülüğü, sınırlı sayıda olmamakla birlikte, tıbbi tedavi sürecinin organizasyonu, tedavi sonrası hasta bakım süreci organizasyonu, hastane içi iş bölümü organizasyonu, personel donanımı organizasyonu, teknik donanım ve medikal malzeme organizasyonu, hizmet kalitesi organizasyonu, hasta ve hastane güvenliği organizasyonu, hijyen ve enfeksiyon organizasyonu, ilaç ve eczane hizmetleri organizasyonu, ameliyathane ve yoğun bakım hizmetleri organizasyonu, acil tıp hizmetleri organizasyonu, tıbbi dokümantasyon ve bilişim hizmetleri organizasyonu gibi başlıklarda incelenebilir. Özel hastane bu süreçlerin tamamında riskleri minimize etmek, hasta menfaatini öncelikli gözetmek ve tıbbi standartlara uygun hareket etmekle yükümlüdür²⁹⁸.

Hastanede sağlık ve tıp hizmetlerinin ve kliniklerin yönetimi süreçlerinde hastane risklerinin tanımlanması, analizi ve kontrolü aşamalarında olmak üzere üç aşamada risk değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu çalışma sayesinde tedavi ve bakım hizmetlerinde olumlu gelişmeler görülmekte, bir yandan hastane işleticisi bakımından kalite denetimi yapılmakta ve zarar önleyici risk yönetimi gerçekleşmekte, diğer yandan da mesleki sorumluluk sigortacısının da yararına

²⁹⁷ Demir, **a.g.e.**, s. 248-251.

²⁹⁸ **A.e.**, s. 246 – 300.

hizmet edilmektedir. Örneğin alınan numunelerin etiketlenmesi ve nakli sürecinde güvenli davranılması, hastanın aydınlatılması aşamasında teknolojik gelişmelerden faydalanılması ve buna ehil personel bulundurulması, çocuk acil kliniğine getirilen çocuklara yalnızca bu alanda deneyimli personel tarafından müdahale edilmesi, CPR aletinin düzenli olarak denetlenmesi, radyolojik görüntülerin ehil personel tarafından vakit kaybetmeksizin incelenip raporlanmasını sağlamak gibi önlemler riskleri büyük ölçüde minimize edecek ve böylece organizasyon kusurundan doğan sorumluluk sebebiyle söz konusu olabilecek tazminat yükünü hafifletecektir²⁹⁹.

Nitekim aşağıda özetlenen Yargıtay kararlarında hastane, organizasyon kusuru sebebiyle hastanın zararından sorumlu tutulmuştur.

“... Olayın meydana gelmesinde ameliyat sırasında zarar gören arteri zamanında fark edip onaramayan ameliyat ekip sorumlusu Dr. B. Y. in 4/8 oranında kusurlu bulunmuş, kalan 4/8 kusur oranı ise kötü tesadüf olarak nitelendirilmiştir. Bu sorumlulukta B. Y. ile birlikte diğer davalı şirkete ait hastanenin de adam kullanan ve işleten sıfatıyla müştereken ve müteselsilen sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Zira, Özel Hastahane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır...” (YHGK, 2004/13-291 E., 2004/370 K., 23.06.2004)³⁰⁰

“Dava, tedavi hizmetini üstlenen doktor ve hastanenin sorumlulukları kapsamında maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Yasal mevzuat hükümlerinde belirtildiği gibi, kendisine zarar verecek hastanın, durumuna uygun odalar tahsis edilmekle birlikte, odaların hastanın zarar görmesini engelleyecek nitelikte olması da şart koşulmuştur. Bu bağlamda, odalarda özellikle elektrik anahtarı ve prizinin

²⁹⁹ M. Oğuz Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 49-50; Demir, *a.g.e.*, s. 96-98.

³⁰⁰ Kazancı İçtihat Bankası, 01.09.2017

bulunması da yasaklanmıştır. Davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurmaması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 37. maddesinde öngörülen hastanın can güvenliğini sağlama görevini de bu konuda gerekli tedbirleri almayarak yerine getirmedeği anlaşılmaktadır. Böylece, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak davacıların murisinin intiharını gerçekleştirmesine engel olamadığı gibi, bu konudaki emredici hukuk kurallarına da aykırı davranan davalı hastane işleteninin, davacılara karşı tazminatla sorumlu olduğu her türlü duraksamadan uzaktır.

Davaya konu somut olayla ilgisi bakımından, davalı hastanenin, akıl hastası ve intihara meyilli bulunan hastaya bu konuda yetişmiş hemşire görevlendirilmeyerek hasta yakınının refakatçi olarak seçilmesini ve hastanın, hastanede intiharına engel olamayan davalı hastanenin tazminatla sorumlu tutulması gerektiğine karar verilmelidir...” (YHGK, 2009/13-393 E., 2009/452 K., 21.10.2009)³⁰¹

“Davacı, davalı doktorların, diğer davalıya ait hastanede miyop rahatsızlığı nedeniyle excimer lazer yöntemi ile ameliyat yaptıklarını... retinasının parçalanması sonucu ciddi düzeyde görme kaybı oluştuğu... sonradan yapılan düzeltme ameliyatları sonucu sağ gözde %10 oranında görme sağlandığını, her iki gözde bulanıklık olduğunu... bildirerek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuş... Davalılar davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir...

... Ameliyata ait komplikasyonlar içerisinde cihaza ait risk payı da bulunmaktadır. Bu risk payının oranı dosya kapsamından anlaşılamamakta ise de, mevcut komplikasyonun cihaza ait risk payı içerisinde gerçekleştiğinin kabulü için, aletin bakımının yapılıp yapılmadığının, cihazın aynı gün işlem sayısının ne olduğu, hazırlık için harcanan süre ve diğer yardımcı elemanlara ilişkin araştırmaların da yapılıp bunlarda bir aksama olmadığının ispat edilmesine bağlıdır. Ameliyathane, cihaz ve yardımcı elemanlara ilişkin kusurlarda davalı sağlık kuruluşunun da

³⁰¹

Kazancı İçtihat Bankası, 01.09.2017

sorumlu olacağının kabulü gerekir...” (Yargıtay 13. HD, 2012/7386 E., 2012/14143 K., 31.05.2012)³⁰²

4.5. Malpraktis Ve Komplikasyon Kavramları İle Bunlardan Sorumluluk

4.5.1. Malpraktis

Malpraktis, yani kötü, hatalı tıbbi uygulama, Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 13.maddesinde “*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulaması anlamına gelir*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu kapsamda müdahaleyi gerçekleştirecek kişinin sahip olması gereken mesleki bilgi ve beceriye sahip olmaması veya sahip olmasına karşın dikkatsiz ve özensiz davranması sebebiyle tıbbi müdahalenin yapılması gerektiği gibi gerçekleşmemesi malpraktis olarak nitelendirilecektir³⁰³.

Malpraktis olarak nitelendirilen tıbbi müdahaleler, tıp bilim ve tekniğine, tıbbi standartlara uygun olmayan, dikkatsiz ve özensiz müdahaleler olup yetkili kişilerce, hastanın rızası alınarak, meşru gerekçelerle yapılsa dahi bundan doğan sorumluluk ortadan kalkmayacaktır³⁰⁴. Ancak bu aşamada tıbbi hata içeren müdahale ile hukuka aykırı tıbbi müdahale karıştırılmamalıdır. Hekimin doğuma geç başlaması hatalı tıbbi müdahale iken, maddi menfaat için hastanın rızası alınmadan bir daha doğum yapmayacağı gerekçe gösterilerek rahminin alınması hukuka aykırı tıbbi müdahaledir³⁰⁵.

Hatalı tıbbi uygulama, hastalığın teşhis, tedavi ve tedavi sonrası bakım aşamalarının her birinde söz konusu olabilir. Hastanın hastaneye başvurusuyla önce yapılması gereken hastalığın teşhisidir. Hekim, teşhis için gerekli bütün müdahale ve tetkikleri yapmalı, elde ettiği sonuçları tıp biliminin gereklerine göre doğru yorumlamalıdır. Bunun yapılmasında tetkikler kadar “anamnez” almanın da önemi büyüktür. Anamnez, hastanın tıbbi geçmişi, hastalık hikayesi anlamına gelmekte olup hastanın

³⁰² Kazancı İçtihat Bankası, 01.09.2017.

³⁰³ Savaş, **a.g.e.**, s. 41; Hakeri, **a.g.e.**, s. 557.

³⁰⁴ Ünver, **a.g.e.**, s.54 vd; Savaş, **a.g.e.**, s.39.

³⁰⁵ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 323; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 147-148.

bizzat kendisinden veya kendisinin anamnez verebilecek halde olmaması halinde bilgi alınabilecek yakınları tarafından izah edilmelidir³⁰⁶.

Bu hususta yerleşik uygulamayı en iyi özetleyen kararlardan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin olmak üzere iki Yargıtay kararının incelenmesinde fayda vardır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin, 17.12.1976 tarihli, 1976/692 E., 1976/11046 K. sayılı kararına konu olayda, Yerel mahkemede görülen davada davalı hekim, çene cerrahı olarak çalıştığı hastanede ameliyat ettiği hastanın çenesine röntgen ışınları uygularken egzama yarasına benzeyen bazı aşırı cilt ve adale bozuklukları meydana getirmiş ve bu kötü uygulama sonunda hastanın yüzünde sabit ve ağır izler kalmıştır. Hasta, Danıştay'a başvurmuş ve sonuçta 45.939,25 lira zarar idare tarafından hastaya ödenmiştir. Yerel mahkemede görülen dava ise idarenin uğradığı bu zararın rücuuna ilişkindir. Olayda davalı, çene cerrahisi uzmanı bir hekimdir. Meydana getirdiği kötü durum, iddiasına göre uzmanlığı dışında, yetkili olduğu cihazın kötü kullanılmasından doğmuştur. Dosya kapsamında alınan sağlık şurası raporunda arızaların hastanın bünyesindeki nedenlerden, kişisel istidadından, ışınlara karşı aşırı duyarlılığından ileri geldiği belirtilmiştir. Oysa uzman hekim hastanın bünyesinin, kişisel durumunun, ışınlara karşı aşırı duyarlılığını önceden göz önüne alarak tedaviyi bu etkilerin doğuracağı sonuçları bertaraf edecek nitelikte yapmalıdır. Sağlık şurasının bir uzmanın hastanın bünyesini kişisel durumunu, ışınlara karşı duyarlılığını doktorun hiç bir inceleme yapmadan doğuracağı etkinin sonuçlarından doktorun sorumlu tutulamayacağını benimsemesi olanaksızdır. Aksi halde doktor, teknisyen veya işçinin yaptığı zararların birbirinden farkı kalmayacaktır. Uzman doktor, vekalet ilişkisi kapsamında bir vekil olarak bütün bu üç tehlikeyi bertaraf edecek biçimde çalışmak zorundadır. Bu nedenle hastasına gerekli test ve araştırmaları yapmadan röntgen ışınları uygulayan doktor hastanın zararından sorumlu olup aksi yöndeki sağlık şurası raporu bilimsellikten uzaktır. Dolayısıyla hekimin kusurlu olması karşısında Danıştay tarafından verilen karar hukuka uygun görülmüş, yerel mahkemenin rücu davasının kabulü kararı da onanmıştır³⁰⁷.

³⁰⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s. 565.

³⁰⁷ Kazancı İçtihat Bankası, 01.09.2017.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 07.02.2005 tarihli, 2004/12088 E., 2005/1728 K. sayılı kararına konu yerel mahkeme kararında davacıların çocuğu, davalı hastanede diğer davalılar tarafından ameliyat edilmiş, ameliyat sırasında hastaya uygulanan pentothal adlı ilacın kullanılmasından sonra oluşan serabraz hipoksinin neden olduğu nörolojik hasarın meydana geldiği ve yapılan tedaviye rağmen bu durumun giderilemediği, hastanın şifa bulmadığı görüldüğünden davalılar aleyhinde tazminat davası ikame edilmiştir. Mahkemece, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu ve Genel Kuruldan alınan raporlarda, hastada geline nörolojik hasarın verilen ilacın yan etkisine bağlı olduğu, hastanın rahatsızlığının ortadan kaldırılmasına yönelik cerrahi girişim için tetkiklerin yeterli olduğu, mevcut bulgulara göre girişim için tetkiklerin yeterli olduğu, mevcut bulgulara göre iyileşmenin ameliyatla giderilebileceğinden, konulan ameliyat endikasyonunun ve yapılan tetkik ve cerrahi girişimlerin tıp kurallarına uygun olup, teşhis ve tedavide bir kusur bulunmadığı, ilaç uygulanmasının ve yoğun bakımdaki tedavi yöntemlerinin uygun olduğu, anestezi ekibinin bir kusurunun tespit edilmediği, hastanede verilen sağlık hizmetlerine ve hekimlere atfedilecek bir kusurun bulunmadığının belirtilmesine dayanılarak davanın reddine karar verilmiştir. Davacı tarafın temyizi üzerine yapılan incelemede hastanın genel anestezi altında olduğu, verilen diğer ilaçlarla sinerjizim ve potensiyalizasyon gösterebilmesi nedeniyle, hastaya yaşı ve kilosu nazara alındığında daha düşük dozda pentathol verilmesi gerekirken buna uyulmadığı belirtilmiştir. Yine ameliyat sırasında tutulması gereken belgelerin tutulmadığı ve ameliyat raporunun 6-7 ay sonra yazıldığı anlaşıldığı da vurgulanmıştır.

Kararda vekilin, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu olmasa da bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumlu olduğu belirtilmiştir. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlar da, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlü olduğuna yer verilmiştir.

Uyuşmazlığa uygulanması gereken bu hukuki kuralların ışığında, somut olaya baktığımızda, ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosu

ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit bulunmuş ve olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu oldukları kabul edilmiştir³⁰⁸.

Ancak belirtmek isteriz ki hastadaki belirtilerin bilinen, belli bir hastalığa açıkça işaret etmesine karşın konulan teşhisten farklı bir hastalık ortaya çıkması halinde, teşhiste hekimin kusuru bulunmadığının kabul edilmesi gerekir³⁰⁹.

Tedavide hata ise tıbben gerekli bir müdahalenin yapılmaması veya gerekli olmayan bir müdahalenin yapılması şeklinde ortaya çıkabilir. Bu kapsamda hastanın tedavisinde yanlış yöntem seçilmesi, doğru yöntem seçilmesine karşın uygulamanın hatalı olması, komplikasyonun fark edilmemesi, kullanılan ilacın muhtemel komplikasyonlarının dikkate alınmaması, teknik cihazların hatalı kullanımı, uzman hekime geç danışılması veya konsültasyon istenmemesi, enfeksiyon ve hijyen kurallarında zafiyet gibi eylemler en çok rastlanan tedavi hataları olup tam hastaneye kabul sözleşmelerinde hastane ve hekimin bunlardan doğan zararlardan mesuliyeti tartışmasızdır³¹⁰.

4.5.2. Komplikasyon

Tıbbi müdahaleler, gerekli dikkat, özen ve çaba gösterildiği takdirde zarar meydana gelmeyeceği ilkesinin istisnalarından birini teşkil eder³¹¹. Zira her tıbbi müdahale, bünyesinde risk barındırır. Bu nedenledir ki vekalet ilişkisinde vekil, talep edilen sonucun meydana gelmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için gerekli dikkat ve özeni göstermekten sorumludur. Müdahalenin tıp biliminin standartlarına uygun olmasına, her türlü tedbirinin alınmış olmasına karşın istenmeyen fakat kaçınılamayan zararlar meydana gelebilmekte olup bunlar komplikasyon, yani izin verilen risk olarak nitelendirilmektedir. Komplikasyon halinde gerekli dikkat ve özen gösterilmiş, zarar doğmaması adına her türlü önlem alınmış olduğu ve ihmal, beceri

³⁰⁸ Kazancı İçtihat Bankası, 01.09.2017.

³⁰⁹ Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s.151.

³¹⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s. 573-581; Belgesay, **a.g.e.**, s. 107.

³¹¹ Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s.156; Savaş, **a.g.e.**, s.282.

– tecrübe eksikliği gibi haller bulunmadığı için ortaya çıkan zarardan hastane ve hekimin sorumluluğu bulunmamaktadır³¹².

Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 21.01.2002 tarih, 2001/10959 E., 2002/487 K. sayılı kararında tıp biliminin esaslarına uygun olarak gerçekleşen ameliyat sonrasında enfeksiyon gelişmesinin olağan komplikasyon kapsamında olduğunu; 20.05.2014 tarih, 2014/13021 E. ve 2014/15777 K. sayılı kararında ise yirmilik diş çekimi sırasında diş kökünün kırılmasının sık görülen bir durum olduğu, özen gösterilmesine rağmen görülebilecek bir komplikasyon olduğunu ifade etmiştir³¹³.

Meydana gelen komplikasyondan hekimin ve hastanenin sorumlu olmadığını söyleyebilmek için gerekli dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğünün yanında hastanın aydınlatılması ve rızasının alınması yükümlülüklerinin de usulüne uygun olarak yerine getirilmiş olması gerekmektedir³¹⁴.

Komplikasyon meydana gelmesi halinde bunun zamanında fark edilmemesi, fark edilmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması, gerekli tıbbi müdahalede bulunulmaması veya komplikasyonun giderimi için hatalı bir yöntem izlenmesi gibi hallerde komplikasyon malpraktise dönüşür ve artık hekim ile hastanenin sorumluluğu bulunmadığını ileri sürmek imkansız hale gelir³¹⁵.

4.6. Sözleşme Öncesi Görüşme Sorumluluğu

Özel hastane ile hasta arasında henüz hastaneye kabul sözleşmesi kurulmadan önce tarafların bu sözleşme ile ilgili olarak görüşmesi söz konusu olduğunda, sözleşme öncesi görüşmeden kaynaklanan bir takım sorumluluklar da doğacaktır. Sözleşme görüşmelerinde taraflar, birbirlerine karşı özen göstermek, gerekli bilgiyi vermek ve birbirlerinin mal ve şahıs varlıklarına zarar vermemek gibi birtakım yükümlülükleri haizdirler³¹⁶.

³¹² Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 299; Bayraktar, **a.g.e.**, s.207.

³¹³ Kazancı İçtihat Bankası, 30.11.2017.

³¹⁴ Savaş, **a.g.e.**, s. 281; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s. 157-158.

³¹⁵ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 299.

³¹⁶ Mustafa Arıkan, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVII, S. 1, 2009, (Çevrimiçi) www.dergipark.org.tr, s. 69-73; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.I, s.472; Eren, **a.g.e.**, s. 1128-1129.

Esasen sözleşme öncesi görüşme sorumluluğunun temelini MK m.2’de düzenlenen dürüst davranma ilişkisi oluşturmaktadır. Bu sözleşme öncesi görüşmede taraflar, asıl sözleşmenin kurulup kurulmayacağına açıkça anlaşılabilmesi için karşılıklı güven ilişkisine uygun davranmakla yükümlüdür. Zira Borçlar Kanunu’nda açıkça düzenlenmemiş olsa da Yargıtay içtihatları ve doktrin ile şekillenen “culpa in contrahendo” sorumluluğu söz konusudur. Buna göre sözleşmenin kurulmasından önce, taraflardan biri veya yardımcısı / yardımcıları, diğer tarafa veya onun koruma alanında bulunan bir kişiye / kişilere, aralarında oluşan sosyolojik bağdan doğan, dürüstlük kuralından kaynaklanan güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumludur³¹⁷.

Bu yükümlülük yukarıda detaylı olarak izah edilen hastanenin bilgilendirme ve aydınlatma, hastanın ise kendisiyle ilgili doğru bilgi verme yükümlülükleri ile benzerlik gösterir; yalnızca farklı olarak burada henüz kurulmamış bir sözleşme mevcuttur. Yapılan görüşmeler sözleşmenin kurulup kurulmayacağına etkili olduğundan dürüstlük kuralı ve güven ilişkisine aykırı hareket eden taraf, karşı tarafın bundan doğan zararını karşılamakla yükümlü olacaktır³¹⁸.

4.7. Sözleşme Sorumluluğu Dışındaki Sorumluluk Sebepleri

4.7.1. Haksız Fiil Sorumluluğu (TBK m. 49)

TBK m.49’da düzenlendiği üzere kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişi, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Madde metninden de anlaşıldığı gibi haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için hukuka aykırı bir eylem, kusur, zarar ve hukuka aykırı eylem ile zarar arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir³¹⁹. Bu unsurlara kısaca değinilecek olursa, öncelikle hukuka aykırı eylemin bir şey yapma şeklinde olabileceği gibi, yapılması gereken bir

³¹⁷ Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.I, s.472 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 976 vd.

³¹⁸ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 169-170; Demir, **a.g.e.**, s. 165-167

³¹⁹ Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.II, s.12 vd.; Eren, **a.g.e.**, s.516 vd.

şeyin yapılmaması şeklinde de olabileceğini belirtmek gerekir³²⁰. Hukuka aykırılık kavramı ise yalnızca kanuna aykırılıkla sınırlı olmayıp hukukun kaynaklarından herhangi birine aykırılığı da kapsamaktadır³²¹. Ancak hukuka uygunluk hallerinin bulunması halinde hukuka aykırılık unsuru kalkacağından haksız fiil sorumluluğundan da bahsedilemeyecektir.

TBK m.49'da düzenlenen haksız fiil sorumluluğu, kusura dayanan bir sorumluluk türüdür. Bir davranışın kusurlu kabul edilmesi için davranışı gerçekleştiren kişinin hukuka aykırı sonucu istemesi veya doğmasını engellemek için gerekli özeni göstermemesi gerekmektedir³²². Benzer durum ve şartlardaki kişilerden beklenen standart davranış biçiminden sapan davranışlar kusurlu davranışlardır³²³.

Kusur, kast ve ihmal olarak iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. Kast, ortaya çıkan sonucun önceden bilinmesi ve istenmesi iken ihmal, sonucun ortaya çıkmaması için gerekli ve yeterli özenin gösterilmemiş olmasıdır. İhmal de derecesine göre ağır ve hafif ihmal olarak karşımıza çıkabilmektedir³²⁴.

Hukuk düzenimizin benimsediği ve yerleşik Yargıtay içtihatlarına da konu edildiği üzere tazminat bir zenginleşme aracı olmayıp tazminat sorumluluğundan bahsedebilmek için zararın varlığı şarttır³²⁵. Zarar, malvarlığının, hukuka aykırı fiilden önceki ve sonraki hali arasındaki farktır³²⁶. Tazminatın belirlenmesi, indirilmesi ve talep edilecek zarar türleri TBK m.51 ve devamı hükümlerde düzenlenmiş olup zararın tazmini bu hükümlere göre çözümlenecektir.

Hayat tecrübesi ve olağan akışa göre somut olayın, gerçekleşen sonucu meydana getirmeye elverişli olması veya sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış olması gerekmekte olup aradaki bu zorunlu bağa uygun illiyet bağı adı

³²⁰ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.13; Eren, **a.g.e.**, s. 518-519.

³²¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 277; Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.15.

³²² Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 25. Bası, İstanbul 2014, s. 171; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.II, s.54 vd.

³²³ Eren, **a.g.e.**, s. 570.

³²⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 569 vd.; Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.56 vd.

³²⁵ YHGK, 2013 / 4-363 E., 2013 / 1596 K., 27.11.2013 T.; Y. 11. HD., 2008/314 E., 2008/1378 K., 11.02.2008 T.; Y. 3. HD., 2016/21667 E., 2017/11157 K., 06.07.2017 T., Kazancı İctihat Bankası, 08.06.2019.

³²⁶ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 170; Eren, **a.g.e.**, s. 520 vd.; Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.38 vd.

verilmektedir. Zarar ile hukuka aykırı fiil arasında uygun illiyet bağı yoksa, haksız fiil sorumluluğundan da bahsedilemeyecektir³²⁷.

Nitekim Yargıtay 13.HD, 25.05.2000 tarihli, 2000/2892 E. 2000/5141 K. sayılı illiyet bağına ilişkin kararında ölüm olayının, hekimlerin eksik tedavi ve müdahaleden kaynaklandığının hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde kanıtlanması gerektiği, hatta bununla da yetinmeyip, eksik tedavi ve müdahaleye rağmen ölüm olayı her halükarda gerçekleşecek idiyse bu durumda dahi hekimlerin sorumluluğundan söz edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir³²⁸.

Yargıtay 13. HD 2012/25340 E., 2013/5986 K. sayılı, 11.03.2013 tarihli kararında ise davacının, davalı Özel C... Hastanesinde, diğer davalı hekim tarafından ameliyat edildiği, ameliyatta gerek bulunmadığı halde yumurtalıklardan birinin ve rahminin alındığı, ameliyatın biyopsi yapılmadan gerçekleştirildiği, bu nedenle gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği, tıbbi kurallara uyulmadığı iddiasıyla ikame ettiği tazminat davasının yerel mahkemece reddi üzerine davacının temyiz talebi incelenmiştir. Hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu raporunda davacının düzensiz vajinal kanama şikayeti ile davalılara başvurduğu, batın içi yapışıklıklar ve hastanın yaşı gibi durumlar dikkate alındığından davalıların subtotal histerektomi ameliyatı yapabileceğinin kabulü gerektiği, davacıda bırakılan uterusun alt kısmının tespit edilen hipofiz heparplaszi ile illiyetinin bulunmadığı, üstelik davacının overinin alınmamış olduğunun anlaşıldığı, bununla birlikte davalı hekimin histerektomi parçasını patolojiye göndermemesinin bir eksiklik olduğu, fakat bu eksikliğinde davacının şikayetleri ile bir ilgisi bulunmadığı belirtilmiştir.

Yargıtay, davacıdan alınan parçaların patolojiye gönderilmemesinin eksiklik olması ve asgari düzeyde dahi olsa davacının bu eksiklik nedeniyle tedirginlik yaşamasının kaçınılmaz oluşu karşısında hekimin, tüm tereddütleri ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirleri almakla yükümlü olduğunu, tüm endişeleri izale etmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca Adli Tıp Kurumunun yalnızca illiyet bağı bulunmadığı yönünde görüş verip konuya ilişkin açıklamalı değerlendirme yapmamış olmasını da eksiklik olarak değerlendirmiştir. Kalan uterus nedeniyle

³²⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 570; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 302.

³²⁸ Kazancı İçtihat Bankası, 04.02.2018.

davacı bakımından başka bir ameliyat gerekip gerekmeyeceği, gerekmiyorsa muhtemel risklerin ne olacağı gibi hususlar değerlendirilip davacı bu hususta aydınlatıldıktan ve rızası alındıktan sonra hareket edilmesi gerektiği vurgulanmış; hükmün sonunda yapılması gerekenin üniversitelerin ilgili bölümünde görevli, aralarında kadın hastalıkları ve patoloji uzmanları bulunan bir heyetten rapor alınması gerektiği belirtilmiş ve böylece yerel mahkeme kararı bozulmuştur³²⁹.

TBK m.72 uyarınca haksız fiil sorumluluğu için öngörülen zamanaşımı süresi zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıldır. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır³³⁰.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastane, hastaya karşı yalnızca tıbbi tedavi ile değil, yukarıda detaylı olarak izah edilen yükümlülükleri ile de sorumludur. Bu yükümlülüklerden herhangi birinin veya birkaçının ihlali sebebiyle zarara maruz kalan kişi, hastaneye kabul sözleşmesinin ihlaline dayanabileceği gibi haksız fiil sorumluluğuna da dayanabilecektir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, haksız fiil sorumluluğunda zararı ve sorumlusunun kusurunu, mağdur olan kişinin ispatlaması gerektiğidir³³¹.

Haksız fiil sorumluluğunda kusur genellikle ihmal şeklinde karşımıza çıkmakta, kasta pek rastlanılmamaktadır. Örneğin hastanenin yeteri kadar ısıtılmaması, yemeklerin tazeliğinin korunamaması, kullanılan araçlarda sterilizasyonun sağlanamamış olması, alet ve edevatları ehil olmayan kişilerin kullanması, teknolojik gelişmelerin çok gerisinde hizmet verilmesi gibi sebeplerle hastanın durumunun ağırlaşması, tedavinin yanıt vermemesi halinde hasta, hastane işleticisinin kusurlu olduğundan bahisle haksız fiil sorumluluğuna dayanabilecektir³³².

³²⁹ Kazancı İçtihat Bankası, 04.02.2018

³³⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 830-838; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 608-624; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.II, s.72-80.

³³¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 522 vd.; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.II, s.81.

³³² Hakeri, **a.g.e.**, s.594

4.7.2. Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluk (TBK m.66)

Bir kusursuz sorumluluk hali olan TBK m.66 uyarınca adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu sorumluluğun kaynağını, adam çalıştıranın, çalıştırdığı kişileri seçmede, denetlemede ve onlara talimat verirken, iş yeri çalışma sistemini düzenlerken gerekli dikkat ve özeni gösterme, işletme faaliyetleri sebebiyle doğacak zararları önleme yükümlülükleri oluşturmaktadır. Nitekim bunları yerine getirdiğini ispatlayan kişi, TBK m.66 kapsamında sorumlu tutulamayacaktır³³³.

Bu sorumluluğa dayanmak için de yine hukuka aykırı bir fiil, üçüncü bir kişinin bu fiil dolayısıyla zarar görmesi ve fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı aranacak olmakla birlikte TBK m.66, kusura dayanan bir sorumluluk türü değildir. Adam çalıştıranın üçüncü kişilerin zararından sorumlu tutulması için çalıştırılan kişinin veya adam çalıştıranın kusurlu olması gerekmeyip bu durum kusursuz sorumluluk hallerinden biridir. Çalıştırılan kişinin kusurlu olup olmadığı ancak adam çalıştıranın kendisine rücu edip edemeyeceği hususunda önem taşımaktadır. Burada mağdur kişi, zarar verenin adam çalıştıran tarafından çalıştırıldığını, fiilinin hukuka aykırı bir fiil olduğunu ve fiil ile maruz kaldığı zarar arasındaki uygun illiyet bağını ispatlamakla yükümlüdür. Çalıştırılan kişinin kusurlu olması gerekmeyip adam çalıştıran kişi bu sorumluluktan ancak çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz³³⁴.

TBK m.66/I, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zarardan, m.66/III ise işletmenin faaliyetleri sonucu meydana gelen zarardan sorumluluğu düzenlemektedir. Bu nedenle TBK m.66 kapsamında adam çalıştıranın sorumluluğuna dayanabilmek için söz konusu zarar, ya adam çalıştıranın vermiş olduğu iş görülürken ya da işletme faaliyetleri sebebiyle doğmuş olmalıdır³³⁵. Örnekle somutlaştırılacak olursa, hemşirenin kan almak için yaptığı tıbbi müdahale sonucunda hastanın kolu morarmaya, şişmeye ve / veya kanamaya başladığında

³³³ Eren, **a.g.e.**, s. 618-629; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 424-431; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.II, s.141-154.

³³⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 618-629; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 424-431; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.II, s.141-154.

³³⁵ Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, C.II, s.150-153; Gözpinar Karan, **a.g.e.**, s. 128.

hasta, adam çalıştırıcı sıfatıyla özel hastane işleticisinden gördüğü zararın tazminini talep edebilir. Bu durum, adam çalıştırıcının verdiği işin görülmesi sırasında meydana gelen zarar örneğidir. Özel hastane işleticisi bu zararı tazmin etmekten ancak çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse kurtulur. Hemşirenin kusurlu olduğu ölçüde, özel hastane tarafından kendisine rücu hakkı saklıdır³³⁶.

Özel hastanenin ısıtma, kanalizasyon, elektrik, tıbbi cihaz çalıştırılması gibi sistemleri sebebiyle çevreye verilen zarar ise işletmenin faaliyetleri sonucu meydana gelen zarara örnektir. Özel hastane bu zarardan işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe sorumludur³³⁷.

Bu kusursuz sorumluluk özen ve gözetim borcuna dayanan bir sorumluluk türü olup buradaki objektif özen kriterinde adam çalıştırıcının kişisel durumunun önemi bulunmamaktadır. Kusuru bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, yalnızca adam çalıştırması, iş sebebiyle üçüncü kişilere verilen zararlardan sorumlu olması için yeterlidir³³⁸.

Bu şartları sağlamak kaydıyla zarar gören kişi, TBK m.66 kapsamında özel hastaneye, çalıştırdığı personellerinin işlerini yaparken verdikleri zararlar sebebiyle başvurabilecektir.

Zamanaşımı bakımından yine TBK m.72 geçerli olmakla birlikte, özel hastanenin çalıştırdığı personeline rücu etmesi haline uygulanacak zamanaşımı süresi ise TBK m.73'te düzenlenmiştir. Buna göre rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar³³⁹.

³³⁶ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.309-315.

³³⁷ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.309-315.

³³⁸ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.146-150.

³³⁹ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.155-156; Eren, **a.g.e.**, 630.

4.7.3. Gerçek Vekaletsiz İş Görme Sebebiyle Sorumluluk

Bazen hastalar özel hastaneye gelip bizzat tedavi için sözleşme ilişkisine girmese de içinde bulundukları durum, özel hastanenin hasta tarafından yetkilendirilmediği bir hususta müdahalesini gerektirebilir. Örneğin acil hizmetleri, ameliyat esnasında gelişen ve daha önceden öngörülemeyen komplikasyonlara yönelik müdahaleler bunların en sık rastlanan şeklidir.

Gerçek vekaletsiz iş görme, başkasına ait işin, işi görme yetkisi bulunmayan kişi tarafından iş sahibinin menfaatine olarak görülmesidir³⁴⁰. Tanımdan da anlaşılacağı üzere gerçek vekaletsiz iş görmeden bahsedebilmek için başkasının (iş sahibinin) işi olması, işin görülmesinde iş sahibinin menfaati işi görenin menfaatinden fazla olması, işi görenin bu işi görmeye yetkilendirilmiş olmaması ve işin görülmesinin iş sahibi için zorunlu olması gerekmektedir³⁴¹.

Gerçek vekaletsiz iş görme, TBK m.526 ve devamı hükümlerde düzenlenmiş olup öncelikle vekaletsiz işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür. Sorumluluğun neye göre tayin edileceği ise TBK m.527'de yer almaktadır. Buna göre vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.

İşgören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, iş gören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur³⁴².

Her ne kadar 527/I'de işgörenin işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapması halinde sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirileceği düzenlenmişse de her daim insan hayatının söz konusu olduğu ve genel mahiyeti zaten tehlikenin bertaraf edilmesi olan sağlık hizmetlerinde

³⁴⁰ Gümüş, **a.g.e.**, s. 225.

³⁴¹ Gümüş, **a.g.e.**, s.228.

³⁴² Gümüş, **a.g.e.**, s.233.

sorumluluğun daha hafif değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır. Aksi takdirde acil vakıalarda sorumluluğun daha az olduğu gibi bir anlam çıkar; ki bunun kabulü mümkün değildir. Özel hastane her koşulda, aynı veya benzer standartlardaki bir özel hastanenin yerine getirmesi gereken dikkat ve özeni göstermek zorundadır³⁴³.

TBK m. 527/II gereği özel hastane işleticisinin hastanın önceden tedaviyi reddettiğini bilmesi veya bilmesi gerekmesine karşın müdahalede bulunması halinde meydana gelen bütün zararlardan ve beklenmedik hallerden dahi sorumluluğu doğar. Dolayısıyla bu sorumluluktan tıbbi müdahalenin hasta menfaatine olmasını ispatlayarak kurtulmak mümkün değildir. Bu sorumluluktan kurtulmak için özel hastanenin, müdahalede bulunulmasaydı dahi aynı zararın beklenmedik hal sebebiyle gerçekleşeceğini ispatlaması gerekmektedir. Ne var ki hastanın talebinin hukuka ve / veya ahlaka aykırı düşmesi halinde hastane işleticisi elbette hastanın beyanı ile bağlı olmayacaktır. Hastanın yaşamını devam ettirmemek için tedaviyi reddetmesi bu durumun en sık rastlanan örneğidir³⁴⁴.

Vekaletsiz iş görmenin yardımcı şahıs kullanılarak yapılması halinde de yine TBK m.116 hükmü geçerli olacaktır³⁴⁵.

Vekaletsiz iş görme sebebiyle ileri sürülecek taleplerde de sözleşmeye aykırılığa ilişkin on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.

4.7.4. Hastaneye Dışarıdan Çağrılan Hekimin Fiillerinden

Sorumluluk

Özel hastanede gerçekleştirilecek tıbbi tedavi için gerek özel hastane tarafından gerekse hasta tarafından dışarıdan hekim çağırılması mümkün olup bu uygulamaya günümüzde de sıklıkla rastlanmaktadır. Çağrılan hekim, hastanenin kadrolu hekimi olmayıp başka bir sağlık kuruluşunda çalışıyor olabileceği gibi özel kliniğinde (muayenhanesinde) hizmet veriyor olabilecektir³⁴⁶.

³⁴³ Ayan, **a.g.e.**, s. 166.

³⁴⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 166.

³⁴⁵ Gümüş, **a.g.e.**, s. 225.

³⁴⁶ Ayan, **a.g.e.**, s. 152.

Hekimin hasta tarafından çağırılması halinde hekim ve hastane arasında hiçbir hukuki bağ bulunmadığından hastane yalnızca tıbbi tedavinin gerçekleştirileceği kurum, merkez haline gelir. Bu nedenle de tıbbi tedavi sebebiyle herhangi bir sorumluluğu bulunmaz ve yalnızca organizasyon kusurundan sorumlu olur. Örneğin, hastanın dışarıdan çağırılmış olduğu hekimin ameliyatı başarılı bir şekilde gerçekleştirmesine karşın hastanede kullanılan tıbbi cihazlardan veya ameliyathanede görevli hastane personelinin hatasından kaynaklanan bir zarar meydana geldiğinde özel hastane bu zarardan sorumlu olur. Fakat hekimin tıbbi tedavide bir hataya düşmesi, gerekli dikkat ve özeni göstermemesi gibi haller sebebiyle meydana gelen zararlar için hasta, özel hastaneye başvuramayacaktır. Zira hasta ve hekim arasında hastaneden bağımsız bir vekalet ilişkisi kurulmuştur³⁴⁷.

Hekimin özel hastane tarafından çağırılması halinde işin belli bir bölümünün mü yoksa bütününün mü çağrılan hekim tarafından yürütüleceği, sorumluluğun tayini bakımından önem taşır. Şayet tedavi özel hastanede ve büyük ölçüde hastane personellerince ve / veya hekimlerince gerçekleştirilecek, fakat işin belli bir bölümü için dışarıdan gelen hekimden yardım alınacaksa, bu hekimin fiillerinden sorumluluğun, TBK m.116'da düzenlenen yardımcı şahsın fiillerinden sorumluluk ilkelerine göre tayin edilmesi gerekir³⁴⁸.

Ancak özel hastane tarafından üstlenilen tıbbi tedavi yükümlülüğünün tamamının dışarıdan çağırılan hekime bırakılması halinde şartlarına göre ikame vekalet veya alt vekalet ilişkisi söz konusu olur³⁴⁹.

Hastanenin, kendi adına yapmış olduğu bir sözleşme ile tıbbi tedaviye ilişkin yükümlülüklerini dışarıdan çağırılan hekime bırakması halinde alt vekalet ilişkisi söz konusu olur. Zira burada hasta ile dışarıdan çağırılan hekim arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmayıp hastane ile hasta arasında ve hastane ile dışarıdan çağırılan hekim arasında olmak üzere iki ayrı sözleşme vardır³⁵⁰.

İkame vekalet halinde ise hastane, dışarıdan çağırılan hekime, tıbbi tedaviyle ilgili yükümlülüklerini devrederken dışarıdan çağırılan hekim de hasta ile doğrudan hukuki

³⁴⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 152; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s.133; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.303.

³⁴⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 152; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s.302.

³⁴⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 152.

³⁵⁰ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 304.

ilişki içine girmektedir. Örneğin hasta ile ilgilenen asıl hekimin izne ayrılacak olması sebebiyle hastanenin dışarıdan hekim çağırarak tedavinin bundan sonraki sürecini bu hekimle yürütmesi veya ameliyat esnasında ameliyatı gerçekleştiren hekimin ani gelişen sağlık problemi sebebiyle ameliyata dışarıdan çağrılan hekimin devam etmesi hallerinde ikame vekalet ilişkisi mevcuttur³⁵¹.

Belirtmek gerekir ki TBK m.506 gereği genel kural vekalet ilişkisinden doğan borcun bizzat müvekkil tarafından tayin edilen vekilce ifası, yani şahsen ifadır. İşin üçüncü bir kişiye gördürülmesi ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde mümkündür. Vekil bu kapsamda başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Ancak vekil, başkasına vekalet vermeye yetkili değilse onun fiillerinden kendi fiili gibi sorumlu tutulacaktır³⁵².

Ne var ki Yargıtay eski tarihli bir kararında³⁵³ yalnızca bir ameliyat için dışarıdan çağrılan hekimin uyguladığı tedaviden, alt vekalet veya ikame vekalet hususlarını tartışmaksızın özel hastanenin de kusura dayanmayan bir sorumluluk hali olan adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında sorumlu olduğuna dair hüküm tesis etmiştir.

4.8. Sorumsuzluk Anlaşması

Bir sözleşme ilişkisinde, tarafların karşılıklı anlaşması ile sözleşmenin bir hükmü veya asıl sözleşmeye ek niteliğindeki başka bir sözleşme ile borçlunun, borcun kendisi veya yardımcı kişileri tarafından gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararlardan sorumlu olmayacağının kararlaştırılması mümkündür³⁵⁴. Zira maddi ve manevi tazminat hakları kullanılması zorunlu olan haklar olmayıp hak sahibinin bunları kullanmaktan feragat etmesi veya tarafların zarar henüz doğmadan buna kimin katlanıp kimin katlanmayacağını kararlaştırmaları, hatta daha ağır sorumluluk şartları düzenlemeleri dahi geçerlidir³⁵⁵. Böyle bir anlaşma yapılabilmesi,

³⁵¹ Tandoğan, **a.g.e.**, C. II, s. 458.

³⁵² Gümüüş, **a.g.e.**, s. 143-144; Yavuz, **a.g.e.**, s.647.

³⁵³ Yargıtay 13. HD, 1982/7237 E., 1983/1783 K., 14.03.1983; Kazancı İçtihat Bankası, 24.03.2018

³⁵⁴ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.878 vd.; Şenocak, **a.g.e.**, s.235 vd.; Eren, **a.g.e.**, s.1086; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 439 vd.

³⁵⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.235 vd.; Eren, **a.g.e.**, s.1086.

sözleşmenin her iki tarafı için de sözleşme serbestisi ilkeleri kapsamında değerlendirilmekte ve geçerli kabul edilmektedir³⁵⁶.

Yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 99'da yer alan *“Hile veya ağır kusur halinde düşer olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen beraetini tazammun edecek her şart, batıldır. / Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mesuliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hakim, bu şartı batıl addedebilir.”* hükmü, hastanenin kendi kusuruna ilişkin sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşmasıyla kaldırılıp kaldırılamayacağına çözüm getirmekteydi. Hükmün ikinci fıkrası uyarınca hastaneler, yetkili makamlar tarafından verilen bir imtiyaz suretiyle sanat icra eden kuruluş olduklarından, hafif kusur halinde sorumluluklarını bertaraf eden anlaşmalar yapabiliyor; ancak bu anlaşmaların geçerliliği hâkimin takdirine bırakılıyordu. Doktrinde³⁵⁷ ise halihazırda mağdur durumda olan hastanın üstüne bir de sözleşmenin zayıf tarafı olması nedeniyle, hastanenin sorumsuzluk anlaşması yapmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğunu, hâkimin anlaşmayı geçersiz sayması gerektiğini savunan birçok yazar olmuştur.

Yardımcı şahısların kusurlarına ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları ise 818 s. BK m. 100'de düzenlenmiş olup madde hükmü; *“Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettileri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür.*

Bunların fiilinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir.

Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir.” şeklindeydi. Yani yetkili makamlar tarafından verilen bir imtiyaz suretiyle sanat icra eden hastaneler,

³⁵⁶ Eren, **a.g.e.**, s.1086.

³⁵⁷ Ayan, **a.g.e.**, s. 119; G. Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, Doktora Tezi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 67; Ali Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, Doktora Tezi, Olgaç Matbaası, 1977, s. 244

yardımcı şahısların ancak hafif kusurundan sorumlu olmayacakları yönünde anlaşmalar yapabilirken, bu anlaşmaların geçersiz kılınabilmesi için hâkimlere 99. maddedeki gibi bir takdir yetkisi tanınmamakta; bu şekildeki anlaşmalar geçerli kabul edilmekteydi. Bu madde de yukarıda hastanelerin kendi kusurlarına ilişkin yaptıkları sorumsuzluk anlaşmalarında izah olunan gerekçelerle eleştirilmekte, hâkimin böyle anlaşmaları geçersiz kılması gerektiği, bu anlaşmaların Türk Medeni Kanunu m.2'ye aykırılık oluşacağı savunulmaktaydı. Zira tıbbi tedavi için özel hastaneye başvuran hastanın önüne, hekimin hafif kusurundan sorumlu olunmayacağı şartını içeren bir sözleşme konulması hastanın bütün güvenini sarsacak ve tedaviyi o hastanede yaptırmaktan vazgeçmesine yol açabilecektir³⁵⁸. Kanaatimizce de sözleşmenin esaslı unsuru olan işin özenle yapılması yükümlülüğü ve diğer yükümlülükler olan hastanın tıbbi tedavisi, bakımı ve her ne kadar sonuç borcu içermese de hastanın iyileşmesi için gerekli her türlü müdahalenin tıbbi standartlara uygun olarak yapılması edimleri düşünüldüğünde, sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi, hastaneye kabul sözleşmesinin amacına, ruhuna aykırı düşmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle izah edilen iki tip sorumsuzluk anlaşması da kesin hükümsüz kabul edilmiş ve bu tartışmalar son bulmuştur. Şöyle ki;

TBK m. 115 uyarınca genel kural, borçlunun yalnızca ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin yaptığı anlaşmaların geçersizliğidir. Ancak hastaneler açısından m. 115/3 geçerli olup ilgili madde hükmü “ ... *Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” şeklinde tanzim edilmiştir. Dolayısıyla hâkimin takdir yetkisi bulunmaksızın, hastanelerin hafif kusurlarına ilişkin olarak yapacakları sorumsuzluk anlaşmaları da kesin hükümsüz addedilecektir. Ayrıca dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, 6098 s. TBK ile birlikte yetkili makamların verdiği imtiyazla yürütülen her meslek için değil; aynı

³⁵⁸

Hatırmaz Erol, **a.g.e.**, s.318.

zamanda uzmanlık gerektiren meslekler için sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olacağıdır.

Yardımcı şahsın kusurundan sorumluluk ise TBK 116'da düzenlenmiş olup buna göre genel kural yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğun, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilmesidir. Ancak mesleğin icra edildiği şekli bakımından hastaneler TBK m. 116/3'e tabi olup ilgili madde hükmü " ... *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.*" Şeklindedir. Yani hastanelerin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacaklarına ilişkin önceden yapılan sorumsuzluk anlaşmaları da yine kesin hükümsüz olacaktır.

Kanaatimizce 6098 s. Türk Borçlar Kanunu ile getirilen düzenlemeler, eski kanun uygulamalarından daha isabetlidir. Zira eski kanun döneminde doktrinde de savunulduğu üzere hasta bu ilişkinin zayıf tarafıdır ve sağlık hakkı gibi yaşama hakkının en önemli parçası olan hakkını korumaya çalışmaktadır; hatta çoğu zaman muhtaçtır. Bu nedenle her biri farklı sosyokültürel özelliklere sahip hastalara, önlerine koyulan matbu metinleri imzalattırarak karşı tarafın sorumluluğunun bertaraf edilmesinin sağlanması gerçekten de dürüstlük kuralına ve hakkaniyete aykırı düşmektedir. Bu nedenle hastanenin yapacağı sorumsuzluk anlaşmalarının hafif kusura ilişkin dahi olsa hâkimin takdir yetkisine gerek kalmaksızın kesin hükümsüz sayılması adil ve hakkaniyetli olandır.

4.9. Tazminat ve Dava Hakkı

Özel hastanelerin, tam hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında hastalara karşı hangi yükümlülükleri üstlendikleri ve bunların ihlali halinde hastaların hangi hukuki sebeplere dayanarak, hangi tür sorumluluk esaslarına göre yasal yollara başvurabileceği yukarıda detaylı izah edilmişti. Şartlarının bulunmasına bağlı olarak hastaların, sözleşme sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu, adam çalıştıranın sorumluluğu, yardımcı şahsın fiillerinden sorumluluk, vekaletsiz iş görme gibi

müesseselere başvurması mümkün olacaktır. Bunların şartlarına yukarıda yer verildiğinden bu bölümde tekrar anlatılmayacaktır.

TBK m.50 gereği zarar gören zararını ispatla yükümlü olup zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir. Bu kapsamda hak sahiplerinin açabileceği tazminat davalarına ilişkin usul ve esaslar aşağıda incelenecektir.

4.9.1. Maddi Tazminat

Bilindiği üzere sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi ile zarar veren, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermekle yükümlü olacaktır³⁵⁹. Bu kapsamda maddi tazminat, hastanın, hastanenin yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle maruz kaldığı harcamaların ve maddi zararın karşılığı niteliğindedir³⁶⁰.

TBK m.50, zarar gördüğünü iddia eden tarafa zararını ispatlama yükümlülüğü getirmiştir. Hükmedilecek tazminatın miktarı zararın miktarını aşmaması gerektiğinden, zararın hesaplanması konusu önemlidir³⁶¹.

TBK m.50/2, zararın gerçek miktarının davacı tarafça tam olarak ispat edilememesi halinde hakime, hayatın olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri de göz önünde bulundurarak hakkaniyete uygun bir tazminat tutarı belirleyebilme yetkisi vermiştir. Hakime tanınan takdir yetkisi sadece zararın tam olarak hesaplanmasının mümkün olmadığı durumlarda geçerli olup bu durumda hakim haksız fiilin meydana geldiği tarihte hayatın olağan akışına göre meydana gelebilecek zararları ve davacının mahrum kalacağını iddia ettiği kazançların elde edilmesini güçlü olarak

³⁵⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 724; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.583.

³⁶⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s.632.

³⁶¹ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.85; Eren, **a.g.e.**, s. 724; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.583.

gösteren unsurları dikkate almalıdır³⁶². Ayrıca haksız fiil zarar verirken diğer taraftan bir fayda sağlamış aktifin azalmasına yahut pasifin artmasına engel olmuşsa bunların da hesaplanan zarardan mahsup edilmesi gerektiği unutulmamalıdır³⁶³.

Uygulamada tazminat miktarının hesaplanması için alanında uzman bilirkişilere başvurulmaktadır³⁶⁴.

4.9.1.1. Bedensel Zararlar

TBK m.54 bedensel zararların, özellikle tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olduğunu belirtmiştir.

Tedavi giderleri, zarar gören kişinin bedensel ve / veya ruhsal bütünlüğünün bozulmuş olması sebebiyle sağlığının eski haline getirilmesi, eski hale getirilemiyor ise daha kötüye gitmesinin engellenmesi için yapması gereken masraflardır³⁶⁵. Hastanın başka bir sağlık merkezine götürülmesi için gereken ulaşım masrafları, farklı bir yerde konaklayacak ise konaklama masrafları, sağlık merkezine yapılan ödemeler, ilaç giderleri, sağlık merkezine yapılan ödemeler dışında kullanmak zorunda olduğu için medikal malzemelere (protez, korse, değnek gibi) yapılan ödemeler tedavi gideri olarak kabul edilmektedir³⁶⁶.

Dikkat edilmesi gereken husus ise tedavi giderleri adı altında talep edilen masrafların, hak sahibinin sosyal ve ekonomik durumuna uygun olup olmadığının tespit edilmesi ve tazminat hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesidir. Zira MK m.2 uyarınca herkes haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket etmekle yükümlüdür. Örneğin hasta, yukarıda sayılan tedavi giderlerini kendi karşılayacak ve özel hastaneden herhangi bir talepte bulunamayacak olsa idi daha düşük ücretleri olan bir merkeze başvuracak veya daha uygun bir ulaşım yöntemi seçecek idiyse bu durum dikkate alınmalı ve davacının sosyal-ekonomik durumuyla

³⁶² Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.87; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.579 vd.; Kılıçoğlu, a.g.e., s.523.

³⁶³ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.89; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.586 vd.

³⁶⁴ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.87.

³⁶⁵ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.93; Kılıçoğlu, a.g.e., s.527.

³⁶⁶ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.93; Kılıçoğlu, a.g.e., s.527.

bağdaşmayan, lükse kaçan, sırf hastane karşılayacak diye yapılan masraflardan özel hastanenin sorumluluğu cihetine gidilmemelidir³⁶⁷.

Şayet hastanın tedavi giderleri bir sosyal güvenlik kurumu (veya sigorta şirketi vs) tarafından karşılanmış ise özel hastaneden, kurumca karşılanan giderler talep edilemeyecektir. Ancak bu durumda sosyal güvenlik kurumunun rücu hakkı saklıdır³⁶⁸.

Zarar görenin gördüğü zarar sebebiyle bir bakıcı tarafından bakılması zarureti doğmuşsa bakıcı giderleri de tedavi giderlerine dahil edilir. Ancak yanında kendisine bakmakla yükümlü olan ve örneğin çalışmadığı için bu bakımı yapabilecek konumda olan birileri varsa, bu durum dikkate alınarak bakım giderlerinde indirim yapılabilir³⁶⁹.

Nitekim Yargıtay 4. HD., 2006/4654 E., 2007/3161 K. sayılı kararında, “Zararlandırıcı olay sonucunda başkasının bakım ve yardımına muhtaç olunması nedeniyle maddi zarara dahil bulunan bakıcı ücretinin belirlenmesinde; bakıma muhtaç davacının aile birliği içinde kendisine baktırmada şayet evli ise eşinin yardımından yararlanmasının Medeni Kanun'un 151. (4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 185.) maddesinde öngörülen müzaharet (yardım) yükümünün bulunması ve yine başkasının bakımına muhtaç davacının her halde gelirinden bakım için bir miktar pay ayırması gerekeceğine ilişkin olgular gözönünde tutulmalı ve hesap edilen bakıcı zararından Borçlar Kanunu'nun 43-44. maddeleri uyarınca bir miktar indirim yapılmalıdır. Davaya konu olayda, bunun %50 oranında yapılması dosya kapsamına uygun düşmektedir...” şeklindeki gerekçe ile davacının eşinin ona bakmakla yükümlü olduğundan ve bakabilecek durumda olduğundan hareketle bakıcı giderinde önemli ölçüde indirim yaparak yerel mahkeme kararını bozmuştur³⁷⁰.

Kazanç kaybı ise bedensel zarara uğramış olan kişinin bu sebeple kısmen veya tamamen çalışamaması sebebiyle maruz kaldığı zarardır. Bu zararın tazminine

³⁶⁷ Eren, **a.g.e.**, s.745.

³⁶⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.527.

³⁶⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.527.

³⁷⁰ www.kararara.com, (Çevrimiçi) 12.06.2019.

hükmedilirken hüküm tarihine kadar olan zarar hesaplanır³⁷¹. Üstelik zarar hesabına yalnızca çalışmama sebebiyle maruz kalınan zarar değil, örneğin aynı işi bir başkasına yaptırmak durumunda kalınması sebebiyle uğranılan zarar da dahil olacaktır³⁷². Ayrıca bu zararlar sadece maaş veya ticari kazanç şeklinde olmayıp yan ödemeler ve çalışılsa idi alınacak ücret artışlarını da kapsamaktadır³⁷³.

Bedensel zarara uğrayan kişinin, devamlı veya geçici olarak, kısmen ya da tamamen beden ve fikir gücünü gelir getirici şekilde kullanamaması sonucunda çalışma gücü kaybından doğan zarar meydana gelir³⁷⁴. Çalışma gücünün geçici kaybında, iyileşme tarihine kadarki zararlar hesaplanır. Sürekli kayıplarda ise maruz kalınan zararın, kişinin sosyal-ekonomik durumu, ortalama çalışma ve yaşama (bakiye ömür) süresi gibi esaslar dikkate alınarak geleceğe etkisi hesaplanır. Bu hesaplamalar, alanında uzman bilirkişilerce yapılan teknik hesaplamalardır³⁷⁵. Şayet tazminat alacaklısı durumuna uygun başka bir işte çalışıyor ise önceki işi ile sonraki işi arasındaki (varsa) fark, zarar hesaplamasında dikkate alınacaktır³⁷⁶.

Zarar gören önemli bir acı vermeyen ve risk taşımayan tıbbi bir tedavi veya müdahale ile çalışma gücü kaybı azalabilecek durumda ve tazminat yükümlüsü bunun masraflarına katlanmayı kabul ediyorken buna karşın zarar gören tedaviyi reddederse hakim, tedavi yapılmış olsa idi çalışma gücü kaybı ne oranda olacaksa bunu dikkate alarak hesaplama yapabilecektir³⁷⁷.

Zarar gören kişinin çocuk olması durumunda ise ailesinin sosyal ve ekonomik durumu ile kendisinin eğitim durumu da dikkate alınarak ileride muhtemel olarak yöneleceği meslek belirlenecek ve buna göre hesaplama yapılacaktır³⁷⁸.

Çalışma gücü kaybı tazminatları hesaplandıktan sonra, kişinin sağlık durumunun iyiye gitmesi, zararının azalması için gerekli tedbirleri alıp almadığına göre

³⁷¹ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.94.

³⁷² Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.97; Gözpınar Karan, **a.g.e.**, s.169.

³⁷³ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.94.

³⁷⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.528; Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.97; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.605 vd.

³⁷⁵ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.98.

³⁷⁶ Eren, **a.g.e.**, s.748; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.605 vd.

³⁷⁷ Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, Sermet Matbaası, Ankara 1976, s.570; Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.97.

³⁷⁸ Eren, **a.g.e.**, s.748

tazminatta indirim yapılması mümkündür. Örneğin tedavinin gereklerine uymayan hasta için tazminat tutarında indirim yapılması gerekir³⁷⁹.

Bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişi çalışma gücünü tamamen korusa dahi mesleği gereği, iş piyasasında veya rekabet ortamında eski konumunu korumakta güçlük çekebilir. Bu durumda ekonomik geleceğin sarsılması zararı gündeme gelecektir. Örneğin dış görünüşü büyük ölçüde değişen bir manken, sesi kalitesini yitiren bir sanatçı, tik sahibi haline gelen bir oyuncu için ne kadar sağlıklı olunursa olunsun mesleklerinde eski başarıyı yakalayamayacakları aşıkardır. Bu durumda da yine sosyal ve ekonomik durum ile meslekteki kazanç miktarı dikkate alınarak her iki taraf için de uygun bir tazminat miktarının belirlenmesi gerekecektir³⁸⁰.

4.9.1.2. Ölüm Halinde Tazminat

Ölüm halinde uğranılan zararlar ise TBK m.53'te düzenlenmiştir. İlgili madde;

“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.”*

Şeklinde düzenlenmekle ölüm halinde uğranılan zararları üç başlık altında toplamıştır.

Cenaze giderleri, ölenin yaşadığı yerin örf ve adetine göre cenaze dolayısıyla yapılan giderlerdir. Örneğin cenaze nakil masrafları, mezarlığın yapılması için gereken masraflar, ilan giderleri bunların başında gelir³⁸¹.

Ölüm hemen gerçekleşmemişse, kusuru ile ölüme sebebiyet veren taraf (hastane ve/veya hekim), ölüm anına kadar yapılan tedavi giderlerinden ve çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplardan da sorumludur. Dikkat

³⁷⁹ Eren, **a.g.e.**, s.750

³⁸⁰ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.100-101; Eren, **a.g.e.**, s.750.

³⁸¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.529; Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.101.

edilmesi gereken husus ise destekten yoksun kalma tazminatından farklı olarak bu tazminatı talep hakkının yalnızca mirasçılara ait olmasıdır³⁸².

Destek, bir kimseye fiilen, sürekli ve düzenli bir şekilde bakan ve olayların akışına göre o kişiye bu şekilde bakması ileride de beklenen kimsedir³⁸³. Ölenin desteğinden yoksun kalanlar, ölüm anında ölenden fiili olarak destek alan ve/ veya ölenden ileride destek alması muhtemel olan kişilerdir³⁸⁴. Bir başkasını diğeri için destek haline getiren yardımların düzenli ve devamlı olması gerekir. Zira ancak düzenli ve devamlı yardımların ileride de muhtemelen devam edeceği kabul edilebilir³⁸⁵. Bunun için mirasçı olmalarına veya şahısları nezdinde bir zarar doğmuş olmasına gerek yoktur; hatta mirası reddetmiş kişi dahi bu zararın tazminini talep edebilir³⁸⁶. Çünkü bu zarar, yansıma yoluyla uğranılmış bir zarardır³⁸⁷. Zira bir kişinin bakıp gözetmekte olduğu kişiler, o kişinin haksız fiil sonucu ölümü üzerine desteklerini kaybettikleri için zarara uğramış olurlar³⁸⁸.

Ölenin desteğinden yoksun kaldığını iddia eden kişinin tazminata hak kazanıp kazanmadığının tespiti için ölüm yüzünden yaşam standardının düşüp düşmediğine bakılır. Ayrıca destek ihtiyacının devam edip etmediği de dikkate alınmalıdır³⁸⁹.

4.9.2. Manevi Tazminat

Manevi zarar, hukuka aykırı bir eylem sebebiyle duyulan acı, elem ve ıstırap ile buna bağlı olarak kişinin hayatından aldığı mutluluğun azalmasıdır³⁹⁰. Bu nedenle manevi tazminatın amacı, hukuka aykırı eylem sebebiyle doğan üzüntünün giderilmesi için zarar görende uygun bir tatmin duygusu oluşturmaktır³⁹¹.

³⁸² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.529; Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.101.

³⁸³ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.103; K. Emre Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s.64.

³⁸⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.529 vd.; Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.105; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.621; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.510.

³⁸⁵ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.103.

³⁸⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.531 vd.

³⁸⁷ Erlüle, **a.g.e.**, s.243.

³⁸⁸ Çelik Ahmet Çelik, **Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.47.

³⁸⁹ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.103.

³⁹⁰ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.257; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.492; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.655; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.553.

³⁹¹ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.257; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.553-554.

Manevi tazminat, Borçlar Kanunu'nun 56. ve 58.maddelerinde düzenlenmiştir. TBK m.58, genel olarak kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın manevi tazminat hakkından bahsederken m.56, bedensel bütünlüğün zedelenmesi ve ölüm halini düzenlemekle m.58 karşısında özel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla TBK m.58, ancak TBK m.56'nın uygulanma imkanı bulunmadığı hallerde uygulanacak; şartları mevcut ise TBK m.56 öncelikli olarak uygulanacaktır³⁹².

TBK m.56, "*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 hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*" Şeklindeki hükümle zarar görenin manevi tazminat talep hakkının yanında, ağır bedensel zarar ve ölüm halinde yakınlarının da manevi tazminat talep edebileceğini düzenlemiştir. Burada bahsi geçen yakınlık kavramı akrabalık anlamına gelmemekte olup ağır bedensel zarara uğrayan veya ölen kişiyle düzenli ve yoğun bir ilişki içinde bulunmayı ve somut olaydan etkilenmeyi baz alarak yapılması gereken bir değerlendirmedir³⁹³. Kimin yakın sayılacağı her somut olayda hakim tarafından ayrıca takdir edilecekse de genel olarak bir kimsenin sevincini ve kederini paylaştığı kimselerin yakınları olarak değerlendirileceği kabul edilebilir³⁹⁴.

Ancak yukarıda detaylı olarak izah edildiği üzere "destek" kavramı ile "yakın" kavramını karıştırmamak gerekir. Zira destekten yoksun kaldığını iddia eden kişi ile ölen arasında duygusal bağ bulunması şart değilken "yakın" sıfatıyla tazminat talep eden kişinin zarar görenle arasında duygusal bağ bulunması şarttır³⁹⁵.

Şu kadar ki Yargıtay'ın, babası öldüğü esnada henüz annesinin karnında bulunan çocuğun dahi aile kavramının içinde olduğunun kabulü ile manevi tazminat hakkının bulunduğu, manevi tazminatın sonradan doğabileceği yönünde kararı mevcuttur³⁹⁶.

³⁹² Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II s.256-257.

³⁹³ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II s.258 vd.

³⁹⁴ Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Hukuku: Manevi Tazminat**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s.351-357.

³⁹⁵ Erlüle, **a.g.e.**, s.245.

³⁹⁶ Zahit İmre / Hasan Erman, **Miras Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2018, s.232.

Manevi tazminat sorumluluğu kusursuz sorumluluk hallerinden olmamakla birlikte ağır kusur şartı da aranmaz. Zarar verenin sorumluluğunun doğması için en hafif ihmali bile yeterlidir. Kusurun ağırlığı, yalnızca tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşır³⁹⁷.

Manevi tazminat alacaklısı için bir zenginleşme, yükümlüsü için de bir cezalandırma aracı değildir. Bu nedenle alacaklısında acı, elem ve ıstırabını azaltacak tatmin oluşturmak amaçlanırken fahiş miktarlara da hükmedilmemesi gerekir³⁹⁸.

TBK m.114/2'nin "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*" şeklindeki düzenlemesi sebebiyle hastaneye kabul sözleşmesine aykırılık halinde haksız fiil hükümlerine dayanmaya gerek kalmaksızın manevi tazminat talep etmek mümkün olacaktır. Üstelik bu durumda uygulanacak zamanaşımı süresi de haksız fiil değil, borca aykırılığa ilişkin on yıllık zamanaşımı süresi olacağından tazminat hakkı sahibi daha avantajlı olacaktır³⁹⁹.

4.9.3. Tazminat Miktarının Belirlenmesi

Zararın ispat külfeti zarar gördüğünü iddia eden tarafta olmakla birlikte her zaman bu zararın gerçek miktarını ortaya koymak mümkün olmayabilmektedir. Tazminatın üst sınırı tespit edilen zarar miktarı olup bunun üstünde bir miktara hükmedilmesi mümkün değilken çeşitli sebeplerle daha az bir tazminat bedeli belirlenmesi mümkün olabilmektedir⁴⁰⁰.

Bu nedenle TBK m.50, "*Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. / 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.*" Şeklindeki hüküm ile zarar miktarının tam olarak ispat edilemediği hallerde hakime takdir yetkisi tanımaktadır.

³⁹⁷ A.e., s.254

³⁹⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 09.06.2005 tarihli 2004/11242 E. ve 2005/6197 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bankası, 12.06.2019.

³⁹⁹ Oğuzman / Öz, a.g.e., C.II, s.260 vd.

⁴⁰⁰ Oğuzman / Öz, a.g.e., C.II, s.114; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, a.g.e., s.583; Kılıçoğlu, a.g.e., s.522-523.

Hakimin tazminatın miktarını neye göre tayin edeceği ise bir sonraki hükümde düzenlenmiştir. Buna göre hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyecektir. Tazminat miktarının bu ilkelere uygun olarak hesaplanmasında alanından uzman bilirkişilerden de rapor alınması mümkündür⁴⁰¹.

Manevi tazminat bakımından ise somut bir hesaplama yöntemi bulunmamakta olup daha fazla kanaate bırakılmış bir müessese olduğundan hükmedilmesi de daha zordur. Yargıtay kararları ile yalnızca hükmedilirken dikkat edilmesi gereken ilkeler belirlenmiştir. Bunlar zarar verenin kusuru, zarar görenin birlikte kusuru, tarafların sosyal ve ekonomik durumu, zarar görenin yaşı, paranın ülkedeki satın alma gücü, manevi zararın objektif olarak getirdiği ağırlık, olayın gerçekleştiği tarih gibi sayılabilir. Ayrıca hakim bunları dikkate alırken manevi tazminatın yükümlüsü için fakirleşme, hak sahibi için de zenginleşme teşkil etmemesi gerektiğine dikkat etmelidir⁴⁰².

Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2003/3392 E., 2003/6425 K. Sayılı, 23.05.2018 tarihli kararında⁴⁰³ “Manevi tazminatın miktarını tayin etme hakkı hakimin takdirine bırakılmış olmakla birlikte hükmedilecek miktarın uğranılan zararla orantılı, duyulan acıyı hafifletecek nitelikte olması gerekir. Takdir edilecek manevi tazminat hakkaniyete uygun olmalıdır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararı karşılaması da amaç edinmemiştir. Kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmalıdır... Manevi tazminatın takdiri yapılırken tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilmeli, manevi tazminatın miktarı bir taraf için zenginleşme aracı, diğer taraf için de yıkım olmamalıdır. Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde her olaya göre değişen özel hal ve şartlar gözetilmelidir” demekle dikkat edilmesi gereken esasları sıralamıştır.

⁴⁰¹ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.87.

⁴⁰² Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.258-276; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.522-525.

⁴⁰³ Kazancı İçtihat Bankası, 28.09.2018.

Hakim, kendisine takdir yetkisi tanınan hallerde TMK m.4 uyarınca ancak hukuka ve hakkaniyete göre karar verebilir⁴⁰⁴. Bunun için öncelikle kanunun açıkça takdir yetkisi tanınması, hakimin kanun tarafından çizilen sınırlar içerisinde hareket etmesi, takdir yetkisi kullanan hakimin sübjektif davranmaması ve gerekçelerini açıkça göstermesi, takdir yetkisinin kullanılmasında üst yargı denetiminin işlemesi gerekmektedir⁴⁰⁵.

TBK m.52’de ise hesaplanan tazminat miktarından indirim yapılabilecek haller – sınırlı sayıda olmamakla birlikte - düzenlenmiştir. Buna göre zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminat indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Ayrıca tazminat yükümlüsü zarara hafif kusuruyla sebep olmuşsa ve tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecekse, hakkaniyet de gerektirdiğinde hâkim, tazminatı indirebilir⁴⁰⁶. Ancak bunlar mutlaka tazminatın indirilmesini zorunlu kılmaz. Hatta bazen durumun özelliği, aksine, indirim sebebinin dikkate alınmasına engel dahi olabilir. Örneğin failin kusurunun çok ağır olması karşısında mağdurun birlikte kusuru dikkate alınmayabilir⁴⁰⁷.

Belirtmek gerekir ki zarar görenin hukuka uygun olarak verdiği, gerekli şartları taşıyan rıza, zaten fiilin de hukuka aykırılığını engelleyecek ve faile aleyhine tazminat yükümlülüğü doğurmayacaktır. Ancak rızanın tazminatta bir indirim sebebi olarak değerlendirilmesi için hukuka aykırılığı kaldırmayan bir rızadan bahsediyor olmak veya rızanın çerçevesini aşan bir zarar doğmuş olması gerekmektedir⁴⁰⁸. Örneğin kimse medeni haklardan ve onları kullanmaktan vazgeçemez. Böyle bir anlaşma geçersizdir. Ancak buna rağmen taraflar böyle bir anlaşma yapmış ve sonunda bir taraf zarar görmüşse hakim, anlaşma geçersiz olmasına karşın zarar görenin rızasını tazminatta bir indirim sebebi olarak değerlendirebilecektir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s.92.

⁴⁰⁵ Erlüle, **a.g.e.**, s.347-354.

⁴⁰⁶ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.119-129.

⁴⁰⁷ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.119.

⁴⁰⁸ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.120; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.593-594; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, 536.

⁴⁰⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, 536-537.

Zarar görenin ortak kusuru ise hastaneye kabul sözleşmesi bakımından en çok rastlanılabilecek indirim sebebi olarak değerlendirilebilir. Zira hastanın tedavinin olumsuz seyretmesini tetikleyecek davranışları ortak kusur kabul edilecektir. Hastanın ortak kusurunun derecesi hastanenin fiilleriyle zarar arasındaki illiyet bağıını tamamen kopararak hastanenin zarardan sorumlu tutulmamasına yol açabileceği gibi yalnızca zararın doğmasında veya artmasında etkili olup tazminatta indirim sebebi olarak da değerlendirilebilir⁴¹⁰.

Tazminat miktarında indirim yapılabilecek haller söz konusu olduğunda matematiksel ve her olay için belli bir indirim oranı uygulanması söz konusu olmayıp indirim miktarı hakimın takdir yetkisine bırakılmıştır.

TBK m.55 ise tazminatın belirlenmesinde bir indirim sebebi olarak dikkate alınamayacak hususları düzenlemiştir. Buna göre kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ve ifa amacı taşımayan ödemeler indirim sebebi olarak değerlendirilemez. Bu şekilde ödemelerin yapılmış olması, hakkaniyet gerekçesiyle dolaylı olarak dahi indirime sebep gösterilemez⁴¹¹.

4.9.4. Zamanaşımı Süresi

Hasta ile yalnızca hekim arasında kurulan tıbbi tedavi sözleşmeleri vekalet sözleşmesi olarak nitelendirildiğinden tarafların sözleşmeden doğan hakları da beş yıllık zamanaşımına tabi olmaktadır. Ancak karma kombine sözleşme türü olan hastaneye kabul sözleşmeleri bakımından durum daha farklıdır.

Hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliğinin tartışıldığı ilk bölümde detaylı olarak izah edildiği gibi karma kombine sözleşmeler, birden fazla sözleşme türüne ait edimleri içinde barındıran sözleşmeler olup uygun düştüğü ölçüde, taraflar arasındaki menfaat dengesi de gözetilmek suretiyle diğer sözleşmelerin kıyasen uygulanması söz konusu olmaktadır. Hastaneye kabul sözleşmesinde de zayıf taraf hasta olduğundan, hastanın menfaatine uygun olacak biçimde, genel borca aykırılık zamanaşımı olan on yıllık zamanaşımı uygulanabilecektir. Bununla birlikte yine yukarıda sorumluluğun dayandığı esaslar bölümünde anlatıldığı gibi eğer hasta

⁴¹⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**,537.

⁴¹¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**,541; Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.II, s.129.

yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk (TBK m.116), haksız fiil sorumluluğu (TBK m.49) veya vekaletsiz iş görme gibi sorumluluk esaslarına dayanıyor ise, bunlara ilişkin zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı hususunda şüphe yoktur. Bunlardan her biri için zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı da yine yukarıda detaylı olarak anlatıldığından tekrarlanmayacaktır.

Ne var ki tazminat sebebi olan hukuka aykırı eylemin aynı zamanda bir suç teşkil etmesi hali için TBK m.72 özel bir sonuç düzenlemiştir. Buna göre tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, buna ilişkin zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Örneğin borca aykırılık için öngörülen zamanaşımı süresi on yıl olmasına karşın eğer somut olaydaki hukuka aykırı fiil taksirle adam öldürme suçunu oluşturmuşsa, daha uzun nitelikteki ceza zamanaşımı (on beş yıl) süresi uygulanacaktır.

Ancak bedensel zararlar bazen doğup sona eren nitelikte değil de gelişen, değişen, süre gelen nitelikte olabilmektedir. Yargıtay böyle durumların zamanaşımı hususunu da etkileyeceğini, zamanaşımı süresinin gelişen durumun durduğu veya ortadan kalktığının öğrenilmesiyle başlayacağını kabul etmektedir⁴¹².

4.9.5. Görevli Ve Yetkili Mahkeme

6100 s. HMK'nın 2.maddesinde düzenlendiği üzere dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Ancak özel hastanelerin tacir olması halinde sundukları hizmetin de ticari iş olarak kabul edilmesi gerektiğinden yola çıkarak gelişen Yargıtay içtihatları olmuş; bu sebeple de asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri arasında sürüncemede kalan, görevsizlik kararıyla sonuçlanan davalar görülmüştür⁴¹³.

28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 s. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile bir tarafın mesleki ve / veya ticari faaliyetini yürüttüğü, diğer tarafın ise böyle bir amaç gütmmediği vekalet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da

⁴¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2002/13-1011 E., 2002/1047 K., 11.12.2002 tarihli kararı, Kazancı İctihat Bankası, 02.01.2019

⁴¹³ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 419.

tüketici işlemi tanımı içerisine alınmış ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinin görevli olacağı düzenlenmiştir. Böylece büyük ölçüde vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olan tıbbi tedavi sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda da tüketici mahkemeleri görevli kılınmış ve asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki görev tartışması sona ermiştir⁴¹⁴.

Görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olması sebebiyle, uyuşmazlığın bedeli bakımından tüketici hakem heyetlerinin de görevli olabileceğini hatırlatmak gerekir. Zira 2019 yılı için büyükşehir belediyesi statüsünde olan illerde değeri 5 bin 650 Türk Lirası'nın altında bulunan uyuşmazlıklarda İlçe Tüketici Hakem Heyetleri, yine büyükşehir belediyesi statüsünde olan illerde değeri 5 bin 650 Türk Lirası ile 8 bin 480 Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri ve büyükşehir belediyesi statüsünde olmayan illerin merkezlerinde ve bağlı ilçelerde değeri 8 bin 480 Türk Lirası'nın altında bulunan uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri görevlidir⁴¹⁵.

Yetkili mahkeme bakımından ise HMK m.6'da yer alan davalının yerleşim yerinin genel yetkili mahkeme olması, HMK m.10'da yer alan sözleşmeden doğan davaların sözleşmenin ifa yerinde görülebilmesi kurallarına ek olarak tüketici mahkemelerinin de görevli olması sebebiyle TKHK m.73 uyarınca bu davalarda tüketicinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

⁴¹⁴ **A.e.**, s.421.

⁴¹⁵ 26.12.2018 tarihli Resmi Gazete.

BEŞİNCİ BÖLÜM

HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

5.1. Genel Bakış

Hastaneye kabul sözleşmesi ifa ile sona erebileceği gibi; azil, istifa, ölüm, ehliyetsizlik ve iflasla da sona erebilir.

5.2. Sona Erme Şekilleri ve Sonuçları

Hastane, yukarıda sayılan yükümlülükleri yerine getirmekle borcunu ifa etmiş olur. Borcun ifasının tamamlanması için hastanın iyileşmesine gerek yoktur; zira tıbbi tedavinin sonuç borcu doğurmadığını izah etmiştik. Buna göre tıbbi standartlara uygun olarak tedavi düzenleyen ve uygulayan, bunları yerine getirirken de azami dikkat ve özen gösteren hastane bakımından sözleşme ifa ile sona erer.

Hastaneye kabul sözleşmesine genellikle vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulandığından TBK m.512 incelenecek olursa, vekalet veren ve vekil bakımından her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilme hakkı düzenlendiği görülecektir. Vekalet sözleşmesinin karşılıklı güven prensibine dayandığı dikkate alındığından bu yönüyle diğer sözleşme türlerinden ayrıldığı, haliyle tek taraflı fesih hakkının sözleşmenin niteliği gereği olağan olduğu ihtilafsızdır.

Ancak kanunumuz bu hakkın kullanılmasını “uygun zaman” kısıtlaması ile serbest bırakmış; uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren tarafın, karşı tarafın bundan doğan zararını tazminle yükümlü olacağını belirtmiştir.

Bununla birlikte, hasta istediği zaman tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdirebilirken hekimin istifası, daha özel nitelikteki Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 19’da bir takım şartlara tabi tutulmuştur. Şöyle ki;

“Tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir.

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

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

Öyleyse tedaviyi bırakmak isteyen hekim (tam hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastane) bunu somut olaya göre makul görülecek bir süre öncesinden hastaya bildirmekle yükümlü olacak, eğer hastanın hayati tehlikesi söz konusu ise, başka bir hekim ve hastane tedaviyi üstlenmeden hastayı terk edemeyecektir.

Diğer sona erme halleri ise TBK m.513'te “Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır.

Vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür.” Şeklinde izah edilmiştir.

Hiç şüphesiz ki hastanın ölümü sözleşmeyi sona erdirir. Ancak bu durumda hastane, ölüm anına kadar gerçekleşen tedavi ve bakım hizmetlerine ilişkin masrafları mirasçılardan talep etme hakkına sahip olacaktır⁴¹⁶.

Hastanenin bir gerçek kişi tarafından işletiliyor olması halinde eğer işleten aynı zamanda mesul müdürlük görevini üstlenmemiş ise hastanenin kapatılması, sözleşmenin sona ermesi gibi durumlar söz konusu değildir. Mesul müdürü bulunan bir hastanenin ruhsatı iptal edilmeyeceğinden sözleşmeler de yürürlüğünü korur⁴¹⁷.

Ancak hastane işleticisi aynı zamanda mesul müdür ise bu kişinin ölümü halinde sözleşmenin devamı mirasçıların iradesine bağlıdır. Mirasçılar hastaneyi işletmeye devam ettiği takdirde sorun yoktur; sözleşme yürürlüğünü koruyacaktır. Bu durumda

⁴¹⁶ Ayan, **a.g.e.**, s. 146.

⁴¹⁷ Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 407.

önce geçici bir hekim vekil olarak seçilecek, bir ay içerisinde de yasal olarak gerekli şartlara sahip yeni bir mesul müdür atanacaktır. Ancak mirasçıların hastaneyi kapatmak istemesi durumunda sözleşmenin akıbeti için herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde de kabul gören görüşe⁴¹⁸ göre bu durumda, hastanenin ehliyetsiz kalmasına (ruhsatının iptaline) ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir. Buna göre Özel Hastaneler Yönetmeliği m. 65/3 uyarınca; “*Özel hastanenin tamamında veya bir kısmında faaliyetin geçici olarak durdurulması veyahut ruhsatın geri alınması söz konusu olduğunda müdürlük tarafından öncelikle mevcut yatan hastalarla ilgili tespit yapılır. Nakli mümkün olmayan hastaların tedavilerinin tamamlanmasından ve nakli mümkün olanların da diğer hastanelere nakillerinden sonra özel hastanenin faaliyeti durdurulur. Bu durumdaki hastanelere yeni hasta kabulü yapılamaz.*”. Kanaatimizce de bu çözüm yolu, mağduriyete yol açmayacak olduğundan elverişli bir yöntemdir.

Hastanın ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde ise sözleşmenin geçerliliği ve hastanenin edimleri bundan etkilenmemelidir⁴¹⁹. Zira hastanenin edimi zaten hastanın beden ve / veya ruhen iyi olmasını sağlamaktır ve bu yaşam hakkının en önemli gereğidir.

Hastanın iflası halinde ise doktrindeki bir görüşe⁴²⁰ göre sözleşmenin sona erip ermeyeceği hastanenin iradesine bağlıdır. Hastane, ücretini tahsil edemeyeceğini bile bile tedaviye devam etme yükümlülüğü altında değildir. Ancak, hastanın durumu acilse ve hayati tehlike arz ediyorsa tedaviye devam edilmelidir.

Hastanenin iflasının sözleşmeyi sona erdirip erdirmeyeceği hususundaki bir görüş⁴²¹, sözleşmenin sona ermeyeceğini, çünkü hastanenin edimlerinin maddi yükümlülük olmadığını savunmaktadır. Şahsi kanaatimizce, her ne kadar hastane hastaya ücret ödemekle değil hizmet sunmakla yükümlü ise de, bu hizmeti personel istihdam ederek ve gerektiğinde taşeron firmalarla anlaşarak (yemek, temizlik firmaları gibi) sunduğundan, hizmetin devam edebilmesi hastanenin maddi olanaklarına bağlıdır. Bu nedenle hastanenin iflasının hastaların gördüğü hizmette eksikliklere yol

⁴¹⁸ Ayan, **a.g.e.**, s. 147.

⁴¹⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, C. II, s. 666.

⁴²⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s. 73.

⁴²¹ Özdemir, **a.g.e.**, s. 190.

açacağından hareketle hasta menfaati gözetilerek, hastanelerin ruhsatlarının iptal edilmesi halinde başvurulana Özel Hastaneler Yönetmeliği m. 65/3'ün uygulanabileceği görüşündeyiz.

SONUÇ

Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu konulu tezimizde sözleşmenin hukuki niteliği, tarafları, türleri, kuruluşu ve şekli, tarafların yükümlülükleri, hasta hakları, bunların ihlali ve sözleşmenin sona ermesi incelenmiştir.

Hastaneye kabul sözleşmesi karma sözleşme türlerinden kombine sözleşmeye örnek teşkil eder ve bu nedenle tek bir sözleşme türünün hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Söz konusu hukuki problem açısından uygulanması en elverişli olan sözleşme türüne ait hükümler uygulanmalı, gerektiğinde genel hükümlere de başvurulmalıdır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile getirilen tüketici, tüketici işlemi ve sağlayıcı tanımları sebebiyle içerisinde vekalet ve eser sözleşmesi barındırabilen hastaneye kabul sözleşmeleri de bu kanun kapsamına alınmış ve uyuşmazlıkların Tüketici Mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir. Böylece hastaların sadece Türk Borçlar Kanunu hükümlerinden değil, TKHK'nın ayıplı hizmet halinde sağlanan seçimlik haklardan da faydalanmaları imkanı getirilmiştir. Ne var ki bu düzenlemeler doktrinde bazı yazarlar tarafından tıbbi tedavi edimi içeren bu sözleşmelerin tüketici işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, aynı şekilde hastanın da “tüketici” olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki görüşler ile eleştirilmiştir.

TKHK ve TBK dışında Özel Hastaneler Yönetmeliği, Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, sözleşmenin hükümleri açısından uygulama alanı bulan diğer yasal düzenlemelerdir.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinin tarafları özel hastane ve hastadan ibarettir. Kamu hastaneleri ile hastalar arasındaki ilişki ise idare hukukunun inceleme alanına tabidir. Özel hastaneleri kamu hastanelerinden ayıran özellikleri ise gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi tarafından kurulmuş ve işletiliyor olmalarıdır.

Hekim ve diğer sağlık personelleri tam hastaneye kabul sözleşmesine taraf değildir. Bu nedenle hastalar bu kişilere haksız fiil hükümlerine göre başvurabilecektir.

Kural olarak hastaneye kabul sözleşmesi bir şekle tabi değildir. Ancak olası uyuşmazlıklarda ispat kolaylığı sağlaması açısından yazılı yapılması daha isabetli olacaktır. Keza uygulamada da özel hastaneler genellikle hastalara matbu metin halinde hazırladıkları sözleşmeleri imzalattırmakta ve dolayısıyla bu sözleşme hükümleri Borçlar Kanunun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerine de tabi olmaktadır.

Sözleşmede yükümlülükler çoğunlukla hastane tarafında toplanmakta olup dikkat ve özen yükümlülüğü, aydınlatma yükümlülüğü ve hastanın rızasını alma yükümlülüğü uygulamada en çok ihlal edilen yükümlülüklerdir. Bunun karşısında hastanın yükümlülükleri ise ücret ödeme, tedavi için gerekli bilgi ve belgeleri sunma ve hekimin tavsiyelerine uymadır.

Hastanın tedavi esnasında zarar görmesi halinde hastaneye karşı sözleşmenin ihlaline dayanarak taleplerde bulunması mümkün olduğu gibi, şartları bulunması halinde TBK m.66 (adam çalıştırmanın sorumluluğu) ve TBK m.116'ya (yardımcı şahsın fiilinden sorumluluk) dayanması da mümkündür.

TBK m.115 ve m.116 hükümleri nedeniyle, uzmanlığı gerektiren sağlık hizmetini, ancak yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen hastaneler, ne kendi kusurlarına ne de yardımcı şahıslarınkine ilişkin, hafif kusur hali için dahi, sorumsuzluk anlaşması yapamamaktadır. 818 sayılı kanunda bu haller için daha muğlak çözümler düzenlenmişken, 6098 sayılı TBK daha isabetli ve net bir çözüm getirmiştir.

Hastaneye kabul sözleşmesi ifa ile sona erebileceği gibi; vekâlet sözleşmesine ilişkin özellikleri diğer sözleşme türlerine nazaran daha baskın taşıması nedeniyle azil, istifa, ölüm, ehliyetsizlik ve iflasla da sona erebilir.

KAYNAKÇA

Adıgüzel, Sibel:	“Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi , S.19, Ekim 2014, s. 945-995.
Akipek, Jale, Akıntürk, Turgut, Ateş Karaman, Derya:	Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku , 11. Bası, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
Akkanat, Halil:	Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan , Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
Akman, Galip Sermet:	Sorumsuzluk Anlaşması , Doktora Tezi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
Aral, Fahrettin, Ayrancı, Hasan:	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri , Yetkin, 11. Baskı, Ankara 2018.
Aral, Fahrettin:	Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa , Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
Arıkan, Mustafa:	“Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.XVII, S. 1, 2009, s.69-73, (Çevrimiçi) www.dergipark.org.tr .

Arpacı, Abdülkadir:	Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler) , Beta Yayınları, İstanbul 2000.
Arpacı, Abdülkadir:	Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 2009, C. VI, S.2, s.5-15.
Aşçıoğlu, Çetin:	Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar: Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu , Tekışık Ofset, Ankara 1993.
Aşçıoğlu, Çetin:	Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu , Olgaç Matbaası, Ankara 1982.
Atabek, Reşat:	“Hastanelerin Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi , C. X, XI, XII, 1986.
Atasoy, Ömer Adil, Taşkın, Mustafa, Acar, Hakan:	Tüketiciyi Koruma Hukuku İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları , Yargı Yayınları, Ankara 2000.
Ayan, Mehmet:	Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk , Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., Ankara 1991.

Badur, Emel:	Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
Başpınar, Veysel:	Yargıtay Uygulamaları Açısından Hekimin Özen Borcunun Tıbbi Standartlarla İlişkisi , Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan , C: I, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
Bayraktar, Köksal:	Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu , Sermet Matbaası, İstanbul 1972.
Baysal, Başak:	Zarar Görenin Kusuru , Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2012.
Belgesay, Mustafa Reşit:	Tıbbi Mesuliyet , Sıralar Matbaası, İstanbul 1953.
Buz, Vedat:	Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar , Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
Çelik, Ahmet Çelik:	Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
Çelik, Ahmet Çelik:	“Can Zararları Tüketici Yasası’nın Konusu Değildir”, (Çevrimiçi) http://www.tazminathukuku.com/arastirma-

	yazilari/can-zararlari-tuketici-yasasinin-konusu-degildir.htm , 14.05.2019.
Çilingiroğlu, Cüneyt:	Tıbbi Müdahaleye Rıza , Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
Dede, Emine:	Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
Demir, Mehmet:	Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu , Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
Doğan, Cahit:	“Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)”. Tıp Hukuku Dergisi . C.3. S. 6. (Ekim 2014), (Çevrimiçi) www.legal.com.tr , 24.05.2019.
Donay, Süheyl:	Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi , S. 10, 1968.
Durak, Yasemin:	“Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi”, Tıp Hukuku Dergisi , C.3, S.6. (Ekim 2014), (Çevrimiçi) www.legal.com.tr ; 24.03.2019.

Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan:	Türk Özel Hukuku - Cilt: II - Kişiler Hukuku , Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
Er, Ünal:	Sağlık Hukuku , Savaş Yayınları, Ankara 2019.
Eren, Fikret:	Borçlar Hukuku Özel Hükümler , Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
Eren, Fikret:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
Erlüle, Fulya:	Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
Erol Hatırnaz, Gültezer:	Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu Ve Hasta Hakları , 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
Ersoy, Nermin:	<i>“Tıpta Mahremiyet: Kapsamı ve İstisnaları”</i> , (Çevrimiçi) www.dergipark.org.tr , s.4-5, 24.05.2019.
Erten, Ali:	Sorumsuzluk Şartları , Doktora Tezi, Olgaç Matbaası, 1977.
Gökcan, Hasan Tahsin:	Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai

	Sorumluluk , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
Gökyayla, Emre:	Destekten Yoksun Kalma Tazminatı , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
Gözpınar Karan, Gülşah:	Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu , Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
Gümüş, Mustafa Alper:	Borçlar Hukuku Özel Hükümler , Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2018.
Gümüş, Mustafa Alper:	6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi , İstanbul 2014. Hakeri, Hakan: “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı , Ankara 2007, (Çevrimiçi) http://www.ankarabarosus.org.tr ; 20.11.2014.
Hakeri, Hakan:	Tıp Hukuku , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
Helvacı, Serap:	Türkiye ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar , Beta Yayınları, İstanbul 2001.
Işık Özcan, Funda:	“Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi , İstanbul 2008.

İlhan, Cengiz:	Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun , Ankara 2006.
İmre, Zahit, Erman, Hasan:	Miras Hukuku , Der Yayınları, İstanbul 2018.
İnceoğlu, Sibel:	Ölme Hakkı: Ötenazi , Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999.
İpekyüz Yavuz, Filiz:	Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi , Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
Kaboğlu, İbrahim Özden:	Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı) , İmge Yayınları, İstanbul 2002.
Kahraman, Zafer:	Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 2016, C. 7, S.1, (Çevrimiçi) https://dergipark.org.tr ; 24.05.2019.
Kan, Çağrı:	Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali , Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
Karahasan, Mustafa Reşat:	Tazminat Hukuku: Manevi Tazminat , Beta Yayıncılık, İstanbul 2001.

Kaya, Mine:	“Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu”, TBB Dergisi , S.100, 2012 (Çevrimiçi) http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr , 14.05.2019.
Kılıçoğlu, Ahmet:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
Kocayusufpaşaoğlu, Necip:	Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm , Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
Köprülü, Ömer:	“Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi , C.LVIII, S. 10, 11, 12, 1984, s.10-11.
Kuntalp, Erden:	Karışık Muhtevalı Akit , Bankacılık Enstitüsü Yayınları, İstanbul 2013.
Küçükgüngör, Erkan:	“Tıbbi Kayıtlarda Sır Saklama Yükümlülüğü”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010, Ankara) , Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011, s.554-576.
Leblebici, Doğan:	Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa

	Bir Bakış, (Çevrimiçi), https://dergipark.org.tr , 13.05.2019.
Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer, Oktay Özdemir, Sahibe:	Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) , 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
Oğuzman, M. Kemal, Öz, Turgut:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , Vedat Kitapçılık, 11. Bası, İstanbul 2016.
Oğuzman, M. Kemal, Barlas, Nami:	Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar , Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
Oy, Osman, Oy, Gerçek Onur:	Hasta Hakları ve Hasta Hakları İhlalinde Başvuru Yolları , Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.
Özbilen, Arif Barış:	Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi , S: 24, 2013/2, (Çevrimiçi) https://ticaret.edu.tr , 23.05.2018.
Özçetin, Selvi, Balaban, Mustafa:	Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar – Örnek Yargı Kararları , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Özdemir, Hayrünnisa:	Özel Hukukta Tıbbi Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi , Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
Özek, Çetin:	“Hekim ve Hukuk”, Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları , İÜHFM, C.28, S.4, 1965.
Özkan, Hasan, Öner Akyıldız, Sunay:	(Açıklamalı – İçtihatlı) Hasta – Hekim Hakları ve Davaları , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
Özpınar, Berna:	Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları , Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007.
Özsunay, Ergun:	“Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu – Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler 5. Sempozyumu , Ankara 12-13 Mart 1982, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.
Öztürkler, Cemal:	Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları , 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
Petek, Hasan:	Sağlık Hukuku , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Polat, M. Oğuz:	Tıbbi Uygulama Hataları , Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
Reisoğlu, Safa:	“Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu – Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler 5. Sempozyumu , Ankara 12-13 Mart 1982, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.
Reisoğlu, Safa:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , Beta Yayınları, 25. Bası, İstanbul 2014.
Sarıal, M. Enis:	Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler , Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986.
Sarıtaş, Hatice:	Hasta Hakları Bakımından Hekimin Sorumluluğu , Bilge Yayınevi, Ankara 2005.
Savaş, Halide:	Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları : Tıbbi Malpraktis - Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları ; Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
Seçer, Öz:	“Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , S. 2013/I, (Çevrimiçi) https://jurix.com.tr , 30.04.2019.

Seliçi, Özer:	Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi , Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.
Serozan, Rona:	İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme , Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.
Serozan, Rona:	Borçlar Hukuku Özel Hükümler , Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.
Sert, Gürkan:	Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı , Babil Yayınları, İstanbul 2008.
Somer, Pervin:	“Tıbbi Kayıtlar”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010, Ankara) , Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011, s.526-553.
Şahin, Turan, Kızır, Mahmut:	“6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esasları, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler”, Terazi Hukuk Dergisi, C.IX, S.89 , Ankara 2014.
Şenocak, Zariye:	Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu , Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1998.
Şenocak, Zariye:	“Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından

	Sorumluluk”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Mayıs 2010, Ankara) , Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011, s.621-631.
Tacir, Hamide:	Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı , On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.
Tandoğan, Haluk:	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri , 2 c., C: II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
Tekinay, Selahattin Sulhi:	Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku , 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla:	Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler , Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
Tiryaki, Betül:	Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk , Ankara 2007.
Törenli Çakıroğlu, Meral:	Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C: XII, S: 2, 2010.
Tunçer, Polat:	Sağlık Hukuku Temel Bilgileri , Adalet Yayınevi,

	Ankara 2016.
Tunçomağ, Kenan:	Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler , C.I, Sermet Matbaası, Ankara 1976.
Ülker, Çağrı:	“Hastaneye Kabul Sözleşmesine Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerinin Uygulanması”, T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Tartışma Metinleri, S. 107, İstanbul 2017, (Çevrimiçi) https://ticaret.edu.tr/uploads/dosyalar/921 , 04.05.2019.
Ülker, Çağrı:	“Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Yüksek Lisans Tezi, (Çevrimiçi) http://acikerisim.ticaret.edu.tr , 11.05.2019.
Yardım, İsa:	Tüketici Olarak Hasta Hakları , Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
Yavuz, Cevdet:	Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) , Beta Basım Yayım, İstanbul 2018.
Yavuz, Cevdet, Acar, Fahrettin, Özen, Burak:	Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler , Beta Yayıncılık, 10. Baskı, İstanbul 2014.

Yıldız Akar, Tülay:	“Hastane Enfeksiyonlarının Hukuki Yansımaları”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Makaleleri / 10-17 Eylül 2011 / Orhan Apaydın Konferans Salonu , İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s.7–33.
Yıldız, Pervin:	“Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Marmaris 01 – 04 Mayıs 2014 , Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
Yılmaz, Kerem:	Defansif Tıp , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
Yücel, Özge, Sert, Gürkan:	Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
Zevkliler, Aydın:	Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun , 2. Bası, Ankara 2001.
Zevkliler, Aydın:	“Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 1983, S. 1/1 (Çevrimiçi) https://jurix.com.tr , 24.05.2019.
Zevkliler, Aydın, Gökyayla, Emre:	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri , Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

Zeytin, Zafer:	“Vekalet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi”, Tıp Hukuku Dergisi , C. 3., S. 6., (Ekim 2014), s.109-120.
	www.dergipark.org.tr
	www.jurix.com.tr
	www.kararara.com
	www.kazanci.com
	www.resmigazete.gov.tr