

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

TIBBİ HATALARDA MANEVİ
TAZMİNAT TALEPLERİ

Sinem KARASU

2502080236

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. M. Tufan ÖĞÜZ

İSTANBUL - 2024

ÖZ

TIBBİ HATALARDA MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİ

SİNEM KARASU

Tıbbi hatalarda manevi tazminat talebi ile hekimlerin ve onlara yardımcı olan kişilerin mesleklerinin icra ederken tıp biliminin kurallarına uymamaları sebebi ile hastaların ve onların yakınlarının uğradığı zararın giderilmesi amaçlanmaktadır.

Tıbbi hatalarda manevi tazminat talepleri ile ilgili ihtisas mahkemeleri kurulmalı, hekimleri deontoloji ve hukuk bilgisi ile ilgili eğitimler verilerek bu konuda farkındalık sağlanmalı, hekim sorumluluk sigortası zorunlu hale getirilmeli, kapsamı ve şartları iyileştirilmelidir.

Bu doktora tezi, tıbbi hatalarda manevi tazminat talebi konusunu bütün yönleriyle ele alıp incelemeyi amaç e-dinmektedir.

Tezin konusunu oluşturan sorunların çözümünde, araştırma ve sorgulama metotları kullanılmıştır.

Anahtar Kelimler:Tıbbi Hatalar, Tazminat, Manevi Tazminat, Tazminat Talebi, Malpraktis.

ABSTRACT

NON-PECUNIARY DAMAGE REQUESTS IN MEDICAL ERRORS

Sinem KARASU

The aim of the claim for non-pecuniary damages in medical errors is to compensate for the damage suffered by patients and their relatives due to physicians and their assistants not complying with the rules of medical science while performing their profession.

Specialized courts should be established regarding claims for non-pecuniary damages in medical errors, physicians should be trained on deontology and law to raise awareness on this issue, physician liability insurance should be made mandatory, and its scope and conditions should be improved.

This doctoral thesis aims to examine all aspects of the issue of non-pecuniary compensation claims in medical errors.

Research and inquiry methods were used to solve the problems that constitute the subject of the thesis.

Keywords: Medical errors, compensation, non-pecuniary compensation, compensation request, malpractice.

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı bünyesinde Doktora Tezi olarak hazırladığımız bu çalışmamızın amacı, uygulamada çok karşılaşılan tıbbi hatalarda manevi tazminat taleplerini bütün yönleriyle ve esaslarıyla incelemektir. Tıbbi hatalarda manevi tazminat talebi konu olarak gerek doktrin gerekse uygulamadaki boyutları itibarıyla oldukça geniş kapsamlı ve zor bir tez konusudur. Bu çalışma, konuya ilişkin olarak ortaya çıkan bütün meselelerin hepsini incelemek ve bir çözüm bulmak iddiasıyla hazırlanmamış olup konu ile ilgili tartışılan ve ek olarak hiç ele alınmamış bazı sorunlara, farklı bir bakış açısı getirmek amacı ile hareket edilmiştir. Tezin danışmanlığını üstlenmeyi kabul ederek, çalışmamın her aşamasında değerli vaktini bana ayırarak tavsiyeleri ile yol gösteren ve çalışmamı titiz bir şekilde inceleyip, eleştirileri ile de yapıcı bir şekilde teşvik eden çok değerli Hocam Prof. Dr. M. Tufan Öğüz'e, en içten minnet ve teşekkürlerimi sunuyorum. Ayrıca beraber çalışma şansına ve onuruna eriştiğim diğer Hocalarım Prof. Dr. Hasan Erman, Prof. Dr. Azra Arkın Serim ve Prof. Dr. Bilgehan Çetiner'e bana ayırdıkları değerli zamanları ve destekleri nedeniyle de ayrıca şükranlarımı sunuyorum. Gerek doktora yeterlilik aşamasında gerekse tez aşamasında desteğini hiç esirgemeyen çok değerli ve kıymetli insan Hocam Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye ayrıca çok içten teşekkür ve minnettarlığımı ifade etmek isterim.

Bu vesile ile her daim yanımda olarak desteklerini benden esirgemeyen sevgili aileme bir kez daha minnet ve teşekkürlerimi sunmak isterim.

Sinem KARASU

İstanbul, 2024

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HEKİMİN SORUMLULUĞU AÇISINDAN TIBBİ HATA KAVRAMINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI.....	5
A. Genel Olarak	5
B. Tıbbi Müdahale Kavramı ve Bu Kavrama İlişkin Esaslar	7
C. Tıbbi Hata Kavramı ve Bu Kavrama İlişkin Esaslar	10
D. Tıbbi Kötü Uygulama-Tıbbi Uygulama Hatası(Malpraktis)–Hekimlik Mesleğinin Kötü Uygulanması Kavramları.....	14
1. Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis) Kavramı.....	14
2. Tıbbi Kötü Uygulama Kavramı	15
3. Hekimlik Mesleğinin Kötü Uygulanması Kavramı	18
E. Defansif (Çekinik) Tıp	19
II. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI.....	21
A. Tıbbi Müdahalenin Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Gerçekleştirilmesi Zorunluluğu ve Bu Zorunluluğa İlişkin Ayrıntılar.....	21
1. Hekimlik Mesleğini İcra Yetkisine Sahip Olma.....	23
a. Hekimlerin Mesleği İcra Yetkisinin Şartları	23
b. Diğer Sağlık Mesleği Mensuplarının Mesleği İcra Yetkisinin Şartları	25
2. Türk Tabipler Birliğine Kayıt Olmak	27
3. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Engel Bir Halin Bulunmaması Şartı.....	27
a. Hekimlik Mesleğinin Geçici Olarak İcra Edilememesi Durumu	27
b. Hekimlik Mesleğinin Sürekli Olarak İcra Edilememesi Durumu	28
B. Tıbbi Müdahalenin Tıp Biliminin ve Genel Kabul Görmüş Esas, İlke ve Kurallarına Uygun Olarak Yapılması ve Buna İlişkin Esaslar	29

C. Endikasyon (Tıbbi Gereklilik) Kavramı	31
D. Hastanın Tıbbi Müdahale Hakkında Aydınlatılması (Bilgilendirilmesi) ve Tıbbi Müdahalenin Hastanın Rıza Beyanı Alınarak Yapılması ve Buna İlişkin Esaslar .33	
1. Hastanın Aydınlatılması (Bilgi Verme) Kavramı.....	34
a. Aydınlatılacak(Bilgi Verilecek) Kişi Kavramı	41
b. Aydınlatmanın(Hastaya Bilgi Vermenin) Kapsamı	44
c. Aydınlatmanın (Hastaya Bilgi Vermenin) Zamanı	50
d. Aydınlatma (Bilgi Verme) Yükümlüsü	52
e. Aydınlatmanın (Bilgi Vermenin) Şekli	54
f. Aydınlatma (Bilgi Verme) Yükümlülüğünün Ortadan Kalktığı Haller	58
2. Tıbbi Müdahale ve Tedaviye Rıza Beyanı	65
a. Tıbbi Müdahale ve Tedaviye Rıza Ehliyeti	69
b. Tıbbi Müdahaleye ve Tedaviye Rızanın Kapsamı, Esasları ve Sınırları.....	77
c. Tıbbi Müdahaleye ve Tedaviye Rızanın Şekli ve Rızanın Alınma Zamanı 81	
d. Tıbbi Müdahaleyeve Tedaviye Rızanın Geri Alınması ve Tedaviyi Red Hakkı	85
e. Tıbbi Müdahaleye ve Tedaviye Rızanın Geçersiz Olduğu Haller	87
f. Tıbbi Müdahale ve Tedavi İçin Rıza Aranmayan Haller	88
g. Varsayılan Rıza Kavramı.....	90
E. Tıbbi Müdahalenin ve Tedavinin Hekimin Özen Yükümlülüğüne Uygun bir Biçimde Yerine Getirilmesi	93
F. Komplikasyon (İzin Verilen Risk)	99

İKİNCİ BÖLÜM

SERBEST ÇALIŞAN HEKİM İLE KAMU VE ÖZEL HASTANELERDE GÖREV YAPAN HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN DAYANDIĞI SEBEPLER

I. GENEL OLARAK	103
II. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN TARİHSEL SÜREÇ İÇERİSİNDEKİ GELİŞİMİ VE BU GELİŞİME BAĞLI SONUÇLAR	105
III. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN TÜRLERİ.....	106
A. Hekimin Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluğu	106
1. Hekimin Sözleşmesel Sorumluluğun Koşulları.....	108

a. Sözleşmenin Varlığı	108
b. Sözleşmenin İhlal Edilmesi	109
c. Zarar Meydana Gelmesi.....	110
d. Kusurun Mevcudiyeti	112
(1) Kusur Kavramı Kapsamında Teşhis/Tanı Hatası Kavramı	114
(2) Kusur Kavramı Kapsamında Tedavi Hatası Kavramı	117
(3) Dikkatsizlik ve Tedbirsizlik Kusurları	122
(4) Beceri Kusuru	123
e. İliyet (Nedensellik) Bağının Varlığı	123
2. Tedavi (Hekimlik) Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	126
a. Hekimlik (Tedavi) Sözleşmesinin Vekalet Sözleşmesi Olarak Adlandırılması.....	129
b. Hekimlik (Tedavi) Sözleşmesinin Vekaletsiz İş Görme Olarak Kabul Edilmesi	132
c. Hekimlik (Tedavi) Sözleşmesinin Eser Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi.....	136
d. Hekimlik (Tedavi) Sözleşmesinin Kendine Özgü (Sui Generis) Bir Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi.....	138
e. Hekimlik (Tedavi) Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi.....	140
f. Özel Durumlar	142
(1) Kamuya Ait Hastanelerde Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Esasları	142
(2) Özel Hastanelerde Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Esasları.....	144
B. Sözleşme Dışı Sorumluluk Halleri	150
1. Genel Olarak.....	150
2. Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğunun Koşulları.....	151
a. Hastaya Yönelik Hukuka Aykırı Bir Fiilin Mevcudiyeti.....	151
b. Hukuka Aykırı Fiilin Bir Zarar Meydana Getirmesi.....	152
c. Kusurlu Bir Davranışın Mevcut Olması	153

d. Kusurlu Davranış İle Hastanın Uğradığı Zarar Arasında Uygun İliyet (Nedensellik) Bağının Bulunması	155
3. Sözleşme Dışı Sorumluluğun Çeşitleri	156
a. Haksız Fiil Sorumluluğu ve Esasları	156
b. Kusursuz Sorumluluk (Sebeplilik Sorumluluğu) Hali ve Esasları	158
c. Vekâletsiz İş Görmekten Doğan Sorumluluk Hali	163
d. Culpa İn Contrahendo (Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk) Hali	166
IV. TIBBİ HATA HALİNDE SORUMLULUK SEBEPLERİNİN YARIŞMASI ..	168
V. SORUMLULUĞU KALDIRAN VEYA AZALTAN HALLER	171
A. Hastanın Rızası ve Kusurunun Etkisi	171
B. Komplikasyon (İzin Verilen Risk)	174
C. Sorumsuzluk Anlaşması	175
D. Mücbir Sebep	177
E. Zarar Görenin Ağır Kusuru	178
F. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru	179
VI. İDARENİN (DEVLETİN) TIBBİ HATALARDA MANEVİ TAZMİNAT SORUMLULUĞU	181
A. İdare Hukukunda Sorumluluk Kavramı	181
1. Genel Olarak	181
2. İdarenin Sorumluluğu	182
a. İdarenin Sorumluluğu Kavramı	182
b. İdarenin Sorumluluğunun Özellikleri	183
3. İdarenin Sorumluluğunun Şartları	184
a. İdari Davranışın Mevcudiyeti	184
b. İdari Davranışın İdareye Yüklenebilir Nitelikte Olması	185
c. Zarar	185
d. İliyet Bağının Mevcudiyeti	187
4. İdarenin Sorumluluğunun Tespiti	187
B. İdarenin Kusur Sorumluluğu	188
1. İdare Hukuku Açısından Hizmet Kusuru Kavramı	188
2. Kişisel Kusur	189

a. Kişisel Kusurun Var Olduğunun Kabul Edildiği Durumlar.....	190
b. Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Ayırımı	191
C. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu	192
1. Genel Olarak Kusursuz Sorumluluk Kavramı.....	192
2. İdare Hukukunda Kusursuz Sorumluluğa İlişkin İlkeler	193
a. Genel Olarak	193
b. Tehlike (Risk) İlkesi.....	194
(1) Mesleki Risk	194
(2) Sosyal Risk	195
c. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi (Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi-Hakkaniyet İlkesi)	195
3. İdare Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Özellikleri.....	195
D. Manevi Tazminat Davalarında İdarenin Sorumluluğu Açısından Zamanaşımı ve Dava Açma Süreleri ve Faiz Sorunsalı.....	196
1. İdari Eylemlerden Doğan Tam Yargı (Tıbbi Hata Sebebi ile Manevi Tazminat) Davaları	196
a. Genel olarak	196
b. İdareye Başvuruda Zamanaşımı Süreleri ile Zamanaşımının Başlangıcı ve Kesilmesi	197
c. Dava Açma Süreleri.....	198
2. İdarenin Sorumluluğu Açısından Faiz Sorunsalı	199

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ HATA SEBEBİ İLE OLUŞAN MANEVİ ZARAR VE MANEVİ TAZMİNAT KAVRAMLARI

I. MANEVİ ZARAR İLE İLGİLİ KAVRAMLAR.....	200
A. Zarar Kavramı	200
B. Maddi Zarar -Manevi Zarar Kavramlarının Ayırımı	201
C. Manevi Zarar Kavramı ve Konu İle İlgili Çeşitli Teoriler	202
D. Manevi Zarar Kavramına İlişkin Teoriler.....	204
1. Sübjektif Teori.....	204
2. Objektif Teori	206
3. Karma Teori.....	208

4. Manevî Zararı Açıklayan Teorilerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz	208
II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TIBBÎ HATA NEDENİ İLE MANEVÎ	
ZARAR VE TAZMİN EDİLMESİ ŞEKLİ	210
A. Avusturalya	210
B. Japonya.....	211
C. Avrupa Konseyi.....	211
D. Kıta Avrupası Hukuku	212
1. Genel Olarak.....	212
a. Almanya	213
b. Avusturya.....	215
c. Bulgaristan	215
d. Fransa.....	216
e. Yunanistan	216
f. Hollanda	217
g. İspanya.....	218
h. İsveç.....	219
i. Polonya	219
j. İsviçre	220
k. İtalya	220
ı. Portekiz.....	221
E. Anglo-Sakson Hukuku	222
1. Birleşik Krallık	222
2. Amerika Birleşik Devletleri	223
F. Çin	225
G. Birleşik Arap Emirlikleri	225
III. MANEVÎ TAZMİNAT KAVRAMI.....	225
IV. MANEVÎ TAZMİNATIN TARİHSEL GELİŞİMİ, AMAÇ VE İŞLEVİ VE BU	
KONUDA DOKTRİNDE Kİ GÖRÜŞLER	226
A. Manevi Tazminatın Tarihsel Gelişimi	226
B. Manevi Tazminatın Amacı ve İşlevine İlişkin Teoriler	227
1. Özel Hukuk Yaptırımı Görüşü	227
2. Tatmin Görüşü	227

3. Ceza Görüşü	227
4. Telif Görüşü.....	228
5. Önleme ve Caydırıcılık Görüşü	229
6. Denkleştirme Görüşü	231
7. Maddi Tazminatı Tamamlayıcı-Düzeltici Sosyal Denkleştirme Görüşü	231
V. MANEVİ TAZMİNATIN ÖZELLİKLERİ	234
A. Manevi Tazminatın Kanuni Dayanakları ve Esasları	234
B. Manevi Tazminat ile İlgili Kanunda Yer Alan Özel Nitelik Arzeden Hükümler	234
1. Özel Hüküm-Genel Hüküm İlişkisi	235
2. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 56'nın Değerlendirilmesi (Bedensel Bütünlüğün İhlali ve Ölüm Halinde Manevi Tazminat Talebi)	236
3. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 58'in Değerlendirilmesi (Kişilik Hakkının İhlali Halinde Manevi Tazminat Talebi)	238
C. Manevi Tazminatın Bölünmezliği İlkesi.....	240
1. Manevi Tazminatın Kısmi Dava Konusu Olma İmkânının Kanunen Mümkün Olmaması	241
2. Manevi Tazminat Alacağının Belirsiz Alacak ve Tespit Davaları Açısından Durumu	243
3. Manevi Tazminat Davalarında Talep Sonucunun (Dava Değerinin) Artırılması	244

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ HATA KAYNAKLI MANEVİ TAZMİNATIN TESPİTİNDE ESAS

ALINACAK HUSUSLAR

I. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİ.....	246
A. Genel Olarak	246
B. Hakime Tanınan Takdir Yetkisi	246
C. Hakime Tanınan Takdir Yetkisinin Sınırları.....	248
1. Hakimin Tanınan Takdir Yetkisini Kanunun Öngördüğü Hallerde ve Çizdiği Sınırlar İçerisinde Kullanabilmesi İmkânı	248
2. Hakime Tanınan Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Hakkaniyet Yöntemi	249
3. Manevi Zararın İspat Edilmesi ve Tespiti	250

4. Hakime Tanınan Takdir Yetkisinin Kullanımında Subjektif Davranılması..	251
5. Manevi Tazminatın Hakim Tarafından Takdirinde Zenginleşme Yasağı.....	252
6. Hakimin Takdir Yetkisini Kullanırken Gerekçelerini Gösterme Yükümlülüğü	253
7. Hâkimin Takdir Yetkisinin Üst Yargı Mercilerince Denetime Tabi Olması	254
II. MANEVİ TAZMİNATIN SINIRLANMASININ GEREKLİLİĞİ	256
A. Manevi Tazminatın Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesinin Uygulanması	256
B. Uygulamada ve Doktrinde Manevi Tazminatın Sınırlandırılması	257
III. MANEVİ TAZMİNATIN KAPSAMININ VE MİKTARININ BELİRLENMESİNE ESAS TEŞKİL EDEN OLGULAR	258
A. Genel Olarak	258
B. İsviçre-Türk Doktrin ve Uygulamasında Manevi Tazminatın Belirlenmesinde Göz Önünde Bulundurulan Başlıca Olgular	259
C. Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Kanuni Dayanağı	260
1. Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Yasal Düzenlemelerde Yer Alan Dayanağı	261
2. Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Niteliği.....	261
D. Manevi Tazminatın Tespitinde Dikkate Alınacak Diğer Haller	262
1. Zarar Görenin Durumu.....	262
a. Zarar Görenin Rızası.....	262
b. Zarar Görenin Kusuru.....	263
c. Zarar Görenin Yaşı	267
d. Zarar Görenin Ekonomik ve Sosyal Durumu	268
e. Zarar Görenin Meslek Hayatına Etkisi	271
f. Zarar Görenin Fiziksel Özelliklerinin ve Bedensel Yatkınlığının Etkisi ...	272
g. Zarar Görenin Sosyal Yaşam, Hareket ve Ekonomik Özgürlüğünün Kısıtlanması	273
h. Zarar Görenin Yakınlarının Durumu.....	274
i. Zarar Görenin Üçüncü Kişilerin Bakım ve Yardımına Muhtaç Bir Duruma Gelmesi.....	274
2. Zarar Veren Durumu	275

a. Zarar Verenin Kusuru	275
b. Zarar Verenin Ekonomik Durumu ve Zarar Verenin Tazminat Sebebi İle Yoksulluğa Düşecek Olması.....	277
c. Zarar Verenin Sigortalı Olması	278
d. Zararın Hatır İşleri veya Zarar Görenin Yardımı Sırasında Meydana Gelmesi.....	279
3. Diğer Olgular	279
a. Beklenmeyen Olay	279
b. Manevi Tazminatın Tespitinde Tıbbi Müdahalenin Niteliği ve Bu Bağlamda Estetik Müdahalelerin Durumu	280
c. Cinsel Fonksiyon Bozuklukları-Evlenme Şansının Azalması	281
d. İçinde Bulunulan Ekonomik Şartlar Çerçevesinde Paranın Satın Alma Gücü	282
e. Maddi Tazminata Hükmedilmesinin Manevi Tazminata Etkisi	282
f. Psikolojik Rahatsızlıkların Tazminata Etkisi	283
IV. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE YÖNTEMLER	284
A. Alman Hukukunda Uygulanan Yöntem	284
B. İsviçre Hukukunda Uygulanan Yöntemler.....	284
1. Klasik Yöntem.....	284
2. Manevi Tazminat Miktarının Tespitinde İki Aşamalı Yöntem	285
C. Diğer Yöntemler	286
1. Tarife Yöntemi	286
2. Emsal Kararlar İle Karşılaştırma Yolu ile Manevi Tazminat Miktarının Tespiti Yöntemi.....	287
3. Türk Hukuku Açısından Manevi Tazminat Miktarının Tespitinde Kullanılan Yöntem.....	288
V. TIBBİ HATA SEBEBİ İLE MANEVİ TAZMİNATA İLİŞKİN BAZI SONUÇLAR VE ZAMANAŞIMI	290
A. Manevi Tazminat Talebinin Devri Ve Mirasçılara Geçmesi	290
1. Manevi Tazminat Talebinin Mirasçılara Geçmesi	290
2. Manevi Tazminat Talebinin Devri.....	292
B. Manevi Tazminat Talebinin Haczi	293

C. Manevi Tazminat Taleplerinde Zamanaşımı Süresi	293
1. Genel Olarak.....	293
2. İki yıllık Kısa Zamanaşımı süresi	294
3. On Yıllık Zamanaşımı Süresi	295
4. Ceza Zamanaşımı Süresi	296
VI. TIBBİ HATANIN SEBEP OLDUĞU ÖLÜM VEYA BEDENSEL ZARAR	
NEDENİ İLE MANEVİ TAZMİNAT TALEP EDEBİLECEK KİŞİLER	297
A. Bedensel Zarar Ve Ruhsal Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat Talep Edebilecek Olanlar	297
1. Ruhsal Bütünlüğü Zarar Gören Kişinin Manevi Tazminat Talep Hakkı	297
2. Ağır Bedensel Zarar Gören Kişinin Yakınlarının Manevi Tazminat Hakkı	298
B. Ölüm Sebebi ile Manevi Tazminat Talep Edebilecek Olanlar	299
1. Ölen Kişinin Anne-Babasının Manevi Tazminat Talep Hakkı	300
2. Ölen Kişinin Eşinin Manevi Tazminat Talep Hakkı	300
3. Ölen Kişinin Çocuklarının Manevi Tazminat Talep Hakkı	300
4. Ölen Kişinin Kardeşlerinin Manevi Tazminat Talep Hakkı	301
5. Ölen Kişinin Nişanlısı veya Evlatlığına Manevi Tazminat Talep Hakkı	301
6. Ölen Kişinin Diğer Yakınlarının Manevi Tazminat Talep Hakkı	301
SONUÇ.....	303
KAYNAKÇA.....	313
ÖZGEÇMİŞ	368

KISALTMALAR LİSTESİ

ASBÜ	: Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bknz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dpnt.	:Dipnot
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: ESAS
Ed.	: Editör
EÜHFD	:Edirne Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜSBE	: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
HD	: Hukuk Dairesi.
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İMÜHFD	: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBE	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
K.	: Karar
KİM	: Klinik İhmal Merkezi
M.	: Madde

M.Ü.H.F.D	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÜHF-HAD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
PÜSBED	: Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
TBBY	: Türkiye Barolar Birliği Yayınları
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
USH	: Ulusal Sağlık Hizmetleri
Vd.	: Ve devamı
Vs.	: Ve saire
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
YİBGKK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

I. Konunun Takdimi

Hekimlerin tıbbi hata(Malpraktis) kaynaklı hukuki ve cezai sorumluluğunun başlangıcı en eski uygarlıklara kadar dayanmakta Mezopotamya uygarlıklarından biri olan Babiller'in Hammurabi Kanunları'nda hekimin hukuki ve cezai sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır.

İnsan haklarının en başında hiyerarşik olarak şüphesiz hayat hakkı gelmektedir. Zira hayat hakkının varlığı diğer hakların varlığının adeta ön koşuludur. Hukuk düzeni bu hakkın sadece üçüncü kişiler tarafından değil kişinin kendisi tarafından dahi ortadan kaldırılması yasaklamış bu hususta vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesini düzenleme konusu yapmıştır. Gerek Anayasanın çeşitli maddelerinde üst norm düzenlemesi olarak gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesi düzenlenmiştir.

Hastaya konulan teşhis ve yapılacak tedavinin hukuka uygun bir tıbbi müdahale olarak kabul edilmesi için müdahalenin bu konuda yetkili kişiler tarafından tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olarak yapılması hastanın yapılacak tedavi konusunda aydınlatılması ve rızasının alınması gerekmektedir.

Tıbbi hata kavramı kanuni düzenlemelerde tıp ilmini icra edenlerin bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesine sebep olmaları veya hekimlik mesleğinin kötü uygulanması olarak tanımlanmaktadır. Gerek tıbbi hata kavramı gerekse bu kavram ile ilgili olan diğer kavramlar ve çalışmamızın konularından biri olan manevi tazminat kurumu ele alınırken kanun düzenlemelerin yanı sıra Sağlık Hukuku alanında diğer yasal düzenlemeler olan Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi gibi yönetmelik ve tebliğlerden de faydalanılmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 56'da bedensel zarar halinde zarar görene, ağır bedensel zarar veya ölüm halinde zarar görenin veya ölenin yakınları lehine hakim tarafından manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın

ödenmesine karar verilebileceği aynı kanunun 58. maddesinde ise kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören kişinin uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesi hususu düzenlenmiştir. Bu maddelere ek olarak 4721 s. Türk Medeni Kanunu madde 23 ve madde 24 ile Türk Ceza Kanunu madde 81 vd. hükümleri de bu hususta ki diğer yasal düzenlemeleri meydana getirmektedir.

Zarar ve manevi zarar kavramları konusunda bu kavramları doğrudan açıklayan bir yasal düzenlemenin olmaması sebebi ile bu konudaki boşluk doktrin ve mahkeme içtihatları ile doldurulmaya çalışılmıştır. Manevi zarar kavramını açıklayan çeşitli görüşler olduğu gibi manevi tazminatın amacının, işlevinin ne olduğu manevi tazminat miktarının ne şekilde belirleneceği konusunda çeşitli görüşler ortaya atılmış tüm bu kavram ve hukuki müesseselere ilişkin sorunların giderilmesi meselesi hukuk tartışmalarının esaslı konuları içerisinde yer almıştır.

Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde zarar görenin yakınlarının ve bunların mirasçılarının tazminat talepleri konusunda da yine farklı görüşler mevcut olup bu konuda kanuni düzenlemedeki eksiklikler de yine doktrin ve mahkeme kararları ile doldurulmaya çalışılmıştır.

II. Terminoloji

Uygulama, doktrin ve günlük hayatta tıbbi hata kavramı yerine malpraktis, tıbbi uygulama hatası, tıbbi kötü uygulama, hekimlik mesleğinin kötü uygulanması terimlerinin kullanımı ile sıklıkla karşılaşılmaktadır.

Çalışmamızda kullanılan hekimlik(tedavi) sözleşmesi hekimin mesleğinin icrası sırasında hastanın yararına uygun olacak şekilde tıbbi faaliyetle bulunmakla yükümlü kılındığı hukuki ilişkiyi ifade etmektedir.

Zarar ve manevi zarar terimleri haklarında kanuni bir düzenleme ile tanımları açıkça yapılmadığı için bu konuda ki boşluk uygulama ve doktrin ile doldurulmaya çalışılmıştır. Manevi tazminat terimi için “acı parası, manevi tamirat, taviz, gönül alma, tarziye ve tinsel ödence” gibi farklı terimler kullanılmakla birlikte gerek doktrinde gerekse hukuk uygulamasında manevi tazminat terimi daha yerleşik bir ifade olarak tutunmuştur.

III. Çalışmamızın Planı

Çalışmamamızın kapsamı ve sınırları tıbbi hata ve bu kavrama bağlı temel kavramlar ile manevi tazminat ve bu tazminat çeşidi ile ilgili hukuki kurumlar ile sınırlandırılmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde tıbbi müdahale, tıbbi hata kavramı ve bu kavrama ilişkin esaslar, tıbbi kötü uygulama, tıbbi uygulama hatası(malpraktis),hekimlik mesleğinin kötü uygulanması kavramları ve bunların karşılaştırılması, defansif (çekinik) tıp, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları, endikasyon(tıbbi gereklilik) kavramı, aydınlatılmış onam ve rıza beyanı ve bu kavramlara ilişkin genel esaslar inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde hekimin sorumluluğunun tarihsel süreç içerisindeki yerine değinildikten sonra hekimin hukuki sorumluluğu bu bağlamda sözleşme sorumluluğu çeşitli sözleşme tipleri ile karşılaştırılarak incelenmiş, çalışmanın devamında hekimin sözleşme dışı sorumluluğu haksız fiil, vekaletsiz iş görme, kusursuz sorumluluk ve culpa in contrahendo sorumluluğu açısından irdelenmiş, idarenin tıbbi hatalarda manevi tazminat sorumluluğuna kısa bir bölüm olarak değinilmiş, ikinci bölümde ayrıca kamu hastanelerinde görev yapan hekimler ile özel hastanede görev yapan hekimlerin tıbbi hata kaynaklı hukuki sorumlulukları da karşılaştırma konusu yapılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde zarar, manevi zarar ve manevi tazminat kavramları, bu kavramlar ile ilgili olarak doktrinde ileri sürülen teoriler ve karşılaştırmalı hukuk kapsamında başka ülkelerdeki hukuki düzenlemeler ile birlikte incelenmiştir. 6098 s. Türk Borçlar Kanunu madde 56 ve madde 58 tıbbi hata kaynaklı manevi tazminat talepleri açısından önem arz ettiği için bu bölümde ayrıca incelendiği gibi üçüncü bölümün devamında manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinin manevi tazminatın kısmı dava, belirsiz alacak ve tespit davasına konu olabilme imkânı ve manevi tazminatın, ıslah kurumu açısından değerlendirilmesi ve incelemesi de yapılmıştır.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde tıbbi hata sebebi ile manevi tazminatın tespitinde hakimın takdir yetkisi, İsviçre-Türk doktrin ve uygulamasında manevi

tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulana başlıca olgular, gerek Türk hukukunda gerekse başka hukuk sistemlerinde manevi tazminatın belirlenmesinde kullanılan yöntemler, tıbbi hata sebebi ile talep edilebilecek manevi tazminat talebinin mirasçılara geçmesi, haczi ve devri konusu ve manevi tazminat taleplerinde zamanaşımı konusu inceleme konusu yapılmıştır.

Yukarıda ana hatları ile genel olarak ifade ettiğimiz üzere tez konumuz olan tıbbi hatalarda manevi tazminat talepleri ile ilgili tüm durumlar yargı kararları ve doktrin görüşleri ile birlikte çalışmamızda inceleme konusu yapılmaya çalışılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

HEKİMİN SORUMLULUĞU AÇISINDAN TIBBİ HATA KAVRAMINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

A. Genel Olarak

İnsan sağlığı ve sağlıklı yaşam hakkı insanoğlunun ömrü boyunca en değer verdiği ve onun için en önemli olan varlığını teşkil etmektedir. Zira kişi sağlığını geri dönülemeyecek bir biçimde kaybederse diğer varlıklarının da bir önemi kalmayacaktır. Amerikan Bağımsızlık Bildirisi ile Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları bildirisinden bu yana yaşama hakkı evrensel bir değer ve en temel insan hakkı olarak kabul edilmiş ve diğer bütün insan haklarının varlık şartı ve başka haklardan yararlanmanın da ön şartı olarak öngörülmüştür¹. Günümüzde yaşama hakkı ve beden bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesi çağdaş Anayasal metinlerin hepsinde dokunulmaz ve devredilemez haklar olarak kabul edilmiştir². Gerek ruhen gerekse bedenlen sağlıklı, mutlu ve huzurlu bir toplum içinde yaşamayı insanoğlu tarih boyunca amaç edinmiş, bir takım çevresel ve bedensel faktörler sebebi ile sağlığında bozulma meydana geldiğinde hekime başvurarak sağlığını tekrar tesis etmeye çalışmıştır. Tedavi etme sanatı yeryüzü tarihi kadar eski olup³ hekimlik mesleği⁴, tarihin ilk çağlarından beri var olan ve insanların sağlığının bozulmasını önlemek,

¹ Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Ankara, Orion Yayınevi, 2007, s.38; Fulya Erlüle, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.1.

² Beden bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesi kişinin öldürülmemesini, herhangi bir organından yoksun hale getirilmemesini, maddi ve manevi açıdan işkenceye, sıkıntı ve üzüntüye maruz bırakılmamasını ifade etmektedir. Bahri Savcı, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1980, s.7; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, s.2.

³ Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s.18.

⁴ Hekimlik, hastaların klinik, biyolojik ve anatomik belirtilerinin tanınması, ilaçla, fiziksel, biyolojik cerrahi yöntemlerle uygun iyileştirme metotlarının belirlenmesi ve hastalığın devamlı surette takip edilmesi suretiyle yeni tedavi yöntemlerinin araştırılması gibi konularla ilgilenen meslek dalıdır. Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara Tekişik Ofset Tesisleri, 1993, s.1; Gençer Özdemir, **Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.21-22.

hastalıkları tedavi etmek, hastalığın olumsuz neticelerinden onları korumak ve netice itibari ile de insan ömrünü uzatmak amacını güden bir meslek olarak varlığını ve önemini her geçen gün artırarak sürdürmektedir ⁵. Hekimler görevlerini yerine getirirken her şeyden önce insana zarar vermemekle, insan sağlığını korumakla yükümlü olup bunun için zor, yoğun ve zorunlu bir eğitim sürecini tamamlamakta, belli bir alanda uzmanlaşarak uzmanlık alanına göre mesleğini icra etmektedirler. Hekimlerin hastalarını iyileştirme, hayatlarını kurtarma en nihayetinde insan ömrünü uzatma gibi yararlı birtakım eylemleri yanında bazen de ihmal vb. nedenlerle hastalarının sağlıklarının daha kötüye gitmesine hatta hayatlarını kaybetmelerine yol açan fiil ve işlemleri de olabilmektedir.

Günümüzde hekimler mesleğini icra ederken mesleğin gereklerine ve yasal mevzuata aykırı hatalı tıbbi müdahalelerde bulunabilmektedirler. Hekimler de insandır ve insan faktörünün olduğu her yerde hatanın olması kaçınılmazdır. Ancak söz konusu hatanın boyutu, kusurun varlığı veya düzeyi gibi hususlar göz önünde tutularak hekimin insan sağlığı için yararlı eylemleri takdir edilmekte, insan sağlığına zarar verildiği hallerde ise hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Tıbbi müdahale sürecinde sadece hekim yer almamakta, onunla birlikte hemşire, hastabakıcı, fizik tedavi uzmanı, laborant gibi vb. diğer yardımcı sağlık personeli de tıbbi müdahale süreci içinde görev almaktadır ⁶.

İlk kez kimin bir meslek bağlamında insanların sağlığı için kaygılandığı ve onlara yardım etmeye çalıştığı bilinmemekle birlikte çeşitli hastalıkları deneme yanılma yöntemi ile iyileştirilmeye çalışılması tıbbi uygulamaların başlangıcını oluşturduğu tahmin edilmektedir ⁷. Hekimlerin tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluğunun başlangıcı en eski uygarlıklara kadar dayanmakta ⁸, Mezopotamya

⁵İşıl Güney Tunalı, **Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020, s.43.

⁶ Özdemir, **a.g.e.**, s.22.

⁷Tunalı, **a.g.e.**, s.43.

⁸ Ortaçağda, Avrupa'nın tıbbın gelişimine bir katkısı olmamış bu dönemde İbni Sina, Razi, İbni Rüşd gibi hekimler tıbbın gelişiminde öncü olmuş, Rönesans ile birlikte anatomi ve deneysel bilgi ön plana çıkmıştır. 18. ve 19. Yüzyılda aşı ile enfeksiyonlardan korunma imkânı sağlanmış, 20.yüzyılda insülinin ve antibiyotiğin bulunması ile birlikte tıp alanında büyük ilerleme ve gelişme sağlanmıştır. Tunalı, **a.g.e.**, s.44-45.

uygarlıklarından biri olan Babiller'in Hammurabi Kanunları'nda hekimin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır⁹.

Hekimlik mesleği ve bu meslek uygulamasında yapılan iş, insan sağlığı ve yaşamı açısından büyük bir önem arz etmekte ve hekimin tıbbi müdahale sürecindeki hatalı uygulamaları tıbbi hata olarak adlandırılmakta ve bu durum hekimin hukuki ve cezai sorumluluğuna yol açabilmektedir¹⁰.

B. Tıbbi Müdahale Kavramı ve Bu Kavrama İlişkin Esaslar

Hasta Hakları Yönetmeliği m.4/g uyarınca tıbbi müdahale, *“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim”* olarak tanımlanmıştır¹¹.

Konuya ilişkin yasal mevzuat incelendiğinde tıbbi müdahale kavramı için şöyle bir tanımlama yapılabilir. Tıbbi müdahale¹², tıp mesleğini icra eden yetkili kişi

⁹ Yunan Medeniyetinde hekimlerin hocası olarak kabul edilen Hipokrat tıp alanında tedavi edici metotları uygulamasının yanında Hipokrat Yemini olarak adlandırılan yemin ile de hekimlerin sahip olması gereken ahlaki özelliklerini belirlemiş bu bağlamda hekimlerin hastalarına karşı nezaketli ve sabırlı olmaları, bilgisini paylaşma ve öğretmeye istekli olmaları, hırslarına hakim ve temiz bir vicdana sahip olmaları gibi vb. bir takım kişilik özelliklerinin bulunması gerektiğini öngörmüştür. Tunalı, **a.g.e.**, s.43-44; İmparator Hammurabi tarafından yayınlanan Hammurabi Kanunları'nda hekimlere “asu” adı verildiği ve bronz bir neşter ile müdahale ettiği hastasında tehlikeli bir yara açarak onun ölümüne veya gözünü kaybetmesine sebep olursa hekimin iki eli kesilmektedir. Ölen bir esir ise hekim, esirin sahibine yeni bir esir vermek zorundaydı. Hekimin esirin gözünü bronz bir neşter ile açarak gözünü harap etmişse esirin sahibine esirin bedelinin yarısını ödemesi gerekmektedir. Özdemir, **a.g.e.**, s.21-22; Mehmet Demir, **Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s.142, dn.269, Ali Haydar Bayat, **Tıp Tarihi**, İstanbul, Zeytinburnu Belediyesi Yayınları, 2016, s.54-55, Pervin Somer, “Roma Hukuku'nda Hekimin Sorumluluğu”, **M.Ü.H.F.D.**, C:14, S:4, 2008, s.134; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.42; Veysel Donbaz, “Mezopotamya ve Anadolu'da Eski Tıp”, **III.Türk Tıp Tarihi Kongresi Bildirileri**, 1993, İstanbul, Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.329; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.4; İdris Taşcan/Suat Çalışkan, **Tıbbi Uygulama Hataları ve Hekim Suçları**, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2018, s.29; Ebru Mandacı Uncu, “Eski Mezopotamya'da Tıp”, **History Studies**, C: 5, S: 5, 2013, s.109-112; Mebrure Tosun/Kadriye Yalvaç, **Sümer, Babil, Asur Kanunları ve AmniŞaduqa Fermanı**, Ankara, Türk Tarih Kurumu, Basımevi, 2002, s.206.

¹⁰ Özdemir, **a.g.e.**, s.22.

¹¹ Ayşe Betül Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, **Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu, Borçlar Hukuku Monografiler**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s.17; Merve Gürçan; **Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi, Estetik Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Eser Sözleşmesi- Estetik Tıbbi ve Cerrahi Müdahaleler Yargıtay Kararları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020, s.39.

¹² Bir hastalığın önlenmesi veya iyileştirilmesi için teşhis ve tedavi amacıyla doğrudan veya dolaylı olarak yapılan tıbbi etkinlik tıbbi müdahale olarak kabul edilir. Selvi Özçetin/Murat Balaban; **Sağlık Hukuku**, 1. Baskı, Ankara Seçkin Yayıncılık, 2015, s.43; Atiye Uygur, “Hekimin Sözleşmeden

tarafından doğrudan veya dolaylı olarak bedensel, fiziksel veya psikolojik bir rahatsızlığı tedavi etmek, tedavinin mümkün olmadığı hâllerde hastalığı hafifletmek, ilerlemesini ve kötüye gitmesini önlemek, acıları dindirmek¹³, ortaya çıkmamış ama çıkması muhtemel hastalıkları önlemek amacı güden, hasta adı verilen kişi üzerinde uygulanan, tıp bilimine ve yasal mevzuata uygun olması gereken¹⁴ her türlü tıbbi

Doğan Hukuki Sorumluluğu”, **Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara, 2009, s.50 ;Zarife Şenocak, **Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:50, S:4, 2001, s.66; Nejdet Şatır, **Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay-Danıştay İçtihatları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s.15; Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul Filiz Kitabevi, 1993, s.15; Bahu Kılıç Güneş, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, 1.Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s.45; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.31.

¹³Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.17-18; Özdemir, **a.g.e.**, s.23-24; Özge Yücel/Gürkan Sert, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, İstanbul, Seçkin Yayınevi, Şubat 2018, s.34; Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.45; Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı Kitap, 1991, s.5; Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s.45; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.7; Zafer Kahraman, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:7, S:1, 2016, s.480; Battal Yılmaz, **a.g.e.**, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.1; Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Ankara, Vedat Kitapçılık, 2006, s.22; Uğur Şimşek, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza” Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan III, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:16, Özel Sayı, İzmir 2015, s.3537; Ecem Kirkit, **Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s.15; İsa Yardım, **Tüketici Olarak Hasta Hakları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s.13; Ayça Çakal, **Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.22.

¹⁴ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.17-18; Yargıtay 4. HD’nin 07/03/1977 tarih ve 1977/6297 E., 1977/2541 K. sayılı kararında; “Hekim tababeti yerine getirirken, tıbbi uygulamaları kişinin yaşamını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır. Özdemir, s.24; Kemale Aslanova, **Sağlık Hukuku Ders Notları**, 2. Baskı, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2019, s.33.

eylemdir¹⁵. Hekimin hastanın sağlığını kazanması amacı ile gerçekleştirdiği her türlü faaliyet tıbbi müdahale olarak deđerlendirilir¹⁶.

Hukukumuzda tıbbi müdahalenin yasal dayanağını Anayasanın 17/2. maddesioluşturmaktadır. Anayasanın 17/2. maddesine göre; “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut btnliğne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*”

Tıbbi müdahale kavramı geniş anlamda yorumlanmakta ve hastaya protez takılması, onun ruh sağlığının düzeltilmesi, doku ve organ nakli, diş çekimi ve dişlere yönelik yapılan tedaviler ile estetik ameliyatlar da¹⁷ tıbbi müdahale olarak deđerlendirilmektedir¹⁸.

¹⁵ zcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.17-18; Gürcan, **a.g.e.**, s.40; Berna zpınar, **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulamanın Hatalı Sonuçları**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Güngör Basım Yayım, 2007, s.2; Hatice Sarıtaş, **Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu** Ankara, Bilge Yayınevi, 2006, s.17; Ali Türkmen, **Hasta ve Hekim Hukuku**, Samsun, Yılmaz Kitabevi, 2009, s.35; zdemir, **a.g.e.**, s.23-24; Ahmet Er/mr Topaç/Serap Kaygusuz, **Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.32; Burcu G. zcan/ağlar zel, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla ıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, C:10, S:1; 2007, s.55; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.5; Aşıoğlu, **a.g.e.**, s.7; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.46; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.43; Ragıp şengül, **Hasta İle Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu**, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2020, s.6.

¹⁶ zcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.17; Mustafa Sütlaş, **Hasta ve Hasta Yakını Hakları**, İstanbul, ivi Yazıları Yayınevi, 2000, s.42; Türkmen, **a.g.e.**, s.40; zlem Yenerer akmut, **a.g.e.**, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuk Açısından İrdelenmesi**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2003, s.24; Yılmaz, **a.g.e.**, s.17.

¹⁷ akmut, **a.g.e.**, s.24; Estetik amaçlı yapılan müdahaleler tıbbi müdahale olarak kabul edilmekte ancak kendisine estetik amaçlı müdahalede bulunulan kişi hukuken hasta tanımı içerisinde yer almadığı görüşünde olan yazarlar mevcuttur. Rezzan Günday, **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.3; Aykut Cemil Aykın/Serkan ınarlı, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, şekin Yayıncılık, 2016, s.274; Demir, **Tıbbi Sorumluluk** s.79-82; Nihan Koyuncu Aktaş, **Hekimin zen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu**, İstanbul, On İki levha Yayıncılık, 2020, s.27; Taşcan/alışkan, **a.g.e.**, s.25-26; Estetik operasyon, kişinin doğuştan sahip olduğu veya sonradan gerçekleşen bir etken sebebi ile veya her şeyden bağımsız olarak kendiliğinden oluşan ve dış görüntüsünü bozan, bozduğu düşünülen görünüş bozukluklarının düzeltilmesi veya bir şekil bozukluğu olmasa bile estetik bir görünüm sağlama amacıyla yapılan müdahalelerdir. Merter zay, **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.23.

¹⁸ akmut, **a.g.e.**, s.24; zdemir, **a.g.e.**, s.24; Mustafa Kırcalıoğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.4; Mine Kaya, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, S:100, 2021, s.47; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.45; Kahraman, **Medeni Hukuk**, s.481; zpınar, **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama**, s.16-17; Taşcan/alışkan, **a.g.e.**, s.25.

Hastaya konulan teşhis ve yapılacak tedavinin hukuka uygun bir tıbbi bir uygulama olarak kabul edilmesi için tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olacak şekilde tıbbi uygulamada bulunma yetkisine sahip kişiler tarafından yapılması, hastanın yapılacak işlem konusunda aydınlatılması ve rızasının alınması gerekir¹⁹. Hekim kavramı²⁰ kendisine hukuk düzeni tarafından tıbbi müdahalelerde bulunma yetkisi tanınan kişileri ifade etmekte ve tıbbi müdahalelerde bulunma yetkisi kanunen hekimlere ait olmaktadır²¹. Hekimin bu yetkiyi kullanabilmesi için belirli bir eğitim alması ve devletin yetkili kurumlarından gerekli ruhsatı alması gerekmektedir²². Diğer sağlık mesleği mensuplarının tıbbi müdahalede bulunması ancak hekimin denetim ve gözetimi altında mümkündür

C. Tıbbi Hata Kavramı ve Bu Kavrama İlişkin Esaslar

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.13 uyarınca; *“Tıbbi hata, bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi ya da hekimliğin kötü uygulanmasıdır”*²³. Amerikan Sağlık Bakım Organizasyonları Akreditasyonu Birleşik Komisyonu (Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations) tıbbi hatayı, *“sağlık hizmeti sunan bir profesyonelin uygun ve etik olmayan bir davranışta bulunması, mesleki uygulamalarda yetersiz ve ihmalkâr davranması sonucu hastanın zarar görmesi”* şeklinde tanımlamıştır²⁴.

¹⁹ Kirit, **a.g.e.**, s.67; Kaya, **Aydınlatma Yükümlülüğü**, s.48; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.221-222; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.188; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.331-332, Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.49; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.11; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.27; Yılmaz, **a.g.e.**, s.48-49, Koyuncu Aktaş, **a.g.e.**, s.42, Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.296; Özdemir, **a.g.e.**, s.26; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.18.

²⁰ Hekim, tıp fakültesi mezunu olan ve kendisine hasta tedavi etme ve tıbbi müdahalede bulunma yetkisi tanınmış kişidir. Kerem İlgin, **Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s.17-18; Güneş Kılıç, **a.g.e.**, s.17; **Türk Dil Kurumu**; hekim, “İnsanlardaki hastalıkları teşhis ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden kimse, doktor, tabip” olarak tanımlanmaktadır. <https://sozluk.gov.tr/hekim>, (ET:27.08.2023).

²¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.45; Özdemir, **a.g.e.**, s.25; Yılmaz, **a.g.e.**, s.3-4; Çakmut, **a.g.e.**, s.28; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.45; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.56, Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.41.

²² Özdemir, **a.g.e.**, s.25-26. Kamuya ait hastanelerde görev yapan hekimin tedavisini yaptığı hasta ile arasında özel hukuk anlamında bir sözleşme ilişkisi olmayı, idare hukuku ilişkisi mevcuttur. Bu nedenler kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahalelerden kaynaklanan zararlar için sorumluluk idare hukuku kurallarına çözülecek ve devlet hastanelerinde görev yapan hekimin verdiği zararlara için hasta ile idare arasındaki hizmet kusuruna dayanılarak idari yargıda idare aleyhine dava açılacaktır. Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.29.

²³ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.22.

²⁴ Özdemir, **a.g.e.**, s.28; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.22.

Tıbbi hata, hekimin ya da diğer sağlık çalışanlarının gerçekleştirdiği tıbbi uygulama sürecinde tıp biliminin ilkelerine uyulmaması sonucu, kasıtlı olmayan, ihmal, bilgisizlik ve benzeri beklenmedik sebeplerle ortaya çıkan ve hedeflenen neticeden sapma durumu, bir hastalığın, sakatlığın, sendromun, enfeksiyonun ya da psikolojik bir rahatsızlığın eksik veya yanlış teşhis ve tedavisidir"²⁵. Bir başka deyişle tıbbi hata, sağlık hizmeti sürecinin ve tıbbi uygulamanın eksik veya yanlış yürütülmesi sonucu ortaya çıkan esasında önlenabilir olan ve hasta açısından istenmeyen durumlardır²⁶. Burada önemli olan hastanın söz konusu hatadan ne şekilde etkilendiği değil; konulan teşhisin ve buna bağlı olarak gerçekleştirilen tedavinin konunun uzmanı tarafından yanlış kabul edilip edilmediğidir²⁷. Hekimin kusurlu sayılması için objektif olarak da tıbbi sürecin gelişiminde, sübjektif olarak bireysel yetenekleri, uzmanlığı ve bilgisine göre gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı hastanın sağlığında meydana gelen zararı yani istenmeyen sonucu önleyebilecekken bu dikkat ve özeni göstermemiş olması gerekir²⁸. Pratisyen bir hekimden beklenen dikkat ve özen ile üniversitede profesör unvanına sahip hekimden veya acilde görev yapan hekimden beklenen dikkat ve özen aynı olmayacak, uzmanlık durumu ve uzun saatler boyunca çalışma gibi farklı koşullar ayrı ayrı değerlendirilecektir²⁹.

²⁵ Özdemir, **a.g.e.**,s.27; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.282; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.779; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s, 325, Özdemir, **a.g.e.**, s.27-28.

²⁶ Dilek Güleç/Şeyda Seren İntepeler, "Tıbbi Hatalarda Tutum Ölçeğinin Geliştirilmesi", **Hemşirelikte Araştırma Geliştirme Dergisi**, C:15, S:3, 2013, s.27; Özdemir, **a.g.e.**, s.27-28; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.324-325.

²⁷ Bayram Metin, "Hemşirelik Hizmetlerinde Hasta Güvenliği ve Tıbbi Hata (Malpraktis)", **Sağlık Akademisyenleri Dergisi**, C:5, S:1, 2018, s.77; Günday, **a.g.e.**,s.111; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.347-349; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.779; Özdemir, **a.g.e.**, s.28; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.325; Doktrinde Öztürkler hatalı tıbbi tedavi için şu unsurları öngörmektedir. 1)Meslek ve sanatta acemilik, 2)Hastaya kasıtlı olarak zarar verilmesi, 3) Hasta ile hekim arasındaki sözleşmeye aykırı hareket, 4) Hatalı ve tehlikeli muayene sonucu hastanın zarar görmesi, 5) Tıbbi aletlerin yanlış kullanımı kaynaklı hastanın zarar görmesi, Cemal Öztürkler, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Ankara, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.21-22.

²⁸ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, **Ceza Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.140; Tıbbi hata hekimin mesleki kusurunun bulunması halinde söz konusudur. Kemal Berkarda, "ABD'nde Tıbbi Kusur Davası-Yeni Zelanda'da Tedavide Şanssızlık Tazminat",**İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Y:7, S:1-3, 1988, s.20. vd.; Erhan Büken/Nükhet Ö. Büken, "Yasal ve Etik Yönleriyle Türkiye'de Tıbbi Malpraktis", **Çağdaş Tıp Etiği**, Ed. Prof. Dr. Ayşegül Demirhan Erdemir- Prof. Dr. Öztan Öncel- Doç. Dr. Şahin Aksoy, (ss.163-178), İstanbul Nobel Tıp Kitabevleri, 2003, s.164; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.23.

²⁹ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.24; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.23.

Tıp biliminin tarihsel sürecinin hemen hemen her döneminde tıbbi hatalar yapılmakta ve tıp bilimi gelişme gösterdikçe, yeni uygulama alanları, yeni tıbbi süreçler, tedaviler ortaya çıktıkça tıbbi uygulama hataları da değişim göstererek farklı şekillerde varlığını devam ettirmiş, bu durum hasta güvenliği kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Hasta güvenliği³⁰, hastanın sağlık hizmetlerinden yaralandığı esnada tıbbi uygulama hataları ile karşı karşıya kalmadan tedavisinin yapılması için gerekli önlemlerin alınması ve gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde olan tehlikelerin ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir³¹. Tıbbi müdahalenin konusunu insan oluşturmakta tedavi insanın yaşamı, sağlığı ve kişilik haklarını yakından ilgilendirmektedir³². Robotik cerrahinin uygulandığı durumlarda dahi tıbbi müdahalede bulunan kişi yine hekim-insan olduğu için tıbbi bir hatanın olabileceği ihtimali mevcuttur. Bu sebeple hasta güvenliği büyük önem arz etmekte ve bir bütün olarak ele alınarak tüm tıbbi uygulama sürecinde hasta güvenliğinin sağlanması gerekmektedir³³.

Tıbbi hatanın gerçekleşmesinin nedenleri insan kaynaklı nedenler, kurumsal kaynaklı nedenler ve teknik nedenler şeklinde olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. İnsan kaynaklı nedenlere, bilgi eksikliği, yetersiz eğitim, yorgunluk, mantık hatası, kurumsal kaynaklı nedenlere, hatalı işyeri politikalar, idari ve finansal yapı, işyeri yapısı, personelin yanlış dağıtımı, yetersiz personel istihdamı, teknik nedenlere ise entegrasyon eksikliği, az sayıda ve yetersiz cihazlar, otomasyon sisteminin yetersizliği gibi nedenler örnek gösterilebilir³⁴.

³⁰ Hasta güvenliği, gelişmiş ülkelere, gelişmekte olan ülkelere nazaran daha fazla önemsenmiş, nitekim ABD’de Ulusal Hasta Güvenliği Kuruluşu adıyla bir kuruluş kurulmuş ve bu kuruluş hasta güvenliğini; "sağlık hizmetlerine bağlı hataların önlenmesi, olası tehditlerin ortadan kaldırılması ve azaltılması" şeklinde tanımlamıştır. Özdemir, **a.g.e.**, s.27.

³¹ Anita Karaca/Hediye Aslan, "Hemşirelik Hizmetlerinde Hasta Güvenliği Kültürünün Değerlendirilmesine Yönelik Bir Çalışma", **Sağlık ve Hemşirelik Yönetimi Dergisi**, C:1, S:1, 2014, s.10; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.324-325; Özdemir, **a.g.e.**, s.27; Melek Ardahan /Fethiye Yelkin Alp, "Hasta Güvenliği ve Hasta Güvenliğini Sağlamada Sağlık Çalışanlarının ve Yöneticilerin Rolü", **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, C:6, S:2, Nisan 2015, s.85; Ayşe Çiçek Korkmaz, "Geçmişten Günümüze Hasta Güvenliği", **İnönü Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokulu Dergisi**, C:6, S:1, 2018, s.11.

³² Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.23.

³³ Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.323; Özdemir, **a.g.e.**, s.27; Karaca/Aslan, **a.g.m.**, s.10, Korkmaz, **a.g.m.**, s.11.

³⁴ Halide Savas, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.42; Mehmet Top/Ömer Gider/Yunus Taş/Seher Çimen, "Hekimlerin Tıbbi Hatalara Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinden Bir Alan Çalışması", **Hacettepe**

Sağlık hizmeti alınırken karşılaşılan tıbbi hataların sadece bir meslek grubuna ya da bir kişiye mal edilmesi doğru olmayıp, hizmetin alındığı hastanedeki sistemin ve organizasyonun da iyi tasarlanması ve iyi yönetilmesi gereklidir. Tıbbi hata, sağlık hizmetinin alındığı hastanedeki sistemin ve organizasyonun iyi tasarlanmaması ya da iyi yönetilmemesi sonucu ortaya çıkmış ise bu durumda ilgili sağlık kuruluşunun da hukuki ve o sağlık kuruluşunun yetkililerinin cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁵.

DSÖ'nün 2007 yılında düzenlediği Cenevre Konferansı'nda dünyada her yıl on milyon insanın önlenmesi mümkün tıbbi hatalar nedeniyle hayatını kaybettiği veya sakat kaldığı tespiti yapılmıştır³⁶

Tıbbi hataları azaltmaya çalışırken hem gerekli tedbirleri en üst düzeyde almak hem de caydırıcılığı artırmak ve tıbbi hatanın olduğu durumlarda gerekli hukuki ve cezai yaptırımları uygulamaktan çekinmemek gerekir. Tıbbi hatalar nedeniyle sağlık personeline cezai müeyyide uygulamanın daha sonra ki dönemlerde ve zaman içerisinde cerrah ve tedaviye katılacak hekim ve sağlık personeli bulmayı zorlaştıracağı da bir gerçektir. Bu sebeple tedavi sonucu ortaya çıkan bir komplikasyonun varlığı mı yoksa tıbbi bir hatanın mı olduğu dikkatli bir şekilde

Sağlıkdaresi Dergisi, C:11, S:2, 2008, s.167; Öztürkler, **Tıbbi Sorumluluk**, s.21-22; Metin, **a.g.m.**,s.77; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.288-289; Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.342; Hastanın uygulanan tedaviye cevap vermemesi ya da uygulanan tedavi kapsamında ortaya çıkan komplikasyonlar, tıbbi hata olarak değerlendirilmez. Ancak tıbbi hatanın varlığı değerlendirilirken yapılan hatanın komplikasyon savunması ile gizlenmesi hastanın bir kez daha mağdur edilmemesi gerekir. Özdemir, **a.g.e.**,s.27-28.

³⁵ Yargıtay **12. Ceza Dairesi 21.05.2014 tarih ve 2013/12587 E., 2014/12238 K.** sayılı kararında; "Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'ne göre, hastane hizmetlerinin 7 gün 24 saat kesintisiz ve zamanında yapılabilmesi için hastanede bulunan teknik araç, gereç ve cihazların arızalanmaları durumunda, haftada 7 gün 24 saat esasına göre zamanında bakım ve tamirlerinin yapılması için fennen yetkin kişi ve kuruluşlardan hizmet satın almak suretiyle sağlanması görev ve sorumluluğu bulunmasına rağmen, görev ve sorumluluğunu yerine getirmede ihmalinin bulunduğu, olayın meydana gelmesine kusurlu davranışları ile sebebiyet veren hastanenin baş hekimi sanık Dr. İ. B. ile hastane müdür muavini sanık M.T.'nin atılı suçtan mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken, delillerin hatalı değerlendirilmesi sonucu yazılı şekilde sanıkların beraatına karar verilmesinin bozulmasına" şeklinde karar vermiştir. Aktaran: Özdemir, **a.g.e.**, s.29.

³⁶ Filiz KabuHergül/Türkan Özbayır/Fadime Gök, "Ameliyathanede Hasta Güvenliği: Sistematik Derleme", **Pamukkale Tıp Dergisi**, C:9, S:1, 2016, s.88; Emel Filiz, "Hastanede Hasta Güvenliği Kültürü Algılamasının ve Sağlık Çalışanları ile Toplumun Hasta Güvenliği Hakkındaki Tutumunun Belirlenmesi", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Konya, 2009, s.3; Ardahan/Alp, **a.g.m.**,s.85; Özdemir, **a.g.e.**, s.30; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.323-324.

tespit edilmelidir³⁷. Tıbbi uygulama hatası nedeniyle yaşamını yitiren veya sakat kalan kişi mağdur edilmemeli bunun yanında gerekli dikkat ve özeni göstererek görevini layığı ile yapan cerrah, hekim ve sağlık personeli de korunmalı bu hususta gereken denge sağlanmalıdır.

D. Tıbbi Kötü Uygulama-Tıbbi Uygulama Hatası(Malpraktis)–Hekimlik Mesleğinin Kötü Uygulanması Kavramları

Tüm bu terimler esasında aynı durumu ifade eden farklı terimlerdir. İngilizce bir kelime olan malpractice kavramının Türkçe karşılığı tıbbi kötü uygulama- tıbbi uygulama hatası(malpraktis)– hekimliğin kötü uygulanmasıdır.

1. Tıbbi Uygulama Hatası(Malpraktis) Kavramı

Bu kavramın yasal mevzuat içinde bir tanımı bulunmamakla birlikte genel olarak hekimin, tıbbi uygulama sürecinde ve hastalığın teşhisinde, tedavisinde hastanın zararına neden olabilecek dikkatsiz ve ihmalkâr davranışlarda bulunması, özen yükümlülüğüne aykırı davranması³⁸, yetersizlik, ihmal³⁹, dikkatsizlik, bilgisizlik ve beceri eksikliği olarak kabul edilmektedir. Bir başka ifade ile tıbbi kötü uygulama, sağlık personelinin, beceri ve özen eksikliği neticesinde aynı hizmeti sunan başka bir meslektaşının sağlayabileceği olağan hizmeti ve tedaviyi tıbbin

³⁷ Cerrahi müdahaleler, anestezi uygulamaları, ilaç reaksiyonları, ameliyatlardan sonrasında ortaya çıkan sorunlar, kan transfüzyonu, laboratuvar tetkik ve incelemeleri sırasında ortaya çıkan hatalar uygulamada hekimler tarafından en sık yapılan tıbbi hatalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde malpraktis kaynaklı davalar açısından en riskli tıbbi alan kadın hastalıkları ve doğum uzmanlığı, anestezi ve ortopedi ile ilgili olan alanlar olarak gerçekleşmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**,s.345; Özdemir, **a.g.e.**, s.30-31.

³⁸ Öztürkler, **Tıbbi Sorumluluk**, s.21, Özpınar, **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama**, s.43; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.282; Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**,s.343-344. Somut olayda hekimin kusurunun bulunup bulunmadığı, gerçekleşen neticeye göre değil tedavi sürecindeki objektif ve sübjektif koşullara göre belirlenmekte, somut olayın özelliklerine göre tıbbi müdahalenin ihtimal dahilinde olan risk ve faydalarının karşılaştırılması, bunu yaparken de hasta yararını göz önünde bulundurup ona göre karar vermesi hekimden beklenmektedir. Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**,s.344; Özdemir, **a.g.e.**, s.31.

³⁹ Tıbbi kötü uygulama açısından ihmal, mevcut şartlarda gerekli olan teşhis ve tedaviyi gerçekleştirilememek, meslekte deneyimli bir hekimin aynı şartlar altında sergilemesi gereken performansı göstermemesi, yapılması gerekeni yapmaması, yapılmaması gerekeni yapması ya da dikkatsizlik göstermesidir. Özdemir, **a.g.e.**,s.31; Özpınar, **a.g.e.**, s.45; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.327-328.

gereklerine uygun şekilde sağlayamaması⁴⁰ ve gereken başarılı performansı gösterememesi sonucu hastanın zarara uğraması halidir⁴¹.

Yapılacak tıbbi müdahalenin olumlu bir netice alınabilmesi için hastanın öyküsünün doğru ve tam bir şekilde (anamnez) alınması ve teşhis amaçlı muayenenin de gerektiği gibi yapılması önem arz etmektedir. Hastanın öyküsünün eksik ve yetersiz alınması durumunda tıbbi kötü uygulama dolayısıyla hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴².

Hastaya uygulanacak tıbbi müdahale yöntemin doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için gerekli tetkik, tahlil ve konsültasyonların yapılmadığı bu konuda gerekli özenin hekim tarafından gösterilmediği durumlarda tıbbi kötü uygulama söz konusudur⁴³.

2. Tıbbi Kötü Uygulama Kavramı

Latince kökenli olan “*male*” ve *praxis*” kelimelerinden türeyen ve İngilizce “*Malpractice*” olarak ifade edilen bu terim hatalı ve kötü uygulama anlamına gelmekte, “Malpraktis” adı altında tüm meslek dalları için geçerli olduğundan ayırt ediciliğin sağlanması açısından sağlık alanında hatalı ve kötü uygulamayı ifade etmek için “tıbbi malpraktis” terimi kullanılmaktadır⁴⁴.

Tıbbi uygulama hatası (tıbbi malpraktis), sağlık personelinin mesleğini yerine getirirken kusurlu ve ihmali eylemleri neticesinde hastanın zarar görmesine neden olunması, tıbbi müdahale sırasında hatalı teknik kullanılması, tıp biliminin kurallarına riayet edilmemesi, bilgisizlik, beceri eksikliği, zihinsel muhakeme

⁴⁰Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**,s.341; Özdemir, **a.g.e.**, s.32; Cemal Öztürkler, **Uygulamanın İçinden Ölüm ve Bedeni Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.337; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.281 Özpinar, **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama**, s.45.

⁴¹ Özpinar, **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama**, s.45; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**,s.328; Öztürkler, **Maddi Tazminat**, s.337; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.341, Özdemir, **a.g.e.**, s.32.

⁴²Nur Yücel Sarıbaş, **Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, Legal Yayıncılık 2021, s.65; Polat Tunçer, **a.g.e.**,**Sağlık Hukuku Temel Bilgileri, Adalet Yayınevi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.41.

⁴³ Sarıbaş, **a.g.e.**,s.66.

⁴⁴Halide Savaş, "Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar", **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 10-17 Eylül 2011, s.270; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.326; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.220; Özdemir, s.32.; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.347.

hataları, dikkatsizlik birçok nedene bağlı olarak meydana gelen⁴⁵ ve sonucu istenmeyen bir şekilde hastanın hayat kalitesinin azalması, hastalığının normal seyri dışında seyretmesi, çeşitli sakatlıkların ya da ölüm olaylarının yaşanması ile sonuçlanan hatalardır⁴⁶.

Malpraktis teriminin esas temelini tıbbi hata kavramı teşkil eder⁴⁷ ve tıp biliminin kurallarına ve gereklerine aykırı olarak yapılan her çeşit tıbbi müdahale malpraktis olarak kabul edilir⁴⁸.

Tıbbi uygulama hatasına ilişkin ilk kayıtlı dava 1374 yılında Stratton v. Swanlond davasıdır. Bu dava, yaralanmış elini tedavi için bir cerraha başvuran kadının tıbbi müdahaleden sonra elinde deformasyon olduğu gerekçesi ile açılmış olup davaya bakan yargıçlarhekimlerin ihmalkar davranışlarının meydana getirdiği zarardan sorumlu olacaklarını ancak gerekli dikkat ve özeni gösterdikleri ve tedaviyi düzgün bir şekilde yaptıkları taktirde hasta iyileşmese dahi sorumluluklarının olmayacağını karar altına almış ve bu karar günümüzdeki davalar açısından öncülük etmiştir⁴⁹.

⁴⁵ Gürsel Çetin, "Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu", **Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s.31; Hakeri, **Tıp Hukuku** s.220; Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.341; Özdemir, **a.g.e.**, s.32-33; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.348; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.326.

⁴⁶ Özlem Özer/Kenan Taştan/Turan Set/Yasemin Çayır/Mustafa Talip Şener, "Tıbbi Hatalı Uygulamalar", **Dicle Tıp Dergisi**, C:42, S:3, 2015, s.394; Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s.83-85; Özdemir, **a.g.e.**, s.32; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.281; Şengül, **a.g.e.**, s.87; Dünya Tabipler Birliği tarafından yapılan tanıma göre malpraktis; "*Doktorun tedavi sırasında standart, güncel ve uygun müdahaleyi yapmaması, beceri eksikliği veya hastayı tedavi etmemesi ile oluşan zarardır* ".Özdemir, s.33; Biyotıp Sözleşmesi m.4 uyarınca; "*Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.*" Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.22-23.

⁴⁷ 1955 yılında İskoçya'da görülen tıbbi ihmale ilişkin Hunter v Hanley davasında, teşhis ve tedavide ihmale ilişkin şu prensipler tespit edilmiştir: Teşhis ve tedavi alanında, fikir ayrılığı için geniş bir alan vardır ve bir kimsenin vardığı sonuç diğer profesyonellerinkinden farklı olduğu için veya diğerlerinin göstereceğinden daha az beceri ve bilgi sergilediği için ihmal sayılmaz. Teşhis veya tedavide normal uygulamadan saptığı iddia edilen bir hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için üç durumun tespit edilmesi gerekir. Birincisi o konuda normal bir uygulamanın olduğu kanıtlanmalı; ikinci olarak davalının bu uygulamayı benimsemediği kanıtlanmalı ve üçüncü olarak da hekimin benimsediği yolun, sıradan beceriye sahip hiçbir profesyonel adamın, eğer olağan bir dikkatle hareket etmiş olsaydı benimsemeyeceği bir yol olduğu kanıtlanmalıdır. "Özdemir, **a.g.e.**, s.33.

⁴⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.220; Er/Topaç/ Kaygusuz, **a.g.e.**, s.341; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.281; Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.65; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.326.

⁴⁹ Sarıbaş, **a.g.e.**, s.60.

Malpraktis⁵⁰ ifadesi, ilk kez, Sir William Blackstone tarafından hazırlanan ve 1768 yılında yayımlanan Commentaries on the Laws of England (İngiltere Kanunları Üzerine Yorumlar) adlı eserde yer alarak, tıbbi uygulama hataları, "yaralanmalar....ihmal ya da beceri eksikliği içeren hekimin, cerrahın ya da eczacının yönetimi" şeklinde belirtilmiştir⁵¹.

Amerika Birleşik Devletleri'nde tıbbi uygulama hatalarına ilişkin davalar ilk olarak 1800'lü yıllarda görülmeye başlansa da 1960'lı yıllara kadar bu tarz yasal iddia ve talepler nadir olarak ortaya çıkmış, 1960'lı yıllardan sonra ise tıbbi uygulama hatalarından kaynaklı davalarda artış olmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nde tıbbi uygulama hatasına ilişkin ilk dava 1794 yılında görülen bir davadır. Bu davada hekim ameliyatı en güzel şekilde gerçekleştirmek için söz vermiş ama ameliyat sonucunda davacının karısı ölmüştür. Mahkeme davacıyı haklı bulmuş tazminat ödemekle yükümlü tutmuştur⁵².

Günümüzde ise tıbbi malpraktis sebebi ile açılan davalara sıkça rastlanmakta ve Amerika'da özel artroplastik cerrahlarının katılımı ile yapılan bir araştırmada, katılımcı hekimlerin yüzde 70'inden fazlasının meslek hayatları boyunca en az bir kez tıbbi malpraktis davası ile karşı karşıya kaldıkları tespit edilmiştir⁵³. Amerika Birleşik Devletleri'nde artan davalar sonucunda yüksek tazminat miktarları oluşmuş ve bu durum da devletlerin hekimlerin sigorta primleri açısından yeni yasal düzenlemeler yapmasına yol açmıştır. Günümüzde yüksek tazminatlar sebebi ile hekimler kendi sigorta şirketlerini kurmak ve bu şirketlerden sorumluluk sigortası yaptırmak yoluna başvurmaktadırlar⁵⁴.

⁵⁰ Malpraktis hekimin meslek kusurunun bulunması durumunda söz konusu olur. Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.23; Berkarda, **a.g.e.**, s.20 vd.; **Büken/ Büken, a.g.e.**, s.164;

⁵¹ Onur Can Saatçioğlu, "Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya'daki Özel Hukuk Uygulamalarında Tıbbi Malpraktis Olgusu", **Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi**, Y:1 S: 1, Eylül 2009, s.192; Özdemir, **a.g.e.**, s.33; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.347-348; Savaş, **Malpraktis**, s.271.

⁵² Sarıbaş, **a.g.e.**, s.60.

⁵³ Amerika Birleşik Devletleri'nde tıbbi malpraktise maruz kaldığını iddia eden hastanın, şu dört hususu ispatlaması gerekir; 1. Hekimin, hastaya bakım ve tedavi sağlamak konusunda kanuni bir görevinin olduğunu, 2. Tedaviyi gerçekleştiren hekimin mesleki standartlara ve kurallara uymamak suretiyle görevini ihlal ettiğini, 3. Hekimin görevini ihlali ile hastanın yaralanması ya da zarar görmesi arasında illiyet bağının var olduğunu, 4. Zararın mevcudiyetini. Özdemir, **a.g.e.**, s.34.

⁵⁴ New York'da 1984 yılında yaşanan bir malpraktis davası bu konuda kapsamlı bir yasal mevzuat geliştirilmesine sebep olmuştur. Tedavi için hastaneye getirilen 18 yaşındaki Libby Zion'un sağlık durumu gece boyunca kötüleşmiş ve devamında da hayatını kaybetmiştir. Açılan davada jüri tıbbi

Tıbbi uygulama hatalarına yaklaşımda dünyada yapılan çalışmalara bakıldığında Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılında düzenlediği 44. Genel Kurulu'nda "Tıpta Yanlış Uygulama" konulu bildirisinde tıbbi uygulama hatası (tıbbi malpraktis) kavramını açıklanmış olduğu⁵⁵, OECD'nin 2005 yılında yayınlamış olduğu "Insurance Coverage of Medical Malpractice in OECD Countries" başlıklı raporunda tıbbi uygulama hatası sebebi ile açılan davaların zaman içerisinde arttığı görülmektedir⁵⁶. Dünyada çeşitli ülkelerdeki düzenlemelere ve uygulamalara bakılacak olursa, Hollanda'da tıbbi uygulama hatası meydana geldiği takdirde yaptırım iki dış denetim sistemi ile gerçekleşmekte, ya tıbbi kurul kararı ile disiplin cezası uygulanmakta veya Medeni Hukuk kuralları çerçevesinde tazminat sorumluluğuna gidilmekte, İsveç'te "Hasta Tazminat Sigortası" vb. uygulamaları ile sağlık personeli tıbbi uygulama hatalarına karşı sigorta yaptırma zorunluluğuna tabi tutulmakta, İngiltere'de sağlık hizmetlerinin önemli bir bölümü Ulusal Sağlık Hizmetleri'ne bağlı devlet hastaneleri tarafından yerine getirilmekte ve Ulusal Sağlık Hizmetleri kurumları kendilerine bağlı kuruluşlarda çalışan hekimlerin tıbbi uygulama hatalarından kaynaklan tazminatların sorumluluğunu üstlenmektedirler⁵⁷.

3. Hekimlik Mesleğinin Kötü Uygulanması Kavramı

Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice) kenar başlığını taşıyan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 13 uyarınca; *"Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir."*Bu yasal düzenleme uyarınca hekim tarafından, bilgisizlik, deneyimsizlik veya ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesine neden olacak şekilde tıbbi uygulama hatası yapılırsa bu durum hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelmektedir..

müdahaleyi gerçekleştiren hekimleri ve müdahalenin yapıldığı hastaneyi suçlu bulmuş bu dava sonrasında ise hekimlerin ve asistan hekimlerin çalışma sürelerinde sınırlamalar getiren yasal düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Sarıbaş, **a.g.e.**, s.61.

⁵⁵Habil Gökmen/Sibel Güleç, TıbbiMalpraktis Riskinin Yönetiminde Bir Araç Olarak Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortaları, **Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi**, C:1, S:1, 2010, s.9-16.

⁵⁶ Sarıbaş, **a.g.e.**, s.78.

⁵⁷ Hüseyin Cem Barlıoğlu, **Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.137; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.60.

Ameliyat esansında hastanın vücudunda yabancı cisim unutulması hekimin özen yükümlüğünün ihlali ve hekimliğin kötü uygulanmasına örnek teşkil etmektedir⁵⁸.

Hekimliğin kötü uygulanması ifadesi sadece hekim açısından değil, hastaya müdahale yetkisi bulunan tüm sağlık personelinin bu bağlamda hemşire, fizik tedavi uzmanı, psikolog gibi diğer sağlık çalışanlarının tıbbi uygulama yada tavsiyeleri sonucu hastalığın iyileşmesinin gecikmesi, hastalığın normal seyrinin dışına çıkması ve hastanın bundan zarar görmesi hatta hastanın ölümünü de kapsayan geniş bir kavramdır⁵⁹.

Hekimler hastanın tedavisine ilişkin yöntemleri seçerken çeşitli olasılıkları değerlendirmeli ve hasta için en uygun olan tedavi yöntemini belirlemeli ve hasta için tehlike ihtimali en az ve en az acı verecek olan yöntemi uygulamalıdır⁶⁰.

E. Defansif (Çekinik) Tıp

Hekimin her kusurunda sorumlu tutmak onu tıbbi müdahalede bulunurken çekinmesine ve ürkek bir şekilde mesleğini icra etmesine yol açacak ve buna ek olarak diğer meslekler ile kıyaslandığı zaman hekimlik mesleğini icra eden kişilere haksızlık teşkil edecektir. Bu nedenle hekimler hukuki sorumluluktan kurtulmak için bir takım defansif tıp uygulamaları geliştirmiştir⁶¹.

⁵⁸ Ameliyat sürecinde hastanın vücudunda yabancı bir cisim unutulması hususunda hekimler iki farklı görüşü savunmaktadır. Birinci görüş bu durumu şanssızlık olarak nitelendirmekte ve hekim ne kadar bilgili ve tecrübeli olursa olsun böyle bir durumun yaşanmasının ihtimal dahilinde olduğunu ileri sürmekte diğer görüş ise böyle bir durumu hekimin özen yükümlülüğünün ihlali olarak görmektedir. Sarıbaş, **a.g.e.**, s.70.

⁵⁹ Pervin Somer, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Kadir Has Üniversitesi Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 2011, s. 42; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.281; Şengül, **a.g.e.**, s.87. Özdemir, **a.g.e.**, s.34-35; Çetin, **a.g.e.**, s.31-42; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.348; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.328.

⁶⁰ Sarıbaş, **a.g.e.**, s.68; Henri Deschenux ve Pierre Tercier 1973 yılında "La Responsibilite Civile" adlı kitapta hekimin meydana gelen zarardan sorumlu olma koşullarını tespit etmişlerdir. Deschenaux'a göre; "Seçilmiş tedavi yöntemi, tıp biliminin umumiyetle kabul gören kurallarına aykırıysa ve hasta tedavi sürecinde gereksiz olarak tehlikeye uğratılmış böylece de güvenilir ve emin yolu tercih etme ilkesine uyulmamışsa, hekim bu surette ortaya çıkan zararlardan sorumludur." Özpınar, **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama**, s.55-56.

⁶¹ Defansif tıp uygulamaları, hukuki sorumluluk endişesinin yol açtığı ve maliyetlerine kıyasla çok az faydası olan, hiç faydası olmayan veya tamamen zararlı olan güvence ve kaçınma davranışlarından oluşmaktadır. Michelle M. Mello/David M. Studdert, **The Medical Malpractice System, Structure and Performance, Medical Malpractice and the U.S. Health Care System**, Edited by William M. Sage/Rogan Kersh, (ss.11-29), Cambridge University Press, 2006, s.23.

Defansif (çekinik) tıp, hekimin, hastanın maddi ve manevi tazminat talebi gibi gerek hukuki gerekse cezai yaptırımlarla ve bunlara ek olarak sorumluluk sigortası poliçe primlerini artırmamak gibi bazı sorumluluklar ile karşı karşıya kalmamak için riskli tıbbi müdahalelerden kaçınmak bu tarz uygulamalarda çekingen davranmak, gerekli olmayan bir takım tahlil ve tetkikler istemek suretiyle zaman ve maddi kayıplara sebep olmak şeklindeki davranışları ifade etmektedir⁶².

Defansif tıp uygulamasında hekim hastaya tıbbi müdahalede bulunmaktan çekinmekte ve ortaya çıkan neticeye göre kastından dahi sorumlu olabilmektedir⁶³. Hekimlerin tıbbi süreçte ortaya çıkan her olumsuz neticeden sorumlu tutulması bir anlamda sorumluluklarının kusursuz sorumluluk düzeyinde kabul edilmesi halinde hekimler defansif (çekinik) tıba yönelecek ve idari, cezai, hukuki ve etik sorumluluktan kurtulmak için tıbben gerekli olmadığı halde ek tahlil ve tetkikler isteme yoluna gidecek veya riskli durumda olan hastayı muayene ve tedaviden kaçınacaktır. Bu durum ilerleyen süreçte hekimlerin uzmanlık tercihlerini bile etkileyecek bir durum oluşturabileceği gibi buna ek olarak sağlık hizmetinin kalitesini de düşürecektir⁶⁴.

Son zamanlarda hekimlerin mesleklerini icra ederken özellikle hastayı tedavi sırasında ve sonrasında yaşadıkları şiddet olayları ve maruz kaldıkları idari soruşturmalar hekimlerin defansif tıp uygulamalarını gündeme getirmekte, çocuk cerrahisi, hematoloji vb. büyük önem arz eden uzmanlık branşları tercih edilmemeye ve bu alanlara ilişkin kadroların büyük oranda boş kaldığı görülmekte ve tüm bunlara ek olarak hekimlerin daha iyi imkan sağlandığını düşündükleri yabancı ülkelere göç ettikleri görülmektedir. Bu konuda gerekli biran önce tedbirlerin alınması

⁶² Yusuf Aynacı, "Hekimlerde Defansif Tıp Uygulamalarının Araştırılması", **Tıpta Uzmanlık Tezi**, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Konya, 2008, s.1; Hasan Tahsin Keçelgil, "Defansif Tıp Bağlamında Hekimin Cezai Sorumluluğu", **III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı**, Ed. Hakeri/Doğan, C.1, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.192; Aynur Toraman/ İlker Hüseyin Çarıkçı, "Defansif Tıbbın Nedenlerinin Hekim Gözüyle Değerlendirilmesi", **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, C:10, S:23, 2019, s.41; Kerem Yılmaz/Oğuz Polat/Begüm Kocamaz, "Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y:5, S:16, Ocak 2014, s.21; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**,s.27.

⁶³ Emre Akbulut, "İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:66, 2006, s.202; Hasan Tahsin Gökcan, "Tıp Uygulayıcılarının Ceza Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları", **II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyum Kitabı**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2009, s.121; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**,s.27.

⁶⁴ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**,s.27-28.

gerekmekte, özellikle şiddet gösteren hasta ve hasta yakınları için bu suçlara karşılık gelen cezai yaptırımlar caydırıcı nitelikte olacak şekilde düzenlemeler ivedilikle yapılmalıdır.

II. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Önceki dönemlerde tıp hukuku alanında geçerli olan *"iyileştiren daima haklıdır"* kuralı günümüzde geçerliliğini yitirmiş olup artık bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için bazı şartların mevcudiyeti aranmaktadır. Bu şartlardan ilkinin tıbbi müdahalenin yetkili sağlık personeli tarafından yapılması oluşturmaktadır. Kural olarak, tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler hekimler olmakla birlikte yetkileri kapsamında ya da hekimin denetimi ve gözetimi altında olmak şartı ile diğer sağlık personelinin de tıbbi müdahalede bulunma yetkisi vardır. Hekimin hasta üzerinde gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu *"hakkın icrası"* olgusuna dayanmakta ve hekimlere tanınan bu hakkın kapsamını, hastanın rızası, yasal mevzuatın, tıbbi örf ve adet kurallarının verdiği yetki oluşturmaktadır⁶⁵. Türk Hukuku, Avusturya Hukuku ve Alman Hukuku hekimin yaptığı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için hastanın rızasının varlığını aramakta hastanın rızasının⁶⁶ olmadığı hallerde bu müdahaleyi hastaya karşı yaralama suçunun oluşturacağını kabul etmektedir⁶⁷. Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden söz edebilmek için birtakım şartların mevcudiyeti gerekli olup bu bölümde bu şartlar açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Tıbbi Müdahalenin Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Gerçekleştirilmesi Zorunluluğu ve Bu Zorunluluğa İlişkin Ayrıntılar

Tıbbi müdahaleyi yapan kişinin yasal mevzuat gereği gerekli eğitimi tamamlamış, konusunda uzman bir kişi olması gerekmektedir. Tıbbi müdahalenin

⁶⁵ İsmail Atak, "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları", **TOTBİD Dergisi**, S: 19, 2020, s.20; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.331-332; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.188-189, Özdemir, **a.g.e.**, s.37; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.221, Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.267-269; Yılmaz, **a.g.e.,a.g.e.**, s.3.

⁶⁶ Medeni hukukta, Ceza hukukundan farklı olarak, hastanın vücut bütünlüğüne yapılan her türlü müdahale kanuna aykırıdır ve yaralanma olarak kabul edilir, hastanın rızasının varlığı söz konusu kanuna aykırılığı ortadan kaldıran bir durumdur. Özdemir, **a.g.e.**, s.38.

⁶⁷ Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.1332; Özdemir, **a.g.e.**, s.38; Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.32, Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.267.

hukuka uygun olarak gerçekleştirilmiş olması için müdahaleyi yapacak kişinin kanun tarafından yetkilendirilmiş yani konusunda uzman bir hekim olması gerekmektedir⁶⁸. Tıbbi müdahalenin bir ekip tarafından gerçekleştirilmesinin gerekli olduğu hallerde hekimler dışındaki konusunda uzman ve yasal mevzuat gereğince gerekli eğitimi aldığını tasdik eden bir belge sahibi sağlık personeli de tıbbi müdahale süreci içerisinde yer alabilmektedir⁶⁹. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da, hekim dışında, hastabakıcı, hemşire, acil tıp teknisyenleri gibi sağlık görevlilerinin, uzman oldukları alanlarda belirli tıbbi uygulamaları gerçekleştirmek konusunda yetkili olduğu belirtilmektedir⁷⁰.

Toplum sağlığını korumak amacı⁷¹ ile acil durumlar ve ilk yardım halleri dışında tıbbi müdahale yetkisi sadece konusunda uzman hekimlere ve hekimin kontrolü ve denetimi ile⁷² sağlık personeline ait olup, kişinin hekim ya da sağlık personeli dışındaki bir kimseye tıbbi müdahale de bulunma yetkisi vermesi kanunen geçersizdir. Yetkisiz bu kişilerin yaptıkları tıbbi müdahaleler cezai ve hukuki bir takım yaptırımlar ile karşı karşıya kalacaktır⁷³

Tıbbi müdahalede bulunma yetkisine sahip olma hususu da bir takım şartları gerektirmektedir. Bu şartlar mesleği icra yetkisine sahip olma, Türk Tabipler Birliği üyesi olmak ve hekimlik mesleğinin icrasına engel bir halin olmamasıdır.

⁶⁸ Elif Fulya Aydın, **Küçük ve Kısıtlılara Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam**, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.21; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.13.

⁶⁹ Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.270-272; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.222-223; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.332-333; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.6-7; 5237 sayılı TCK'nın kısırlaştırma suçunu düzenleyen 101/2 uyarınca "rıza dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi" suç teşkil etmektedir. Kısırlaştırma fiilinin hukuka uygun olabilmesi için hastanın rızasının tek başına yeterli olmayıp, fiilin yetkili sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Özdemir, **a.g.e.**, s.39;

⁷⁰ Özdemir, **a.g.e.**, s.39; TŞSTİDK ek madde 13'de hekimler ve dış hekimleri dışındaki sağlık personelinin hastanın teşhis ve tedavi için başvurduğu hallerde bu işlemleri gerçekleştirme ve reçete düzenleme yetkilerinin de olmadığını düzenleme konusu yapmıştır. Sarıbaş, **a.g.e.**, s.13.

⁷¹ Hakeri, **Tıp hukuku**, s.222-223; Özdemir, **a.g.e.**, s.39; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.270-272; Yılmaz, **a.g.e.**, s.3; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.333-341.

⁷² Hakeri **Tıp Hukuku**, s.224; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.114; Özdemir, **a.g.e.**, s.39; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.332-333; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.188-194; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.270-271.

⁷³ Sarıbaş, **a.g.e.**, s.13; Gerekli şartlara sahip olmayan ve sağlık personeli de sayılmayan kişileri hastane ya da diğer tedavi merkezlerinde çalıştıran kişiler ve kurumlar, bundan dolayı uygulanacak idari yaptırımların yanı sıra meydana gelen zararlardan da sorumlu olacaktır. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.223.

1. Hekimlik Mesleğini İcra Yetkisine Sahip Olma

a. Hekimlerin Mesleği İcra Yetkisinin Şartları

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 1 uyarınca; “ *Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.*”

Hekimlik mesleğinin icrası bu bağlamda hasta tedavisi ancak tıp fakültesinden mezun ve hekimlik diplomasına sahip hekimler tarafından yerine getirilir. Hekim kavramının genel olarak literatürdeki tanımı, tıp fakültesinden mezun olmuş, yasal mevzuat çerçevesinde kendisine hastalıkları teşhis ve tedavi etmek, hastaya tıbbi müdahalede bulunma ve tedavi etmek yetkisi verilmiş kimse olarak tanımlanabilir⁷⁴. Türkiye Cumhuriyeti dışında başka bir ülkeden alınan diplomanın geçerliliği Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmasına bağlıdır⁷⁵.

Tıp Fakültesini bitiren hekim “*pratisyen hekim*” unvanını alarak mesleğe başlarlar. Pratisyen hekimler sadece lisans eğitimlerine dayalı olarak hekimlik mesleğini icra eden kişilerdir⁷⁶. Tıp fakültesini bitirdikten sonra çeşitli sınavlar sonrası belirli bir alanda uzmanlık eğitimini tamamlayan bu bağlamda lisanüstü eğitimin tamamlayan hekim ise “*uzman hekim*” unvanını kazanmaktadır. Hafif

⁷⁴ Tarihsel süreç içerisinde hekimlerin hastalıkları tedavi ederek iyileştirmelerinde kullandıkları mesleki yöntemler, onların mitolojik tanrılar, büyücüleri falcılar gibi çeşitli mesleki olan veya olmayan nitelendirmelere maruz kalmalarına sebep olmuş bugün ki anlamı ile hekim kavramı Avrupa’da 14. yüzyıl sonrasında yerleşme imkanı bulmuştur. Tunçer, **a.g.e.**, s.70-71; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.5;

⁷⁵ Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.333; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.270-271; İntörn hekimler henüz diploma almadıkları için hekim sayılmazlar bu sebeple de özel hukuk açısından sorumlulukları yardımcı şahıs sorumluluğu, Ceza hukuku açısından ilgili hekimin denetim ve gözetimi altında yapılan tıbbi müdahaleden sorumlu olmamak şeklinde olacaktır. Hakeri, Tıp Hukuku, s.224-225; Özdemir, **a.g.e.**, s.40.; 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 1. maddesinin düzenlemesinde yer alan hekimlik görevinin ifa edilebilmesi için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak gerektiği yönündeki şart, 663 Sayılı KHK’nın “Atıflar, değiştirilen ve yürürlükten kaldırılan hükümler” başlıklı 58/8. maddesi ile kaldırılmış ve 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 1. ve 4. maddelerinde değişiklik yapılarak hekimlik yapabilmek için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır. Söz konusu bu değişiklik yapılmadan önce de yabancı hekimler istisnai olarak Türkiye’de hekimlik yapabiliyorlardı. TSSTİDK’nun 77. maddesi ve Lozan Anlaşmasının içinde yer alan İkamet ve Adli Salahiyet Mukavelesi’nin 4/2.maddeleri bu istisnalara örnek olarak gösterilebilir. Bu yasal düzenlemeler uyarınca yabancılar kazanılmış hakları varsa Türkiye’de hekimlik yapabilmektedirler. Özdemir, **a.g.e.**, s.43; Hayrunnisa Özdemir, **Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Ankara Yetkin Yayınları, 2017, s.44.

⁷⁶ Hayrunnisa Özdemir, **Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, s.44

düzeyde cerrahi işlemler ve sünnet işlemleri her hekim tarafından yerine getirilebilir. Ancak tıp mesleğinin icrasında bazı konularda tıbbi müdahalede bulunabilmek için ilgili hekimin uzmanlık belgesine sahip olması gerekir. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 3 uyarınca, hasta üzerinde cerrahi müdahalede bulunabilmek için uzman hekim olmak gerekir. TŞSTİDK madde 23'de önemli cerrahi müdahaleler için ihtisas diploması şartı aramaktadır. Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin "Uzmanlık yetkisinin kullanılması" kenar başlığını taşıyan madde 27 uyarınca;".....uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar."Yasal düzenlemede bir tıbbi müdahalenin sadece belirli uzmanlar tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğinin belirtilmiş ise söz konusu tıbbi müdahalenin mutlaka o konunun uzmanı olan tıbbi personel tarafından yerine getirilmesi gerekir⁷⁷. Örneğin Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük madde 3 uyarınca, rahim tahliyesine şeklindeki bir tıbbi müdahale sadece kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından yapılabilir. 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanunu'na göre, hekimin aile hekimi olabilmesi için yasal mevzuata uygun şekildeuzmanlık şartlarını taşıması gerekir⁷⁸. 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunun 1. ve 2. maddeleri uyarınca da röntgen şuası, radyum emisyonu yahut radyum mürettebatı ile veya her türlü elektrik aletler ileteşhisvetedavi yapmak da bu dalda uzman olmayı gerektirmektedir⁷⁹.

Diplomanın sahibi olan hekimin, bizzat kendisinin tıbbi uygulamada bulunması şart olup hekimlik diplomasının başka kişilerce kullanılması ve başka kişilere kullandırılması yasaktır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 25 uyarınca; *"Diploması olmadığı hâlde, menfaat temin etmek amacına yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile*

⁷⁷ Yılmaz, **a.g.e.**, s.3-4; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.333-335; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.270-272; Özdemir, **a.g.e.**, s.40; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.190; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 224-225; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.7.

⁷⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.41; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.334-335; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.190-192; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.226-232; Ayan, **TıbbiMüdahale**, s.7; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.271.

⁷⁹ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, s.45

cezalandırılır.” Görüldüğü üzere menfaat temin etme amacı olmasa bile, hekimlik diploması olmadan hasta tedavi eden veya hekimlik unvanını kullanan kişiye cezai yaptırım ile karşı karşıya kalacaktır⁸⁰.

b. Diğer Sağlık Mesleği Mensuplarının Mesleği İcra Yetkisinin Şartları

Hemsireler, laborantlar, eczacılar, fizyoterapistler birer sağlık mesleği mensubu olup⁸¹, insan sağlığını tesis etmek üzere hizmet vermek için eğitim almış personellerdir. Hekimler dışında kalan diğer sağlık mesleği mensupları da ilgili mevzuat kapsamında mesleki eğitim görmüş olup, hekimin denetim ve gözetimi altında⁸² teşhis ve tedaviye yönelik ve mevzuatta belirtilen kapsamda hastaya müdahale etme yetkisine sahiptir. Örneğin acil tıp teknikerleri, acil tıbbi yardım ve bakım hizmeti ile sınırlı olacak şekilde hastaya tıbbi müdahalede bulunabilir. Türk Silahlı Kuvvetlerinde, sıhhiye sınıfına mensup er ve erbaşlar görev yaptıkları süre içerisinde küçük çapta tıbbi işlemleri yapmaya yetkilidir⁸³.

⁸⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.225 ; Yargıtay 19. C.D. 09/10/2017 tarih ve 2015/32028 E. 2017/7842 K. sayılı kararında; "...failin kısaca diploması olmadığı halde dış hekimi faaliyetlerinde bulunmak veya dış kliniği açmak şeklinde özetlenen seçimlik hareketleri, davranışlarının neticelerini öngörerek, bilerek ve isteyerek yapması gerektiği, dış hekimliği son sınıf öğrencisi bir sanığın diplomasız olarak bir hastayı muayene veya hasta ağzına müdahale etmeyeceğinin net bir şekilde bilincinde olması gerektiği değerlendirilmekle..." şeklinde belirtilmek suretiyle suçun unsurlarında bahsedilmiş, Yargıtay 19. C.D. 11/12/2019 tarih ve 2019/564 E. 2019/15363 K. sayılı kararında;"1219 sayılı Kanun'un 41. maddesinde öngörülen suçla korunan hukuki yararın kamu sağlığı, suçun mağdurunun ise toplumu oluşturan bütün bireyler olduğu, davaya katılma hak ve yetkileri Kanunda açıkça yazılı olmayan ve suçtan doğrudan zarar görmeyen il ve İlçe Sağlık Müdürlüğü veya Dış Tabipleri Odası gibi tüzel kişi kurumların davaya katılma ve hükmü temyize yetkileri bulunmadığı,...." şeklinde belirtilmek suretiyle suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireyler olduğu belirtilmiş,Yargıtay 19. C.D. 04/12/2019 tarih ve 2017/5570 E. 2019/15082 K. sayılı kararında;"Sanıkların diplomasız olarak dış hekimliği mesleğine ilişkin herhangi bir muayene veya müdahale yapmaktan ibaret eylemlerine ilişkin olarak, 1219 sayılı Kanun'un 41. maddesinin üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası öngörmüş olmasına rağmen sanıklar hakkında yalnızca hapis cezasına hükmedilmesi suretiyle eksik ceza tayin edilmişse de, bu husus aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...." şeklinde belirtilmek suretiyle ilgili suç hakkında hapis cezası yanında para cezasına da hükmedilmesi gerektiği tespit edilmiştir. Aktaran: Özdemir, **a.g.e.**, s.41, dpnt, 59

⁸¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.42; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.86; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.270-272; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.339-340.

⁸² Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.270-271; Özdemir, **a.g.e.**, s.42; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.86-87; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.332-333.

⁸³ Özdemir, **a.g.e.**, s.42; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.339; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.270.

Eczacılar, hekim tarafından önerilen ilaçların hazırlanması, sunulması ve etkilerinin izlenmesi konusunda hizmet veren sağlık mesleği mensubudur⁸⁴. Eczacıların Türk olması, eczacılık fakültesi mezunu olması, bulunduğu ilin eczacılar odasına kaydolması gereklidir.

Ebeler, hamilelerin doğuma hazırlanması, bu sırada gerekli basit tıbbi müdahalelerin yapılması konusunda hizmet vererek hekime yardımcı olan sağlık mesleği mensuplarıdır. Ebeler, görevi gereği çiçek aşısı yapabilirler ancak reçete yazamazlar. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 47/1 uyarınca; *"Türkiye'de üniversitelerin ebelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksekokullarından mezun olan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenler ile öğrenimlerini yurt dışında ebelik ile ilgili bir okulda tamamlayarak denklikleri onaylanan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenlere ebe unvanı verilir."*⁸⁵

Hemşireler, hasta bakımı ve sağlığı konusunda hekimlere yardımcı olacak şekilde mesleğini icra eden sağlık mesleği mensuplarıdır. Hemşirelik Kanunu m.1 uyarınca; *"Türkiye'de üniversitelerin hemşirelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksekokullarından mezun olan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenler ile öğrenimlerini yurt dışında hemşirelik ile ilgili, Devlet tarafından tanınan bir okulda tamamlayarak denklikleri onaylanan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenlere Hemşire unvanı verilir."* Aynı Kanunun 4. maddesi gereğince hemşireler, acil haller dışında hekim tarafından yazılı olarak verilen tedavileri uygulamak, hastanın teşhis süreci kapsamında belirlenen ihtiyaçları çerçevesinde bakımını yapmak ve denetlemekle görevlidirler⁸⁶.

⁸⁴ Eczacılar, teşhis ve tedavi amacıyla tıbbi müdahalede bulunamaz. Bu bağlamda hasta muayene edemez, hiçbir şekilde hastaya kendiliğinden ilaç öneremez. Bu tür tıbbi müdahalelerde bulunma yetkisi sadece hekime aittir. Eczacının meslek yetki ve sınırını aşan hukuka aykırı nitelikteki bu tarz tıbbi müdahaleleri, yetkisiz kişinin tıbbi müdahalesi olarak kabul edilir ve bu nedenle hukuki ve cezai yaptırıma tabidir. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.91.

⁸⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.42; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.49-60; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.89-93.

⁸⁶ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.93-96; Özdemir, **a.g.e.**, s.42-43; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.60-68; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.241-242.

2. Türk Tabipler Birliğine Kayıt Olmak

Hekimlerin, hekimlik mesleğini yerine getirebilmesi için Türk Tabipler Birliği'ne kayıtlı olması gerekir. 6023 s. Türk Tabipleri Birliği Kanunu m.7/1 uyarınca; *“Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler. Özel kanunlarında üye olamayacaklarına dair hüküm bulunanlardan mesleklerini serbest olarak da icra edenler; mesleki hak, yetki, disiplin ve sorumluluk bakımından bu Kanun hükümlerine tabidirler.”*

Odaya kayıt yaptırmayan hekimlere Tabipler Birliği tarafından disiplin cezası uygulanır ve birlik tarafından meslekten men edilen hekimler mesleklerini icra edemezler⁸⁷.

3. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Engel BirHalin Bulunmaması Şartı

a. Hekimlik Mesleğinin Geçici Olarak İcra Edilememesi Durumu

6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu kapsamındaki yükümlülüklerini görevlerini yerine getirmeyen hekime, Tabipler Birliği Haysiyet Divanı tarafından Kanun'un 39. maddesine göre, 15 günden 6 aya kadar geçici olarak mesleği icradan men cezası verilebilir. Eğer hekim çalıştığı bölgede üç defa mesleği icradan men edilir ise yine Tabipler Birliği Haysiyeti Divanı tarafından o bölgede çalışmaktan

⁸⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.67; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.193; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.360-361; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.8; Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, Avusturya Hukuku'nda, tüm hekimler Avusturya Tıp Kurumu'nu oluşturan dokuz eyalet Tabipler Odasından birine, dış hekimleri de Avusturya Dış Hekimleri Odası'na üye olmak zorundadırlar. Bu odalar üyelerinin çıkarlarını temsil etmek ve eğitimini organize etmektedir. Bernhard A. Koch, **Medical Liability in Europe A Comparison of Selected Jurisdictions**, De Gruyter Detmold 2011, s.3; Ken Oliphant/ Richard W. Wright, **Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective**, De Gruyter, 2013, s.10; Özdemir, **a.g.e.**, s.43-44.

men edilir. Bunlar hekimliğin geçici olarak icra edilememesi halleridir. 6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 49 uyarınca geçici olarak mesleki faaliyetini icrasından men edilen hekimlerin, men edildikleri bu süre içerisinde hekimlik faaliyeti yapmaları yasaktır. Geçici olarak mesleki faaliyetini icrasından men edilen hekimler, hasta tedavi vs. hizmetlerde bulunamayacağı gibi mesleki faaliyet gösterdikleri muayene vb. yerlerde kapatılmaktadır. 6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu madde 50. uyarınca mesleki faaliyetini icrasından men edilen hekimler mesleği icra etmeye devam ederler ise Haysiyeti Divanı tarafından o yılki en yüksek üye aidatının on katından az, yirmi katından fazla olmamak kaydıyla para cezası ile cezalandırılırlar⁸⁸.

b. Hekimlik Mesleğinin Sürekli Olarak İcra Edilememesi Durumu

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Tarzı İcrasına Dair Kanun m 28. uyarınca; *“Hekimlik mesleğinin icrası için; TCK’nın 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile;kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkum olmamak gerekir.....”* Bu maddedeki düzenlemeye göre kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle mahkûm olmuş veya Kanunda belirtilen bir kısım suçları işlemiş veya akıl sağlığı yerinde olmadığı tespit edilen hekimler ile Birlik Kararı ile meslekten men edilen hekimler Sağlık Bakanlığı’nın teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu’nun kararıyla hekimlik mesleğini icra etmekten men edilir. Haklarında mesleğini icra etmekten men kararı verilen bu hekimler mesleklerini icra etmeye ehil sayılmadıkları gibi bu hekimler mesleklerini icra etmeye devam ettikleri takdirde bu filleri1219 sayılı

⁸⁸ Özdemir, s.44; Hayrunnisa Özdemir, **Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, s.48.

Tababet ve Şuabatı Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 25 maddesinde düzenlenen suç meydana getirecektir⁸⁹.

B. Tıbbi Müdahalenin Tıp Biliminin ve Genel Kabul Görmüş Esas, İlke ve Kurallarına Uygun Olarak Yapılması ve Buna İlişkin Esaslar

Tıbbi müdahale tıp biliminin verileri ve standartlarına uygun olarak gerçekleştiği takdirde hukuka uygun kabul edilebilmektedir⁹⁰. “*TıbbiStandard*” kavramı tıp biliminin güncel, teorik ve bilimsel bilgi düzeyi ile tedaviye yönelik tecrübelerine dayanan, ispat edilmiş ve kabul görmüş bir şekilde tıp biliminin o an ulaştığı seviyeyi ifade eder⁹¹.Tedavi için mutlaka tıbben belirli bir tekniğin kullanılması şart ise, hekim o tekniği öğrenmek ve hastasına uygulamak zorundadır. Aksi halde hekimin tıp biliminin genel olarak kabul görmüş kural ve standartları dışında hareket ettiği kabul edilecektir⁹². Tıbbi müdahale kanunun öngördüğü amaca uygun olsa dahi tıbben belirli bir fayda sağladığı yönünde genel bir kanıya sahip, yerleşmiş ve doğruluğu ispatlanmış kurallara uygun olarak gerçekleştirilmediği takdirde hukuka uygun kabul edilmeyecektir⁹³.Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın “meşru ve yasak yöntemler” başlıklı 12. maddesi bu konuyu “*Hekim mesleğini yerine getirirken, bilimsel ve çağdaş tanı ve tedavi yöntemleriyle koruyucu hekimlik kelerinin göz önünde bulundurur...*” şeklinde tanımlamakta yine Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13. maddesi de bu konu ile ilgili olarak, “*(1). Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelendirilmesinden dolayı, deontoloji*

⁸⁹ Özdemir, **a.g.e.**, s.45; Hayrunnisa Özdemir, **Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, s.48.

⁹⁰ Kahraman, **Medeni Hukuk**, s.479-510.

⁹¹ Mehmet Demir, **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Sorumluluğu**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s.50; Veli Özer Özbek, “Tıbbi Uygulama Hatalarına İlişkin İddialarda Hukuksal Yaklaşım”, **Oftamolojide Malpraktis, Türk Oftamoloji Derneği Eğitim Yayınları**, S:14, 2012, s.85; Kadırcan Keskin Bora, “Komplikasyon ve Malpraktisin Yönetimi”, **Oftamolojide Malpraktis, Türk Oftamoloji Derneği Eğitim Yayınları**, S: 14, 2012, s.45-46; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.344; Özdemir, **a.g.e.**, s.46; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.197; Çakmut, **a.g.e.**, s.38; Yılmaz, **a.g.e.**, s.7.

⁹² Çakmut, **a.g.e.**, s.38; Özdemir, **a.g.e.**, s.46.; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.344; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.197;

⁹³ Ş. Berfin Işık Yılmaz, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1998, s.391-392; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.15.

bakımından muaheze edilemez.(2). Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır...” şeklinde ifade etmektedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 11. maddesine göre; *“Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez.”*Yine Biyotıp Sözleşmesi’nin 4. maddesine göre; *Araştırma dahil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir”*. Teşhis ve tedaviyi uygulayan kişi bu konuda uzman ve yetkili hekim dahi olsa tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için tıp bilimine ve standartlarına uygun olması gerekmektedir⁹⁴.

Tıbbi müdahale aşamalarından herhangi birinde dahi tıbbi standart ve verilere aykırılık mevcut ise bu durumda da hukuka uygunluktan söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu husus değerlendirilirken müdahalenin yapıldığı zaman ile tıp biliminin o dönem ve şartlar içerisinde ulaştığı nokta göz önünde bulundurulmak zorundadır. Hekim, yalnızca öğrendiği tıbbi tekniği uygulayarak sorumluluktan kurtulamaz. Hekim, mesleğini icra ederken gelişmekte olan ve sürekli olarak yenilenen bunun yanında kabul de gören bilimsel veri ve teknikleri öğrenmesi ve bunları teşhis ve tedavi de mutlaka uygulaması gereklidir⁹⁵. Avusturya Yüksek Mahkemesi tıp bilimi açısından olması gerekli standardını şu şekilde tanımlamıştır. *"Bir hekim, tıp bilimi ve tecrübesine göre hareket etmemişse veya ortalama bir hekimin sağduyusu ile yerine getirmesi gereken görevleri ihmal ederse, hastasına borçlu olduğu bakım görevlerini ihmal etmiş olur. Ancak seçtiği tedavi yöntemi, diğer uzmanlar farklı bir teknik kullanıyor olsa bile, bu yöntemle aşına olan uzman doktorların uygulamalarına uygunsa hatalı değildir. Böyle bir durumda hekim, bu tür bir tedavinin bilinen risklerini önlemek için tıp biliminin durumuna göre en güvenli önlemleri almak zorundadır"*⁹⁶.

⁹⁴ Orhan Eroğlu, "Down Sendromunun Gebelik Sürecinde Tespit Edilememesine İlişkin Gebelik Takibini Yapan Doktorun Hukuki Sorumluluğunda İspat Sorunu", **Terazi Hukuk Dergisi**, C:14, S:153, 2019, s.1051; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.197; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.344; Çakmut, **a.g.e.**, s.38; Özdemir, **a.g.e.**, s.46.; Savaş, **Tıbbi Müdahale Hataları**, s.41.

⁹⁵ İzzet Özgenç, **Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s.2186; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.197; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.344; Çakmut, **a.g.e.**, s.38; Özdemir, **a.g.e.**, s.47.

⁹⁶ Koch, **Liability**, s.10; Özdemir, **a.g.e.**, s.48.

C. Endikasyon(Tıbbi Gereklilik) Kavramı

Endikasyon (tıbbi gereklilik/tıbbi zorunluluk), bir operasyonun hangi durumlarda gerekli olduğunu ve hangi durumlarda yapılabileceğini veyahut hangi ilacın hangi hastalığı tedavi için kullanılabileceğini ifade eden bir terimdir. Endikasyon (tıbbi gereklilik/tıbbi zorunluluk) hekimin müdahalesini hukuka uygun kılan tıbbi bir zorunluluk halidir⁹⁷. Esasen herhangi bir tıbbi müdahalenin veya tedavinin hukuka uygun olabilmesi için, bu müdahalenin veya tedavinin haklı bir nedene dayanması gerekir⁹⁸. Hasta Hakları Yönetmeliği (HYY)'nin *“Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı”* başlığını taşıyan 12. maddesi uyarınca; *“Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.”*

Tıbbi müdahalenin hukuki bir temelinin olabilmesi için endikasyonun yani belirli bir teşhis veya tedavinin hastaya uygulanabilmesi için hekimin müdahalesinin gerekli ve haklı olması şarttır⁹⁹. Endikasyon yoksa buna rağmen tıbbi müdahalede bulunulmuş ise hekimin hukuki, idari ve cezai sorumluluğu doğar¹⁰⁰.

Endikasyondan bahsedebilmemiz için tıbbi müdahale ve tedavi hastayı iyileştirme amacına yönelik olmalıdır. Ancak bu amacın mevcudiyeti tedavi edilen hastanın muhakkak iyileşeceği anlamına gelmemektedir. Örneğin organ bağışlayan kişiden alınan organ veya doku esas itibarıyla tedavi amacı ile alınmaktadır, Ancak organ ve doku nakli yapılırken donör yani organ bağışlayan kişi, iyileşen taraf değil; iyileşmeye aracılık eden taraf olmakla birlikte donörden organ ve doku nakli için yapılan tıbbi müdahalede de tedavi etme amacı olduğu kabul edilmektedir.

⁹⁷ Gökcan **Tıbbi Müdahale**, s.134; Yener Ünver, "Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi", **İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum** No:2, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2007, s.55; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.18.

⁹⁸ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.21; Nevzat Gürelli, "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", **İÜHFİM**, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C: XLV-XLVII, S: 1-4, 1979, 1980, 1981, s.272; Hakan Hakeri, **Tıbbi Müdahalelerde Endikasyon, Tıp Hukuku Atölyesi-I**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.61; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.273; Aslanova, **a.g.e.**, s.35; Özdemir, **a.g.e.**, s.49; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.451; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.194-195; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.404-405; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.9.

⁹⁹ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.9; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.19.

¹⁰⁰ Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.19.

Dolayısıyla her türlü tıbbi müdahalenin doğrudan veya dolaylı tedavi edici ve sağlık sorunu giderici nitelikte olması zorunludur¹⁰¹.

Gerek Anayasa m. 17/2’de “...*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...*” şeklinde yer alan düzenleme ile gerekse 5237 s. TCK madde 99/2’de yer alan tıbbi zorunluluk ifadesi endikasyon şartına işaret edilmektedir.

Endikasyon; tıbbi, psikolojik ve sosyal endikasyon olmak üzere üç şekilde ortaya çıkabilir.

Tıbbi endikasyon, yapılacak tıbbimüdahalenin tıp bilimi açısından gerekli ve zorunlu olması halidir. Tıbbi bir müdahaleye gerek olup olmadığı değerlendirilirken öncelikli olarak hastanın yaşam hakkı ve sağlığı ön planda olacaktır. Hekimin müdahalesi sonucunda hastanın içinde bulunduğu durumdan daha kötü bir halde olmaması gerekmektedir. Hekimin, endikasyon olmadan bir tıbbi müdahale, tedavi veyahut ameliyat yapması halinde haksız bir fiil ve sözleşmeye aykırılık sebebi ile hukuki sorumluluğu olabileceği gibi, kasten yaralama ya da hasta ölmüş ise kasten öldürme suçundan cezai bir sorumluluk altında da olabilecektir¹⁰².

Psikolojik endikasyon ise, kişinin hiçbir sağlık sorunu olmamasına rağmen sadece fiziksel görünüşleri, güzellik-çirkinlik algıları sebebi ile tıbbi müdahaleye onay vermeleri halidir. Bu endikasyonun temel sebebi psikolojik olup bu tür tıbbi müdahaleler kişinin kendilerini daha güzel görme amacı ile yaptırdıkları müdahalelerdir. Bu tarz tıbbi müdahalelerde doğrudan değil de dolaylı bir tedavi söz konusudur. Hastanın bu psikolojik düşünce ve estetik kaygı ile yaptırdığı her işlem ve tedavi hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Bu tür tıbbi müdahalelerden bazıları kişinin hem estetik kaygısını ortadan kaldırmakta hem de sağlık sorunlarının da aynı anda giderilmesini sağlayabilmektedir. Örneğin, burnu içinde nefes almaya engel olacak bir kemik vb. şey saptanan kişinin, estetik yaptırması sonucu hem sağlık

¹⁰¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.449-457; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.404-405; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.9; Özdemir, **a.g.e.**, s.49; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.272-275; Özpinar, **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama**, s.20.

¹⁰² Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.274-275; Özpinar, **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama**, s.20-21; Özdemir, s.50; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.405-406; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.454-455.

sorunu ortadan kalkmakta hem de estetik olarak daha güzel görünmesi sağlanmaktadır¹⁰³ .

Sosyal endikasyon ise toplumsal ve sosyal gerekçelerle yapılan endikasyon olarak tanımlanabilir. İnsan yaşadığı toplumun bir varlığıdır ve bazen bir kısım tıbbi uygulamalara toplumsal, dini, geleneksel ve sosyal gerekçelerle razı olabilmektedir. Sosyal endikasyon ile yapılan her müdahale hukuka uygun kabul edilmektedir¹⁰⁴ . Örnek olarak erkek çocukların sünnet edilmesinde çoğu kez tıbbi endikasyon olmamasına rağmen dinsel ve toplumsal sebepler ile sosyal endikasyon gerçekleşmiş olur¹⁰⁵ .

Endikasyon kavramı, hekimin tıbben zorunlu olmayan tıbbi müdahalelere zorlanamaması anlamına da gelmektedir. Hekimin bir tıbbi müdahaleyi yapmaması nedeniyle sorumlu tutulması ancak o müdahalenin endikasyonunun yani tıbbi zorunluluğunun bulunduğu hallerde söz konusu olur. Buna karşılık endikasyonu olmadığı için yapılmayan bir müdahaleden dolayı kural olarak hekim sorumlu olmayacaktır¹⁰⁶ .

Modern tıbbın gelişmesi ve teknolojik imkânların artması ile birlikte kan bağışında bulunulması, teşhis amaçlı genetik işlemler, sterilizasyon gibi iyileştirme amacına yönelik herhangi bir endikasyonun olmadığı hekim müdahaleleri de artmaktadır.

D. Hastanın Tıbbi Müdahale Hakkında Aydınlatılması (Bilgilendirilmesi) ve Tıbbi Müdahalenin Hastanın Rıza Beyanı Alınarak Yapılması ve Buna İlişkin Esaslar

Hasta-hekim ilişkisi bu bağlamda hasta hakları tarihsel süreç içerisinde gelişme göstermiş, son yüzyılda hekimin hastanın onamını elde etmekle ilgili

¹⁰³ Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.405-406; Özdemir, **a.g.e.**, s.50; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.453-454; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.274.

¹⁰⁴ Özdemir, **a.g.e.**, s.50-51; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.457; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.406; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.274-275; Hakeri, **Endikasyon**, s.71.

¹⁰⁵ Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.204; Özdemir, **a.g.e.**, s.51.

¹⁰⁶ Hakeri, **Endikasyon**, s.63.

yükümlülüğü önemli değişikliklere uğramış¹⁰⁷ ve günümüzde tıbbi müdahalenin ve tedavinin her bir aşamasında hastanın bilgilendirildiği ve son kararın kesinlikle hasta tarafından verildiği bir süreç ortaya çıkmıştır. Hastanın rızası kavramı, beraberinde hastanın bilgilendirilmesi kavramını da getirmektedir. Çünkü hasta bilgilendirilmeden rızasını almanın mümkün değildir¹⁰⁸.

Amerika Birleşik Devletlerinde geçtiğimiz yüzyılda görülen davalarda hastanın hekim tarafından aydınlatılması ve onamının sağlanması ile ilgili hukuki ve etik yükümlülüğünün tanımlanmasına büyük ölçüde katkı sağlamıştır¹⁰⁹. Anglo-Amerikan Hukukunda aydınlatılmış onam kavramı bireyin kendisi hakkında karar verme hakkı ve güvene dayanan ilişki olmak üzere iki temel ilke üzerine inşa edilmiştir. Güvene dayanan ilişki ilkesi “*bir kimse kendisine güvenen ve inanan bir kişinin iyi niyetine sadık kalarak onun yararına davranmalıdır*”¹¹⁰ prensibine dayanmaktadır. Çünkü hekim mesleki açıdan bilgili olan, hasta ise hastalığı konusunda bilgisiz ve çaresiz olan konumundadır ve bu durum hekim hasta ilişkisinin güvene dayanmasını zorunlu kılmaktadır¹¹¹. Bireyin kendisi hakkında karar verme hakkı ilkesi ise “*rıza verme yeteneğine sahip olan kişinin, kendi prensipleri doğrultusunda kendi bedenine ne yapılacağına karar verme hakkına sahip olduğu ve onun isteği dışında başkaları tarafından hiçbir girişim için kendisinin zorlanmayacağı*”¹¹² prensibine dayanmaktadır

1. Hastanın Aydınlatılması (Bilgi Verme) Kavramı

Hastaya bilgi vermek (aydınlatma), hekimin, hasta hakkında uygulamayı düşündüğü tıbbi teşhis ve tedavi sürecini tüm şeffaflığı ile hastaya aktarması, onun yapılacak tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verecek hale getirilmesidir.

¹⁰⁷ İlhan Subaşı, **Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Aydınlatılmış Onam, Tazminat Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s.22.

¹⁰⁸ Özdemir, S.51-52.

¹⁰⁹ Nermin Ersoy, **a.g.e., Aydınlatılmış Onam, Hasta Hakları-Çağdaş Tıp Etiği**, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2003, s.205; Subaşı, **a.g.e.**, s.22.

¹¹⁰ Bernard M.Dickens, “The Ethical Content of Legally Informed Consent”, **Contemporary Issues in Biomedical Ethics**. Human All Press, 1978, s.194; Mason Kenyon/Graeme Laurie/Alexander Smith McCall, “**Mason and McCall Smith’s Law and Medical Ethics**.”, Oxford University Press, 2013, s.245; Ersoy, **a.g.e.**, s.205; Subaşı, **a.g.e.**, s.22.

¹¹¹ Subaşı, **a.g.e.**, s.22.

¹¹² M.C. Silva/P.L. Zeccolo, “Informed Consent: The Right To Know and The Right To Choose”, **Nursing Management**, C:17, S:8, 1986, s.18; Subaşı, **a.g.e.**, s.22.

Bilgilendirme aşamasında hastaya, hastalığa ait bulgular, bu bulgular sonucu konulan tanı, bu tanının tedavi yöntemi, başarı şansı, tedavinin neticesinde oluşabilecek olumlu-olumsuz sonuçlar, tedavinin neden olabileceği komplikasyonlar, bu tedavinin yapılmaması veya ertelenmesi sonucu ortaya çıkabilecek sorun ve sakıncaları anlaşılır ve tereddüte yer bırakmayacak bir biçimde hastaya aktarılır¹¹³. Hastanın kendisine uygulanacak teşhise ve tedavi yöntemine izin vermesi ve kabul edebilmesi için bu tedaviye neden gerek olduğu, neden uygulanması gerektiği hastaya basit ve gayet anlaşılır bir biçimde açıklanması gerekir¹¹⁴. Bilgilendirme diğer bir deyişle aydınlatma unsuru, tıbbi müdahalede hastanın rızasının geçerli olabilmesi için kesinlikle ön şart niteliğinde bulunmaktadır. Bu aydınlatma neticesinde, hasta tıbbi müdahale ve tedavi sonucu hakkında bilgilenmiş olacağından sonuçlarını bilerek tedavi sürecine bilinçli bir şekilde katkı sağlayabilecektir.¹¹⁵

Hekimin yapacağı tıbbi müdahale ve tedavi ile ilgili hastasını bilgilendirme yani aydınlatma yükümlülüğü vardır. Bu aydınlatma, hekimin sorumluluk sınırını belirlediği gibi aynı zamanda tıp etiğinin de konusunu oluşturmaktadır. Hastayı aydınlatmanın temelinde ilgili Anayasa maddesinde (m.17/1) belirtilen, “*kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı*” yatmaktadır. Kendisine uygulanacak tedavinin risk ve sonuçlarını bilmeyen ve bu konuda aydınlatılmayan hastanın, maddi ve manevi varlığını koruyabilmesinden söz etmek mümkün değildir. Amerikan Hukukunda Gray v Grunnagle davası olarak da adlandırılan bir olayda,

¹¹³ Mine Kaya, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı İle İlişkisi", **TAAD**, C: 1, Y: 3, S: 8, 2012, s.58-59; Pelin Çavdar, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:22, S:3, 2016, s.739; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.72; Sunay Akyıldız, **Aydınlatma ve Rıza**, Tıp Hukuku Atölyesi-I, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013, s.10; Erman, **a.g.e.**, s.99-120; Özdemir, **a.g.e.**, s.52; Anlama eksikliği, aydınlatılmış onam almanın pratik bir sınırlamasıdır. Hastalar, rızalarının arandığı şeyi anlayamazlarsa aydınlatılmış onam veremezler. Merle Spriggs, **The Value and Practical Limits of Informed Consent, Informed Consent and Clinician Accountability: The Ethics of Report Cards on Surgeon Performance**, Edit Ed. by Steve Clarke and Justin Oakley, Cambridge University Press, 2007, s.138; Bedia Boran, **Aydınlatılmış Rıza**, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, s.97; Cahid Doğan, **Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması**, KKTC Girne Amerikan Üniversitesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart Girne, 2010, s.125; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.59; Ömer Köprülü, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **İstanbul Barosu Dergisi**, C: LVIII, S:10-11, 1984, s.594; Eroğlu, **a.g.e.**, s.1051; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.71.

¹¹⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.248; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.275; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.124-125; Akyıldız, **a.g.e.**, s.10-11; Özdemir, **a.g.e.**, s.52; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.215; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.27; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.71-72; Yılmaz, **a.g.e.**, s.54-55;

¹¹⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.248; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.275; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.27; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.215; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.71-72; Yılmaz, **a.g.e.**, s.54-55; Özdemir, **a.g.e.**, s.53.

hasta felç komplikasyonunun olabileceği laminektomiye rıza göstermiş ve omurganın bir bölümünün eksizyonunu kabul etmiş ve olayda hasta ameliyat sonunda felç olmuştur. Hasta, hekime bu sebeple dava açmış ve yargılama sürecinde hastanın laminektominin ne anlama geldiğini anlamadığı tespit edilmiştir. Kayıtlarda hekimin herhangi bir bilgilendirme yapmadığı hastayı yapılan ameliyatın felç sonucunu doğruma ihtimali olabileceği hususunda aydınlatmadığıda tespit edilmiştir. Netice itibari ile davaya bakan mahkeme, hastanın rızasının hukuka uygun bir bilgilendirmeye dayanmadığı ve dava konusu olayda hekimin sorumlu olduğuna karar verilmiştir¹¹⁶.

Türk Hukuku'nda bilgilendirme doğrudan hastaya olabileceği gibi, hasta küçük veya kısıtlı ise velisinden veya vasisinden kişi evli olduğunda eşinden izin alınır. Hastanın velisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı halde bu izin şartı aranmaz¹¹⁷.

Kanuni temsilci veya hastanın rızasının geçerliliği söz konusu rızanın serbest bir irade ile verilmesine bağlıdır¹¹⁸. Yapılacak müdahalenin sakıncaları, olumlu veya olumsuz etkileri bilmeden onay veren kanuni temsilci veya hasta serbest iradeyle karar vermiş sayılmaz¹¹⁹. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi anlatılanları anlayabilecek ölçüde küçük veya kısıtlı hastanın bilgilendirilmesi ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanmalıdır¹²⁰.

Hastanın rızasının hukuki bir geçerliliği olabilmesi için hastanın neye rıza gösterdiği hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Hukuka uygunluk “aydınlatılmış

¹¹⁶ Myrtle Flight, **Law, Liability and Ethics for Medical Office Professionals**, Cengage Learning, Delmar 2011, s.99; Özdemir, **a.g.e.**, s.53.

¹¹⁷ Subaşı, **a.g.e.**, s.73.

¹¹⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.54.

¹¹⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.331-335; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.216; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.275; Akyıldız, s.11-12; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.383.

¹²⁰ Avrupa Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi'nin 6.maddesinin 2. bendine göre; “Yasaya göre bir girişimerıza gösterme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, yalnız temsilcisinin veya yasa tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile girişimde bulunulabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir konumda olmak kaydıyla göz önünde bulundurulacaktır. Subaşı, **a.g.e.**, s.73.

rıza” veya başka bir ifade ile “bilgilendirilmiş rıza” ile mümkün olabilir¹²¹. Bu kavram, hastanın tedaviye rızasında en önemli ön şartı oluşturmaktadır. Tedavi hastanın rızasına dayandığından, aydınlatılmış rızanın içeriğinde sadece olası riskler değil, müdahale sonrası kullanılacak ilaç, sonrasında ki yaşam şekli gibi konularda da hastanın bilgilendirilmesi gerekmekte ve yapılan bu aydınlatmanın hastanın anlayacağı dil ile de yapılması önem taşımaktadır.¹²²

Hekimin hastasını yeterince aydınlatmaması, hasta-hekim arasındaki sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği gibi yapılan müdahale hukuka aykırı olacağından tedavinin olumsuz sonuçlarından hekim kusursuz dahi olsa sorumlu tutulmasına neden olacaktır¹²³. Hastanın tedavi ve ameliyattan korkması sebebi ile işlemi yaptırmaktan vazgeçmemesi için hekimin yapacağı ameliyat ve tedavinin içerik ve ayrıntısını gizlemesi hekim açısından hukuka aykırılık teşkil edeceği gibi ortaya çıkacak olumsuz bir sonuçtan hekim kusursuz dahi olsa sorumlu olacaktır¹²⁴.

Hastanın bilgilendirilmesi ile birlikte, kendisine olası riskleri değerlendirebilmesi açısından gerekli temel bilgiler de söylenmelidir. Bu bilgilerin

¹²¹ Aydınlatılmış rıza kavramı yerine “bilgilendirilmiş rıza, “aydınlatılmış onam” kavramları kullanıldığı gibi Yargıtay bazı kararlarında “risk aydınlatması” kavramını da kullanmıştır. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.217; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.276.

¹²² Amerikan Hukuk doktrininde Appelbaum ve diğerleri riskin doğası, büyüklüğü ve şiddeti, gerçekleşme olasılığı ve yakınlığı şeklindeki dört bileşeni tanımlayarak risklerin ifşasına ilişkin faydalı bir analiz yapmıştır. Paul S.Appelbaum/Charles W. Lidz/ Alan Meisel, **Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice**, NewYork, Oxford UniversityPress, 1987, s.51; Özdemir, **a.g.e.**, s.54-55.

¹²³ Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:52, S:3, 2003, s.64; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.71; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.27-29, Eroğlu, **a.g.e.**, s.1051; Özdemir, **a.g.e.**, s.56.

¹²⁴ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.27-29; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.71; Yargıtay 13. H.D.'nin 12/12/2019 tarih ve 2016/23372 E., 2019/12469 K. sayılı kararında; "... ortaya çıkan hasarın komplikasyon olması aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı gibi hastanın komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmesi aydınlatma yükümlülüğünün bir gereğidir. Mahkemece, davacıların yapılan enjektör öncesi, enjeksiyonun sonuçları ve olası komplikasyonları konusunda bilgilendirildiğine ve davacıların bu işleme rıza gösterdiğine dair aydınlatılmış rızanın alındığına ilişkin aydınlatılmış onam düzenlenip düzenlenmediğinin araştırılarak, aydınlatılmış onamın alındığına dair ispat külfetinin davalı üzerinde olduğu da gözetilerek, hasıl olacak sonucu göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlışlı gerekle ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." şeklinde belirtilmek suretiyle, hastanın komplikasyonlar hakkında bilgilendirildiği ve aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği ispat edilmedikçe, hastada oluşan hasarın komplikasyon olmasının sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir. Özdemir, **a.g.e.**, s.56.

içeriği, hastalığın tedavisiz seyri, tedavi süreci ve tedavi ile birlikte seyredilişini içermelidir. Bu duruma “süreç aydınlanması” kavramı denmektedir¹²⁵.

Tıbbi müdahalelerin hasta rızasına dayanması hususu 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde, “*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.*” şeklinde ifade edilmiştir¹²⁶.

Karşılaştırmalı hukuku incelediğimiz taktirde Alman Hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün geçtiği ilk karar Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1912 tarihli kararıdır¹²⁷. 1930'lu yıllarda verilen kararlar aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde meydana gelen zarardan hekimin sorumlu olacağı yönündedir¹²⁸. Nürenberg Mahkemelerinde¹²⁹ verilen kararlar ise şu temel ilkelere dayanmaktadır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kaynağını hastanın kararlarını kendisi tarafından verebilmesi hakkı oluşturur. Prensip olarak hekim tıbbi müdahalenin yol açacağı tipik tehlikeleri bildirmekle yükümlü olmakla birlikte aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını esas olarak tıbbi müdahalenin yol açabileceği komplikasyonların yoğunluğu ve ağırlığı belirler. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının tespiti tıbbi değil; hukuki bir sorundur ve aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı

¹²⁵ Avusturya Hukukunda, Tıbbi aydınlatma hatasından söz edildiğinde, hastanın özerklik aydınlatması zorunluluğunun ihlali kastedilmekte olup bu husus süreç aydınlatması ve risk aydınlatması olarak ikiye ayrılmaktadır. Süreç aydınlatması hastalığa yöneliktir ve hastaya tedavi öncesi durumunu ve tedavi seçeneklerini göstermeli, uygun şekilde tanının bildirilmesi ve hastalığın doğası ve olası sürecinin açıklanmasını içermelidir. Risk aydınlatması ise müdahaleye yönelik olup amaç hastaya önerilen tedavi esnasında olabilecek riskler hakkında hastanın fikir edinmesinin sağlanmasıdır. Bu iki zorunluluk bileşenleri özerklik aydınlatmasını oluşturmaktadır. Bunun anlamı Almanya'da kullanılan 'voluntas aegrotisuprema lex' deyiminden de çıkmaktadır. Özdemir, **a.g.e.**, s.56

¹²⁶ Subaşı, **a.g.e.**, s.37.

¹²⁷ Subaşı, **a.g.e.**, s.24.

¹²⁸ Ergun Özsunay, “**Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları.**”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu**, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, Fakülteler Matbaası, 1982, s.35; Ersoy, **a.g.e.**, s.206, Subaşı, **a.g.e.**, s.24.

¹²⁹ Nürenberg Mahkemesi kararları Alman Hukukunda aydınlatılmış onamin hukuki dayanağını teşkil etmektedir. Ersoy, **a.g.e.**, s.207; Subaşı, **a.g.e.**, s.24.

hekim tarafından değil; hakim tarafından tespit edilecektir¹³⁰. Alman Hukuku'nda bugün kabul edilen görüşe göre, bilgilendirilmiş rızası alınmadan hastaya bir tedavi uygulamak, hastanın Anayasa ile korunan “kendisi hakkında karar verebilme” hakkını ihlal niteliğinde olup bu durumda Alman Hukuku bu halde hekimleri özgürlüğe karşı suç işlemiş olarak kabul etmektedir¹³¹.

Amerika Hukuku'nda da benzer durum vardır. Amerikan Hukukuna göre, fiili ehliyeti olan herkesin kendi geleceğini belirleme ve vücut bütünlüğü hakkında karar verme hakkı bulunmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde aydınlatılmış onam konusunda görülen en erken dava 1767 yılındaki Slater v. Baker ve Stapleton davasıdır. Bu davada belli bazı tıbbi müdahaleler için hekimin hastadan müdahale öncesi onamını alması gerektiği yönünde karar verilmiştir¹³². 1905 yılında görülen Mohr-Williams davasında sağ kulağı için onam alınmış hastanın tıbbi gereklilik sebebi ile anestezi altında iken sol kulağına da tıbbi müdahalede bulunulmasını mahkeme hukuka aykırı kabul etmiş ve hekimin tıbbi gereklilik olması ve operasyonun da başarılı neticelenmiş olması savunmalarını kabul etmemiştir¹³³. 1914 tarihli *Schloendorff* davasındamahkeme, ortalama bir akla sahip yetişkinin kendi bedeninde uygulanacak tıbbi müdahaleler konusunda karar verme hakkına sahip olduğunu böyle bir hastadan onam almayan hekimin tıbbi müdahale neticesinde bir zarar meydana gelirse bu zarardan sorumlu olacağını karar bağlamıştır¹³⁴. İngiliz Hukuku'nda fiil ehliyeti anlamında tam yaş ve kapasiteye sahip kimse, kendi rızası olmadan tıbbi müdahaleye ve kan testine zorlanamaz. İngiliz Hukuku, bireyin kendi kaderini tayin hakkını olası gerçekleştirebilecek netice kişinin ölümü dahi olsa

¹³⁰ Ersoy, **a.g.e.**, s.206; Subaşı, **a.g.e.**, s.24; Funda Işık Özcan, Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul 2008, s.49.

¹³¹ Marc Stauch, **The Law of Medical Negligence in England and Germany**, A Comparative Analysis, Hart Publishing, 2008, s.100; Özdemir, **a.g.e.**, s.57; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.215-216; Almanya'da hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin olarak geçerli bir rıza vermesi gerekliliği ilk kez 1894 yılında Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından bildirilmiş olup ilgili davada hekim, çocuğun ayağının ampute edilmesine ilişkin velisinin rızasını almamıştır. Mahkeme kararında, tedavinin ilk bakışta hukuka aykırı bedensel bir yaralanmaya yol açtığı, hekimin bunun hukuka uygun olduğunu ispatlayabilmesi için hastanın rıza beyanını göstermesi gerektiği bildirilmiştir. Stauch, **a.g.e.**, s.100

¹³² Tom O'Shea, “**Consent in History Theory and Practice**”, Essex Autonomy Project Green Paper Report (University of Essex Autonomy Project), 2011), s.40; Subaşı, **a.g.e.**, s.23.

¹³³ Jose E. Maldonado, “**Strict Liability and Informed Consent: Don't Say I didn't Tell You So**”, Akron Law Review, 9, 1975, s.609; Subaşı, **a.g.e.**, s.23.

¹³⁴ Douglas ST Green/C. Ronald Mackenzie, “Nuances of Informaed Consent: The Paradigm of Regional Anesthesia.” **HSS Journal**, 3.1.2007, s.116; Ersoy, **a.g.e.**, s.206; Subaşı, **a.g.e.**, s.23.

korumaktadır¹³⁵. 1918 yılında görülen Hunter-Burroughs davasında aydınlatılmış onam konusunda bilgilendirme, açıklama, gönüllülük ve hastanın karar verme sürecine katılması hususları konu edinilmiş ve üzerinde durulmuş, 1957 yılında görülen Salgo-Stanford Üniversitesi davasında ise aydınlatılmış onam terimi ilk kez kullanılarak hekimin bu konuda yapması gerekenler belirlenmiştir¹³⁶. 1960 yılında görülen Nathanson-Kline davasında hekimin hastalık ve tedavisi ile ilgili bütün gerçekleri hastaya söylemek zorunda olduğunu ve bu açıklama yükümlülüğünün onamla ilgili ve hekim açısından öngörülmüş bir yükümlülük olduğuna karar verilmiştir. 1972 yılında görülen Cobbs-Grant davasında ise hastanın yeterli şekilde aydınlatılmadan karar alma sürecine etkin olarak katılmış sayılmasının mümkün olmayacağını ve yeterli aydınlatma mevcut değilse tıbbi müdahaleye onam verme hakkının ihlal edilmiş sayılacağı yönünde karar verilmiştir¹³⁷.

Amerikan Hukuku'na ait bir başka örnek ise *Canterbury-Spence* davasıdır. Dava konusu olayda hastaya şiddetli sırt ağrısı sebebi ile laminektomi uygulanmış, sonrasında hasta, yatağından düşmüş ve ardından ağır bir felç geçirmiştir. Hasta tıbbi uygulama öncesi laminektominin %1'lik felç riski taşıdığı konusunda bilgilendirilmemiştir. Hastaya tekrar yapılan ikinci operasyon da felci hafifletememiştir. Temyiz mahkemesi hekimin riskleri ve bu riskleri değerlendirme fırsatı vermiş olması gerektiğini, hastanın bilgilendirilmemiş, yapılan operasyonun yol açabileceği felç riski hakkında aydınlatılmamış ve bu aydınlatmaya dayalı bir rızasının da alınmamış olduğuna kanaat getirmiştir. Hastanın kendi kendine karar verme hakkını ancak akla uygun bir seçim yapacak bilgiye sahip ise kullanmış sayılabileceği¹³⁸ ve hekimin objektif olarak mantıklı bir insanın bilmek isteyeceği ve bilmesi gerektiği tüm bilgiler doğrultusunda hastasını aydınlatması ve bilgilendirme gerektiği sonucuna varmıştır¹³⁹.

¹³⁵ Alasdair Maclean, **Autonomy, Informed Consent and Medical Law**, New York, Cambridge University Press, 2009, s.149; Stauch, **a.g.e.**, s.97; Özdemir, **a.g.e.**, s.58.

¹³⁶ Ersoy, **a.g.e.**, s.206; Işık Özcan, **a.g.e.**, s.48; Subaşı, **a.g.e.**, s.23.

¹³⁷ Subaşı, **a.g.e.**, s.23.

¹³⁸ Ruth R. Faden/Tom L. Beauchamp, **A History and Theory of Informed Consent**, New York, Oxford University Press, 1986, s.133; Özdemir, **a.g.e.**, s.58.

¹³⁹ Ersoy, **a.g.e.**, s.206; Işık Özcan, **a.g.e.**, s.48; Subaşı, **a.g.e.**, s.23.

Dünya Hekimler Birliği tarafından 1981 yılında Lizbon’da yayımlanan Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi hastanın aydınlatılma hakkının kabul edildiği ilk uluslararası belge niteliğindedir. Bu belgede hastanın kendi kaderini tayin, özgürce karar verme ve bunun için de gerekli şekilde bilgilendirilme hakkının olduğunu ve hastanın kendisine uygulanacak tedavinin amacı ve sonuçlarını, tedaviyi reddetme durumunda meydana gelebilecekler, açık şekilde anlaması gerektiği hususları belirlenmiştir. 1994 yılında Amsterdam’da Dünya Sağlık Örgütü Ofisi tarafından yapılan toplantıda kabul edilen Amsterdam Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi ile de hastanın bilgilendirilmesinin ancak onun üzerinde açık ve olumlu bir etkisi olarsa kısıtlanabileceği kuralı getirilmiştir¹⁴⁰. 1995 yılında Endonezya’da yine Dünya Hekimler Birliği tarafından gerçekleştirilen toplantıda Lizbon Bildirgesi gözden geçirilerek genişletilmiş ve hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu bildirgeye göre hastanın tıbbi müdahale konusunda sağlıklı bir şekilde aydınlatılmış olması demek yalnızca yüzeysel olarak sürecin anlatılması olarak değil, hastaya yüzeysel olmayan, tüm süreci ve detaylarını kapsayan ayrıntılı şekilde bilgi verilmesi demektir¹⁴¹.

Türk Hukukunda aydınlatılmış onama vurgu yapan ilk karar 1977 tarihli bir Yargıtay Kararıdır¹⁴². Bu karar, hekimin, hastayı, yaptığı muayenenin muhtemel tehlike ve sonuçları hakkında bilgilendirmediğine ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini kanıtlayamayan hekimin sorumlu olduğu yönünde olmuştur.

a. Aydınlatılacak(Bilgi Verilecek) Kişi Kavramı

Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY)’nin “Bilgi verme usulü” başlıklı 18/3 maddesi gereğince; *“Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası*

¹⁴⁰ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi TBMM’de 2003 yılında kabul edilerek iç hukukun bir parçası haline gelmiştir. Bu sözleşme uyarınca tıbbi müdahale ancak hastanın aydınlatılmış onamının alınmasından sonra gerçekleşebilir. Subaşı, **a.g.e.**, s.34-36.

¹⁴¹ Ahsen Coşar, "Hasta Hakları", **Sağlık Hukuku Digestası Dergisi**, Ankara Barosu Yayınları, Y:1, S: 1, Ankara 2009, s.12-14; İlhan Gülel, "Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler", **TAAD**, C:1, S:5, 2011, s.601-602; Tülay Yıldız Akar, **"Hastane Enfeksiyonlarının Hukuki Yansımaları"**, İstanbul Barosu Yayınları, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10-17 Eylül 2011, Nisan 2012, s.10-12; Özdemir, **a.g.e.**, s.59; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.367-368.

¹⁴² Yargıtay .4. HD’nin, 07.03.1977 tarih, 1976/6297 E., 1977/2541 K. sayılı kararı, Aktaran: Subaşı, **a.g.e.**, s.24.

ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir.” Hastanın hastalığının ciddi ve ağır olmasının, hastanın psikolojisinin olumsuz etkilenme ihtimalinin bulunması gibi hususların bir önemi olmayıp bilgi verilecek birincil kişi ayırt etme gücüne sahip hastanın kendisidir¹⁴³.

Ancak bilinç kapanıklığı halinde hastanın yakınlarının aydınlatılması veyahüt temyiz kudretinden yoksunluk halinde henüz fiil ehliyeti olmayan kişilerin yasal temsilcilerinin aydınlatılması bu durumun istisnasını teşkil etmektedir. Hasta temyiz kudretine sahip küçük veya kısıtlı ise hekim tıbbi müdahale hakkında karar verebilecek durumda olan hastanın kendisi ile birlikte veli veya vasisine karşı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecektir¹⁴⁴.Bilgilendirme sırasında hastanın zihinsel fonksiyonlarının ve yeteneğinin yerinde olup olmadığı da hekim tarafından kontrol edilmelidir.¹⁴⁵.Bu bağlamda küçük veya kısıtlı hastalara aydınlatma basit ve kısaca, vasisi ya da velisine daha geniş şekilde yapılabilir¹⁴⁶.

Türk Medeni Kanunu m.16’ya göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılabilmesi için kanuni temsilcinin rızasının alınmasına ihtiyaç yoktur. Kişinin vücut bütünlüğü de kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarından olup eğer hasta tıbbi müdahale hakkında karar verme aşamasında sağlıklı düşünebiliyor ise, aydınlatma bizzat kendisine yapılmalıdır. Hastanın velayet ya da vesayet altında olması sonucu değiştirmemektedir¹⁴⁷. Hastanın talebine gerek olmaksızın, aydınlatma, hekimin görev ve sorumluluğundadır. Hastanın bilinci açık, yaşı müsait ve temyiz kudreti de

¹⁴³ Subaşı, **a.g.e.**, s.55.

¹⁴⁴ Berfin Işık Yılmaz, **Aydınlatma Yükümlülüğü**, s.402-403; Özcan/Özel, **a.g.m.**, s.59-60; Senocak, **Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası**, s.65 vd.; Subaşı, **a.g.e.**, s.55.

¹⁴⁵ İ. Hamit Hancı, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005, s.59; Enis Sarıal, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986, s.61; Akyıldız, **a.g.e.**, s.26; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.297; Yılmaz, **a.g.e.**, s.70; Özdemir, **a.g.e.**, s.60; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.82; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.227 228; Hastanın rızasının hukuken geçerli olabilmesi için onun böyle bir rızayı bildirmeye ehil olması, kendi üzerinde yapılacak tıbbi müdahalelerin önemini, mahiyetini ve neticelerini anlayabilme ve kavrayabilme yeteneğine sahip olması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hayrunnisa Özdemir, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s.116.

¹⁴⁶ Özdemir, **a.g.e.**, s.61; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.290; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.29; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.129; Doktrinde, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde olması nedeniyle temyiz gücü bulunan küçüklerin de bizzat bilgilendirilmesinin icap ettiği, ancak velayet veya vesayet altındaki kişiler bakımından ayrıca veli ve vasinin de aydınlatılması gerektiği belirtilmektedir. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.228

¹⁴⁷ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.228; Akyıldız, **a.g.e.**, s.26; Özdemir, **a.g.e.**, s.60; Yılmaz, **a.g.e.**, s.70-71; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.82; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.379; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.297.

yerinde ise onun yerine çocuklarından, eşinden veya diğer yakınlarından alınan rıza geçersizdir. Yakınların aydınlatılması hastanın aydınlatılmasıyla aynı durum olmayıp Yargıtay da hastanın yerine yakınlarının aydınlatılmasını yeterli görmemektedir¹⁴⁸.

Karşılaştırmalı hukuku incelediğimizde, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 16 yaşındaki bir hastanın ameliyatı hakkında, kendisinin değil ailenin aydınlatılmasını ve onlardan izin alınmasını yeterli görmemiş ve dava konusu olayda hekimi kusurlu bulunmuştur¹⁴⁹. HIV/AIDS teşhisi açısından ise hekim yine hastanın bizzat kendisini bilgilendirecek hastanın yakınlarının bilgilendirilmesi yükümlülüğü ancak hekimin hastanın yakınlarının da hekimi olması halinde mevcut olacaktır. Amerika Birleşik Devletleri'nde birçok eyalette HIV hastası kişinin bu hastalığı bulaştırabileceği kişileri uyarması durumunda hukuki ve cezai olarak sorumlu tutulamayacağını düzenleyen yasalar olduğu gibi bazı eyaletlerdeki yasal düzenlemeler özellikle hekimi HIV hastası kişinin bu hastalığı bulaştırabileceği kişileri uyarması konusunda yükümlü kılmıştır¹⁵⁰.

Aydınlatılması gereken hastanın şuuru kapalı ya da onam verme yeteneği yok ise yakınlarını bilgilendirmek gerekli ve yeterli olacaktır. Ancak hastanın hangi yakının aydınlatılması gerektiği konusunda ise, Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14. maddesi hükmünün uygulanması ve sıralamanın eş, reşit olan çocuklar, anne veyahut baba ve kardeşlerden birinin aydınlatılması şeklinde bir sıralamanın olmasının uygun olacağı doktrinde görüş olarak savunulmaktadır. Eğer bu kişilerden hiçbirine ulaşılamaz ise, varsa bilinen hastanın yakın ilişkisi içinde bulunduğu arkadaşı veya komşusu da aydınlatılabilir¹⁵¹. Çocuk açısından baktığımızda ise anne baba ayrılmış ise böyle bir durumda velayet kendisinde bulunan ebeveynin aydınlatılması

¹⁴⁸ Özdemir, s.60; Hastanın psikolojik yapısı üzerinde olumsuz etki yaratarak hastalığın ilerlemesine sebep olacak veya hastalığın seyrinin ve sonucunun kötü görüldüğü hallerde teşhisin hastadan saklanması mümkün olduğu ve bu hallerden birinin varlığı halinde hastanın sağlık durumu hakkında hastanın kendisine veya yakınlarına bilgi verme konusunda hekimin takdir yetkisinin olduğunu belirten bir görüş de mevcuttur. Subaşı, **a.g.e.**, s 56; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.300.

¹⁴⁹ Özdemir, **a.g.e.**, s.61; Türkiye'de yapılan bir araştırmada aydınlatma formlarını çoğunlukla hastanın kendisinin okuduğu, formu anlamadığı, form için hemşire tarafından imza alındığı, aydınlatmanın hekim tarafından istenilen düzeyde yapılmadığı ortaya çıkmıştır. Zeynep Karaman Özlü/Münevver Kılıç/Ayşegül Yayla, "Cerrahi Aydınlatılmış Onam Hakkında Hastaların Bilgi Düzeylerinin İncelenmesi", **Sağlık Bilimleri ve Meslekleri Dergisi**, C:2, S:3, 2015, s.318'den naklen.

¹⁵⁰ Subaşı, **a.g.e.**, s.55-56; Christopher Zinn, "Patient Confidentiality Challenge Over HIV Test Results", **British Medical Journal**, C:326, S:7399, 2003 s.1107.

¹⁵¹ Subaşı, **a.g.e.**, s.56.

yeterli olup diğer velinin aydınlatılmasına engel bir durum da söz konusu değildir¹⁵². Hasta bilgilendirme yapılacak kişiyi kendisi de belirleyebileceği gibi bir vekilde tayin edebilir. Hastanın vekil tayin etmesi halinde vekil, hastanın bilgi edinme hakkı kapsamında karar vermesine imkân sağlayacak her türlü bilgiyi hekimden anlaşılır bir şekilde alma yetkisine sahiptir. Hekimin vekilin yetkisinden şüphe duyması halinde yani yetkisiz bir temsilin olma ihtimali varsa vekilin yetkisinin belgelendirilmesi talep edilebilir¹⁵³.

Hastanın bilgilendirilmemesini isteme hakkı da mevcuttur. Bilgilenmeme hakkını kullanan hastanın açık rıza beyanı tıbbi kayıt şeklinde yazılı olarak kesinlikle alınmalı ve hasta dosyasında bulunmalıdır¹⁵⁴.

b. Aydınlatmanın (Hastaya Bilgi Vermenin) Kapsamı

Tıbbi müdahale ve tedavi sürecinde hastanın aydınlatılmaya ve bilgilendirilmeye dayalı rızası çok önemlidir. Bilgilendirme esaslı olmayan rıza hukuken geçersizdir. Aydınlatma yükümlülüğü konusunda hekimin kural koyma yetkisi yani bir takdir yetkisi olmayıp hekim bu yükümlüğünü yerine getirirken konulan kurallara uymak zorundadır¹⁵⁵. Türkiye Tabipler Birliği Meslek Etiği Kurallarının 26. maddesi aydınlatmanın konusunu oluşturan esaslara değinen ve aydınlatmanın kapsamını çizen çerçeve bir hüküm niteliğindedir¹⁵⁶. Bu maddeye göre: *“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.”* şeklindeki düzenleme de hastanın bilgilendirilmesinin ne denli önemli ve zorunlu olduğu dile getirilmiştir¹⁵⁷. Hastanın

¹⁵² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.290; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.300; Özdemir, **a.g.e.**, s.61; Akyıldız, s.26; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.83;

¹⁵³ Subaşı, **a.g.e.**, s.56.

¹⁵⁴ Zafer Zeytin, **"Aydınlatma"**, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.1153; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.241; Özdemir, **a.g.e.**, s.62; Akyıldız, **a.g.e.**, s.26; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.308.

¹⁵⁵ Subaşı, **a.g.e.**, s.48; Işık Özcan, **a.g.e.**, s.105, Yılmaz, **a.g.e.**, s.42; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.63.

¹⁵⁶ Subaşı, **a.g.e.**, s.49.

¹⁵⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s.62.

ne kadar bilgilendirileceği ve aydınlatmanın ne kapsamda olacağı o olayın şartlarına göre belirlenebilir¹⁵⁸. Hastanın ne şekilde ve ne kadar bilgilendirileceğinin kapsamı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Bilgilendirmenin Kapsamı” başlığı altındaki 15. maddesinde değinilmiş olup, bu maddeye göre hastaya;

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredebileceği,
- b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, nasıl ve ne şekilde olacağı ile bunun tahmini müdahale süresi,
- c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getirebilecek olduğu fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki olası etkileri,
- d) Muhtemel gelişebilecek komplikasyonlar,
- e) Tedaviyi ret durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel faydalar veya riskler,
- f) Kullanılacak ilaçların önemli ve özellikleri,
- g) Hastanın sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
- h) Gerektiği takdirde aynı sorundan dolayı tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği,

hususlarında bilgi verilmelidir¹⁵⁹. Yine aydınlatmanın kapsamına ilişkin yeterli olmamakla birlikte¹⁶⁰ bir diğer genel düzenleme Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde14/2'de yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre hekim hastanın psikolojik durumu üzerinde olumsuz bir etki bırakmayacak bir biçimde teşhise göre alınması gerekli tedbirleri hastaya açıkça anlatmak zorundadır.¹⁶¹

Tıbbi müdahale hakkında bilgi alma hakkı hastaya aittir. Ancak hastanın küçük veya kısıtlı olması haline veli veya vasisi gibi kanuni temsilcisi hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilmesini talep edebilir. Hastanın veya kanuni temsilcisinin kendisine bilgi verilmesini isteme hakkı ile ilgili talebi yazılı veya sözlü olabilir. Her türlü tıbbi uygulama öncesi, hastanın detaylı bir şekilde bilgilendirilmeli, olası riskler,

¹⁵⁸ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.29-30; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.81; Sarıtaş, **a.g.e.**, s.59; Özdemir, **a.g.e.**, s.62; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.370; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.304-305; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.272; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.296; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.75; Şengül, s.55.

¹⁵⁹ Subaşı, **a.g.e.**, s.49.

¹⁶⁰ Sevgi Akbenlioğlu, “Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul 2010, s.98; Subaşı, **a.g.e.**, s.49.

¹⁶¹ Ersoy, **a.g.e.**, s.214; Subaşı, **a.g.e.**, s.49-50.

muhtemel komplikasyonlar hastaya bildirilmeli¹⁶² serbest iradesi ile verilmiş ve aydınlatılmış rızasının alınması gereklidir. Hastanın aydınlatılmasının hekim tarafından kendiliğinden yerine getirilmesi gerekli olup bu konuda hastanın herhangi bir talepte bulunmaz zorunluluğu yoktur. Hekimin aydınlatma sorumluluğunun yerine getirilmiş sayılabilmesi için hastanın sağlık durumu, tıbbi müdahalenin riskleri, yararları, neticeleri, komplikasyonları ve tedavi süreçleri ile ilgili bilgilendirilmesi yeterli olmakla birlikte¹⁶³ aydınlatmanın kapsamını hastanın kişisel durumu ve özellikleri etkili olacaktır.¹⁶⁴ Örneğin tıbbi müdahale neticesinde parmaklarını kaybedebilecek kişinin bir piyanist olması veya bir ses sanatçısının ameliyat veya müdahale sonrası sesine zarar gelebileceği durumlarda yani hastanın kendi mesleğini icra etmesinde önemli bulunan organlarına veya yeteneklerine etkisi olacak bir tehlike içeren tıbbi müdahale söz konusu ise bu durum o hastaya muhakkak bildirilmelidir.¹⁶⁵

Yine aydınlatmanın kapsamı, tıbbi müdahalenin büyüklüğüne, gerekliliğine ve riskin ağırlığına göre değişkenlik gösterecektir. Tıbbi müdahalede bulunulma gerekliliği ne kadar az ise aydınlatmanın içeriği de buna uygun olarak dar kapsamlı olacaktır. Aydınlatmanın kapsamı ile müdahalenin aciliyeti¹⁶⁶ ve zaruriliği arasında ters bir orantı mevcut olup yapılacak tıbbi müdahale hastanın sağlık durumu açısından ne kadar az acil ve ertelenebilir ise aydınlatma yükümlülüğü de o oranda artacaktır. Yapılması tavsiye edilen ama zorunlu olmayan veya ertelenebilen tıbbi

¹⁶² Özdemir, **a.g.e.**, s.63.

¹⁶³ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.29-30; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.75-77; Subaşı, **a.g.e.**, s.50; Akyıldız, **a.g.e.**, s.24-25; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.370; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.295-296.

¹⁶⁴ Yavuz İpekyüz, s.82; Sarıtaş, **a.g.e.**, s. 60. Özdemir, **a.g.e.**, s.64; Özyay, **a.g.e.**, s.63; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.76-77; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.29; Şengül, **a.g.e.**, s.56; Aydınlatmanın kapsamının belirlenmesinde hekim bakımından somut olay açısından var olan riskler doğrultusunda hareket edilerek özen ölçüsü kıstas olarak alınmalı ve mevcut olayda hastalık ve bu hastalığın tedavisi için yapılacak tıbbi müdahaleye ilişkin bilgilerin ne kadarının hasta tarafından öğrenilmek istenildiği ve bu bilgilere psikolojik durumunun ne kadar hazır olduğu göz önüne alınmalıdır. Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.64; Yılmaz, **a.g.e.**, s.48; Mustafa Kıcalıoğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2011, s.41, Işık Özcan, **a.g.e.**, s.113.

¹⁶⁵ Işık Özcan, **a.g.e.**, s.116; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66; Subaşı, **a.g.e.**, s.52.

¹⁶⁶ Alman Hukuku öğretisi ve uygulamasında, aydınlatma borcunun kapsamı tespit edilirken, gerçekleştirilmesi düşünülen müdahalenin niteliklerinden hareket edilmektedir. Bu konuda göz önünde tutulan esaslardan biri, "müdahalenin aciliyeti"dir. Buna göre tıbbi müdahalenin aciliyeti ile aydınlatma borcunun kapsamı arasında doğrudan bağlantı vardır. Tıbbi müdahalenin aciliyeti azaldıkça, aydınlatma borcunun kapsamı genişlemektedir. Özdemir, **a.g.e.**, s.64; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.76.

müdahaleler, teşhise yönelik biyopsi gibi tıbbi işlemler, kişinin üzerinde serbestçe düşünüp ciddi bir karar vermesi gereken kısırlaştırma gibi tedavi amacı taşımayan işlemler, estetik operasyonlar aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının geniş tutulacağı tıbbi müdahalelerdir¹⁶⁷.

Tıbbi müdahaleye bağlı risk, tehlike arttıkça, hekimin aydınlatma borcunda o ölçüde artış gösterecektir¹⁶⁸. Tıbbi müdahale sonucu gerçekleşecek komplikasyonun sıklığı ve bazı düşük nitelikteki risklerin dahi hastaya bildirilmesi gerekmektedir¹⁶⁹. Alman Federal Mahkemesi bazı kararlarında tıbbi müdahale ile ilgili en küçük risklerin dahi bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁷⁰.

Tıbbi müdahalenin sonucunda meydana gelme ihtimali olan zararın kalıcı mı yoksa geçici mi olduğu da çok önemlidir. Tıbbi müdahale geçici bir zarar ihtimali yaratıyorsa aydınlatma zorunlu olmayıp, sürekli bir zarar tehlikesi söz konusu ise kapsamlı bir aydınlatma yapılmak zorundadır¹⁷¹.

Hastanın ruhsal durumu da aydınlatma kapsamını etkileyeceğinden, hekim hastanın ruhsal durumunun kötü olduğunu ve yapılacak aydınlatmanın onu daha da kötü etkileyeceğini öngördüğü durumlarda, hekim hastanın bunalıma girmesi ile bilgilendirilme hakkı arasında değerlendirme yaparak aydınlatmanın kapsamında daraltma yapabilecektir¹⁷².

¹⁶⁷ Subaşı, **a.g.e.**, s.51.

¹⁶⁸ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.65; Subaşı, **a.g.e.**, s.51; Işık Özcan, **a.g.e.**, s.115.

¹⁶⁹ Subaşı, **a.g.e.**, s.51; Işık Özcan, **a.g.e.**, s.115.

¹⁷⁰ Alman Hukukunda %3'lük bir gerçekleşme olasılığı bulunan bir tehlikenin dahi hastaya açıklanması gerektiği ancak hekimin yüksek bir riskin bulunmadığı durumlarda %1 gibi olasılıkları söylemek zorunda olmadığı kabul edilmektedir. Hekimin uzmanlığı gereği bertaraf edebileceği tehlikeleri açıklamak zorunluluğu olmamalıdır. Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.30; Özdemir, **a.g.e.**, s.64-65.

¹⁷¹ Subaşı, **a.g.e.**, s.51; Işık Özcan, **a.g.e.**, s.115.

¹⁷² Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.371-372; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.77-78; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.277; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.296-298; Hekimin hastasını tedavinin neticeleri hakkında da aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. İlaçların kullanımı, diyet, yaşam tarzı, ilacın kullanılmasından sonra motorlu araç kullanılmaması gibi konularda hastaya gerekli bilgilerin verilmesi gerekmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının tespitinde bir diğer önemli ölçü de işin aciliyet kesp etmesi halidir. Tıbbi müdahalenin acil olarak bulunulması gerekiyorsa, aydınlatma ödevinin içeriği de aciliyet ölçüsünde daralacak, aciliyetin olmadığı hallerde aydınlatma görevinin kapsamı genişleyecektir. Alman Federal Mahkemesi kararlarında bu husus; "Güzelleştirme ve vericiden organ alınması operasyonlarında hastaya sakın olarak düşünmek için ve uygulanacak ameliyatın yarar ve sakıncaları hakkında gerekli değerlendirmeleri yapacak fırsat verilmelidir." şeklinde belirtilmektedir. Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.31-33; Özdemir, **a.g.e.**, s.65-66; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.76.

Uygulamaya baktığımız da aydınlatmanın kapsamının hekimden hekime veya hastaneden hastaneye değiştiği gözlemlenmiş bu sebeple doktrinde bu konuda “makul kişi standardı” kavramı ortaya atılmıştır. “Makul kişi standardı”, algılama düzeyi orta derecede olan bir hastanın, sağlıklı şekilde rıza göstermesi için gerekli olan aydınlatma düzeyidir¹⁷³. Bu kavram ortalama bir hastanın sağlıklı bir onam için neyi bilmeye ihtiyacı olabileceği düşüncesi üzerine odaklanmaktadır. Makul ölçü somut olaya, hastanın içinde bulunduğu koşullara, yaşam ve kültür düzeyine göre belirleneceği için hekimi önyargılı olarak düşünmeye sevk ederek açıklanması gereken bilginin açıklanmamasına yol açabileceği şeklinde doktrinde makul kişi standardı kavramına itiraz eden görüşler olmuştur¹⁷⁴.

Eğer hastanın durumu acil ise, tıbbi müdahale ivedilikle yapılması gerekiyorsa bu durumda aydınlatmanın kapsam daraltılabilir ya da aydınlatma görevi yerine getirilmeyebilir¹⁷⁵. O an için hastanın rızası alınamayacak durumda ise, hastanın menfaati göz önünde alınarak hastaya rızası olmadan da tıbben müdahale edilebilir. Ayrıca bu acil durumda müdahalede olası risk çok düşük ise aydınlatma kapsamı daralabilir ya da o an ki duruma göre aydınlatma yapılmayabilir. Kapsamlı aydınlatma yapılması durumunda hastanın psikolojisinin zarar görme ihtimalinin ortaya çıkması halinde de aydınlatma borcunun kapsamı dar tutulabilmektedir. Böyle bir durumda hekim hastanın kendi geleceği hakkında karar verme hakkının ihlali ile aydınlatma sonucunda hastanın ruhen zarar görmesi arasında bir seçim yapmak zorunda kalmakta ve bu hususta takdir yetkisini kullanmaktadır. Gerçeğin hastadan gizlenmesi veya kapsamının dar tutulması hastanın iyileşme ihtimalini artırıyor ise aydınlatmanın kapsamı hasta yararına sınırlandırılabilir¹⁷⁶. Buna hekimin tedavi ayrıcalığı denilmektedir¹⁷⁷.

¹⁷³ Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.128; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.273; Özdemir, **a.g.e.**, s.65; Subaşı, **a.g.e.**, s.49; Aşçıoğlu, s.29; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.84; Doktrinde Hakeri, aydınlatmayı genel bir kuralla değil, somut olayın özelliklerine göre ortaya konulması gerektiği ve hastanın ne kadarını bilmek istediğini, bu bilgilerin ne kadarını ruhsal olarak kaldırılabileceğinin göz önüne alınması gerektiğini savunmaktadır. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.296-297.

¹⁷⁴ Ersoy, **a.g.e.**, s.215; Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.156-157; Subaşı, **a.g.e.**, s.50.

¹⁷⁵ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Subaşı, **a.g.e.**, s.54.

¹⁷⁶ Subaşı, **a.g.e.**, s.55.

¹⁷⁷ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Subaşı, **a.g.e.**, s.55; Özsunay, **Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi**, s.46.

Şayet hasta hekime yapılacak tıbbi müdahale ve tedavi konusunda sorular soruyor ise hekimin bu soruları tüm açıklığı ile anlaşılır bir biçimde cevaplaması gerekir. Hastanın sorduğu sorular gerçeğe uygun şekilde cevaplanmalı, hastanın aydınlatılma talebinde bulunduğu her noktada hasta aydınlatılmalıdır. Hasta tıbbi müdahale ve tedavi konusunda bilgilendirilmemek de isteyebilir. Hasta aydınlatmanın kapsamının dar tutulması konusunda açık ve doğrudan talep de bulunabilir¹⁷⁸. Hastanın bu talebinin hukuken geçerli olabilmesi için belli bir bilgilendirme düzeyine gelmiş olması yani detaylı olmamakla birlikte temel noktalarda üzerinde bir aydınlatmanın yapılmış ve en azından hastalığın ve tıbbi müdahaleni neye ilişkin olduğu hususunda bilgi sahibi olması gerekmektedir¹⁷⁹. Bu gibi durumlarda da hastanın isteği doğrultusunda hareket edilmeli ancak ileride çıkabilecek sorunlara engel olmak amacı ile böyle bir durum tutanak altına alınmalıdır.¹⁸⁰ Hasta hekimden aydınlatmanın kapsamının geniş tutulmasını da talep edebilir. Bu halde de hekim gerçekleşme olasılığı çok düşük olan atipik rizikoları dahi hastaya açıklamak hatta aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına girmeyen noktaları dahi açıklamak zorundadır¹⁸¹.

Hazırlanacak aydınlatılmış onam belgesinin oldukça detaylı olması gerekir. Uygulanacak işlem ve tedavinin yapılmaması sonucu risklerin belirtilmemiş olması bile, aydınlatılmış onam belgesinin eksikliğini gösterir. Bu durumda tıbbi malpraktis ve hekimin hukuki ve cezai sorumluluğuna neden olacaktır¹⁸². Yasal olarak geçerli olan bir aydınlatma, hastaya şu konularda bilgi vermelidir;

- 1) Daha fazla araştırmanın önerildiği sorun ve teşhis,
- 2) Önerilen müdahale ile buna eşlik eden önemli faydalar ve riskler,
- 3) Sonuçlar veya herhangi bir müdahaleye teşebbüs edilmezse prognoz,

¹⁷⁸ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Özsunay, **Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi**, s.44; Subaşı, **a.g.e.**, s.54.

¹⁷⁹ Subaşı, **a.g.e.**, s.54.

¹⁸⁰ Subaşı, **a.g.e.**, s.53-54; Şengül, **a.g.e.**, s.57. Özdemir, **a.g.e.**, s.66; Er/Topac/Kaygusuz, s.275; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.298-299.

¹⁸¹ Erman, s.115; Subaşı, **a.g.e.**, s.54.

¹⁸² Barry Furrow/Thomas Greaney/ Sandra Johnson /TimothyJost, **Health Law**, New York, Hornbook Series, 2014, s.46; Özdemir, **a.g.e.**, s.64.

4) Eşlik eden riskler ve faydalarıyla birlikte herhangi bir alternatif modalite¹⁸³.

Gebeliğe son verme, sterilizasyon, doku, organ ve embriyo aktarmaları, tedavi amaçlı tıbbi deneyler, cinsiyete yönelik müdahaleler gibi hastaya yapılacak tıbbi müdahale sonucunda meydana gelecek neticelerin sonradan ortadan kalması değişmesi imkanı olmayan hallerde aydınlatmanın kapsamının geniş tutulması gerekmektedir¹⁸⁴. Rahim tahliyesinin mümkün olduğu aşamada hekimin teşhisteki dikkatsizlikle ebeveyni yanlış veya eksik bilgilendirmesi sonucu bedensel veya ruhsal engelli olarak doğan çocuğun bakımına ilişkin masrafların hekimden istenebileceğini yabancı birçok mahkeme kararlarında kabul edilmiştir¹⁸⁵.

Aydınlatılmış onam konusunda karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, Avusturya Hukuku'nda, tedavi olup olmayacağını hekim yerine hastanın belirlediğini görmekteyiz. Tedavinin meşrulaşması için hastanın rızası yeterli olup, hastanın rızasının geçerli olması için de uygun şekilde aydınlatılmış olması gerekmektedir. Avusturya Temyiz Mahkemesi, hastanın müdahaleye dair tüm riskler hakkında aydınlatılması gerektiğini kabul eder. Buna da “*temel aydınlatma*” denir. Bu aydınlatmanın asıl amacı ve şartı, hastanın en ağır ve olası riskler hakkında istatistiksel gerçekleşme ihtimalinden bağımsız karar verebilmesidir¹⁸⁶.

c. Aydınlatmanın (Hastaya Bilgi Vermenin)Zamanı

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 18/5 uyarınca; “*Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır.*”Aydınlatmanın, hastaya tıbbi müdahale yapılmadan önce ve kendisine uygulanacak bu müdahaleyi sağlıklı ve sakın bir şekilde düşünüp, yakınlarına ya da güvendiği diğer kişilere danışarak serbest bir biçimde karar vereceği makul bir zamanasahip olacağı bir biçimde yerine

¹⁸³ Stephen Wear, **Informed Consent, Patient Autonomy and Physician Beneficence within Clinical Medicine**, NewYork, Springer, 1993, s.6; Özdemir, **a.g.e.**, s.64.

¹⁸⁴ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66; Akbenlioğlu, s.102; Subaşı, **a.g.e.**, s.52.

¹⁸⁵ Akbenlioğlu, s.102; Subaşı, **a.g.e.**, s.52-53.

¹⁸⁶ Alman Hukuku açısından Reich Mahkemesi'nin 1984 tarihli kararında mahkeme, legeartis (tıp biliminin kurallarına) uygun şekilde yapılan bir tıbbi müdahaleyi fiziksel bir yaralama olarak görmüştür. Ancak bu durumda hekim müdahaleden önce hastanın rızasını aldığı için cezadan muaf olmuştur. Özdemir, **a.g.e.**, s.67.

getirilmesi gerekmektedir¹⁸⁷. Hastanın aydınlatılmasından sonra ki karar aşamasında, kendisine makul bir süre tanınması şarttır. Zira hasta ancak belirli bir süre sağlıklı düşünülür ise tıbbi müdahale hakkında en doğru kararı verebilecektir¹⁸⁸.

Tıbbi müdahale ne kadar acil ise, aydınlatmanın kapsamı ve zamanı o denli daralmaktadır. Örneğin hastanın acilen ameliyat olması gerekiyor ise ameliyattan hemen önce hatta ameliyat masasında bilgilendirme yapılabilir¹⁸⁹. Bu durumun dışında kalan aciliyeti olmayan olağan durumlarda ameliyat masasında yapılan bilgilendirme hukuka uygun değildir. Aydınlatmanın yapıldığı zaman ile hastanın onam vermesi arasında geçmesi gereken süre yapılacak tıbbi müdahalenin aciliyetine göre değişiklik gösterecektir¹⁹⁰. Uzun süreli ve zaman ile kısıtlı olmadan planlanabilmesi mümkün bir ameliyat için müdahalenin hemen öncesinde yapılacak bir aydınlatma zamanında yapılmış bir aydınlatma olarak kabul edilmez. Tıbbi müdahalenin risk barındırması ve ivediliği gibi sebeplerin mevcudiyeti halinde müdahalenin hemen öncesinde hatta müdahale sırasında hastanın aydınlatılması ise geçerli kabul edilir.

Aydınlatma anında hasta hekimin tavsiyelerine mi uymayı yoksa başka seçeneklerimi gözden geçirmeyi tercih edeceği konusunda iradesini serbestçe kullanabilmeli herhangi bir baskı altında kendini hissetmemelidir¹⁹¹. Bu konuda esasen önemli olan, hastaya düşünme için yeterli yani makul bir süre verilmesidir¹⁹². Ayakta uygulanan tedavide aydınlatma tıbbi müdahalenin yapılacağı gün veya tıbbi müdahalenin hemen öncesinde yapılırsa aydınlatmanın zamanında yapıldığı genel olarak kabul edilmekle birlikte eğer bu durumda dahi hasta süreci artık değiştiremeyeceği hissiyatında ve izleniminde olursa aydınlatmanın zamanında

¹⁸⁷ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.73; Subaşı, **a.g.e.**, s.60.

¹⁸⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.67.

¹⁸⁹ Özdemir, **a.g.e.**, s.68.

¹⁹⁰ Özsunay, **Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi**, s.52; Subaşı, **a.g.e.**, s.60.

¹⁹¹ Subaşı, **a.g.e.**, s.60.

¹⁹² Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.220; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.292-293; Şengül, **a.g.e.**, s.60; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.379; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.83; Hasta Haklarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. Maddesi uyarınca aydınlatmanın ameliyattan en geç bir gün önce yapılması gerekmektedir. Ancak acil olmayan ama önemli ameliyatlarda, aydınlatmanın ameliyat gününde veya bir önceki gece yapılması durumunda, aydınlatmanın geç yapıldığı kabul edilmektedir. Zira böyle durumlarda hastanın olması gerektiği şekilde aydınlatılması mümkün olmayacağından yapılan bu aydınlatma kapsamında alınan rıza da geçerli olmayacaktır. Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.273; Özdemir, **a.g.e.**, s.68.

yapılmadığı kabul edilir. Zira burada hastanın psikolojik durumu itiraz etmeye müsait olmadığı için hukuken geçerli bir aydınlatmadan da söz edilemeyecektir¹⁹³.

Doktrinde teşhisle ilgili veya yapılması zorunlu olmayan tıbbi müdahalelerde aydınlatılmanın kapsamının ve zaman aralığının geniş tutulması gerektiği kabul edilir¹⁹⁴.

Karşılaştırmalı hukukta, Alman Medeni Kanunu'na göre aydınlatma tıbbi müdahale öncesi olmalı ve aydınlatma hastanın tıbbi müdahaleye rıza verme konusunda iyice düşünmesine imkan verecek bir zamanda yapılmalıdır¹⁹⁵.

d. Aydınlatma(Bilgi Verme) Yükümlüsü

Aydınlatma yükümlüsü kural olarak tedaviyi ve tıbbi uygulamayı yapan hekimdir¹⁹⁶. Tıbbi müdahaleye veya ameliyata uzmanlık alanı farklı birden fazla hekim katılacak ise, her hekim aydınlatmayı kendi uzmanlık alanı ile ilgili olarak yapması gerekmektedir¹⁹⁷. Tıbbi müdahale esnasında hastaya anestezi uygulanacak ise anestezi yapacak hekimin hastaya anestezi ile ilgili aydınlatma yapması gerekmektedir¹⁹⁸. Hatta böyle bir durumda, anestezi hekiminin anestezi hakkında aydınlatma yapmasına ek olarak operasyonu yapacak cerrahın da kendi işlemine ilişkin bir aydınlatma yapması gerekmektedir¹⁹⁹. Aydınlatma yapacak hekimi, sağlık kuruluşları kendisi de bizzat belirleyebilir²⁰⁰. Aydınlatma yükümlüğünün hekim dışındaki sağlık personeline devri hukuken mümkün olmayıp, Alman doktrininde bu devir yasağı, aydınlatma yükümlüğünün, hastaya uygulanan tedavi ve bu kapsamda

¹⁹³Subaşı, **a.g.e.**, s.60.

¹⁹⁴Şeref Ertaş, "Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu", **EÜHFD**, C:1 S:1, 1980, s.188; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.292-293; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.83; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.273; Özdemir, **a.g.e.**, s.67; Sarıal, **a.g.e.**, s.62; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.220.

¹⁹⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.292-293; Özdemir, **a.g.e.**, s.68.

¹⁹⁶ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.72; Yılmaz, **a.g.e.**, s.109; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.81; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.39; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.290; Yılmaz, **a.g.e.**, s.70; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.280; Taşcan/Çalışkan, s.378; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.292; Subaşı, **a.g.e.**, s.61; Yargıtay 15. H.D.'nin 26/11/2018 tarih ve 2018/4621 E., 2018/4686 K. sayılı kararında; "Komplikasyonlarda ise aydınlatma yükümlülüğü ve komplikasyon yönetiminin doğru yapılması yine yüklenicinin (hekimin) sorumluluğundadır." şeklinde belirtilmiştir.; Yargıtay 15. H.D.'nin 14/01/2019 tarih ve 2018/5312 E., 2019/139 K. sayılı kararı da aynı yöndedir. Aktaran: Özdemir, **a.g.e.**, s.68-69, dpnt, 135.

¹⁹⁷ Subaşı, **a.g.e.**, s.57.

¹⁹⁸ Subaşı, **a.g.e.**, s.57.

¹⁹⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.290-292; Özdemir, **a.g.e.**, s.69.

²⁰⁰ Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.281; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.378-379; Özdemir, **a.g.e.**, s.69; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.39; Yılmaz, **a.g.e.**, s.70; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.290; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.81.

hasta ile yapılan görüşmelerin bir parçasını oluşturmaya dayanmaktadır²⁰¹. Hasta bakıcı, hemşire gibi, hekim dışı personelin hastayı aydınlatma sorumluluğu yoktur²⁰². Ancak kan alan hemşirenin yaptığı işlemin riskleri konusunda hastaya bilgi vermesi örneğinde olduğu gibi hekimler dışındaki sağlık çalışanlarının hukuken yapmaya yetkili oldukları tıbbi müdahaleler ile ilgili olarak bilgilendirme yaparak onama yetki ve yükümlülükleri olduğu doktrinde savunulmaktadır²⁰³. Aydınlatma görevi üstünde olan hekim, bu görevi herhangi bir meslektaşına devredebilir. Ancak devrettiği takdirde devir alan meslektaşını bilgilendirmesi ve bu görevi yerine getirdiğinden emin olması gereklidir²⁰⁴. Ancak ağır ameliyatlarda böyle bir devir mümkün olmayıp ameliyatı yönetecek hekimin kendisi bizzat aydınlatmayı yapmalıdır. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, Alman Federal Yüksek Mahkemesi başka bir hekim tarafından yapılmış bir aydınlatmayı kabul etmemiştir²⁰⁵.

Aydınlatma yükümlüsü kimi hallerde tedaviyi bizzat üstlenen hekim ile sınırlı olmayıp özel bazı durumlarda tedaviye bizzat katılmamış dahi olsa söz konusu tedavi yöntemini hastaya öneren ve bu konuda hastaya bilgiler veren hekim de aydınlatma yükümlüsüdür²⁰⁶.

Kural olarak aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin ispatı yükü hekime aittir²⁰⁷. Hastanın aydınlatılmadığı tespit edilmiş veya hastanın aydınlandığına dair net deliller bulunamamışsa aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiği kabul edilir ve şartları mevcutsa hekim hakkında tazminata hükmedilebilir.

²⁰¹ Subaşı, **a.g.e.**, s.60; Özsunay, **Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi**, s.49.

²⁰² Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.378-379; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.281; Özdemir, **a.g.e.**, s.69; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.40.

²⁰³ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.72; Zekeriyâ Kürşat, “Hemşirelerin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:66, S:1, s.310, dpt. 32; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.72; Işık Özcan, **a.g.e.**, s.108; Subaşı, **a.g.e.**, s.57.

²⁰⁴ Subaşı, **a.g.e.**, s.57.

²⁰⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.69.

²⁰⁶ Alman Federal Mahkemesi 28.04.1980 tarihli bir kararına konu olan olayda, sağ kulağında önemli ölçüde işitme kaybı olması sebebi ile orta kulak ameliyatları yapan bir kliniğin başhekiminin tavsiyesi ile ancak o başhekim tarafından değil aynı klinikteki başka bir hekim tarafından hasta ameliyat edilmiş ve ameliyat sırasında hastanın yüzündeki sinir zedelenecek yüzünün bir kısmı felç olmuştur. Federal Mahkeme yüz sinirinin zedelenmesi ve felç riskinin bulunduğu konusunda hastayı aydınlatmayan başhekim ve ameliyatı yapan hekimi eksik ve hatalı aydınlatma sebebi ile meydana gelen zarardan birlikte sorumlu tutmuştur. Işık Özcan, **a.g.e.**, s.108. Subaşı, **a.g.e.**, s.57.

²⁰⁷ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.81; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.72; Eroğlu, s.1053; Özdemir, **a.g.e.**, s.69.

Alman Hukukunda hasta hiç veya yetersiz aydınlatıldığında tüm sorumluluk hastaneye veya hekime yüklenmekte, versari in re illicita(hukuka aykırı bir olayın içinde olan, bunun sonuçlarına katlanır.) ilkesi uygulanmakta ve daha çok aydınlatma yani bilgilendirme gerekli olan hallerde bu da yapılmamış ise yine hekimin sorumluluğu doğmaktadır²⁰⁸.

e. Aydınlatmanın(Bilgi Vermenin) Şekli

Hukukumuzda aydınlatma da şekil serbestisi esas olup aydınlatmanın yazılı şekilde yapılmasını zorunlu kılan genel bir düzenleme yoktur. Bu konuda hekimin görevinin gereklerine uygun bir şekilde olmak kaydı ile takdir yetkisinin olduğu ve sorumluluk anlayışı içinde aydınlatmanın şeklini tayin edeceği kabul edilmektedir²⁰⁹.

Hastanın aydınlatılmasının herhangi bir şekil şartı yoktur, sözlü olabileceği gibi yazılı da olabilir. Ancak ileride karşılaşılabilecek ispat sorunları ve kolaylığı açısından hekimin sözlü aydınlatma ile yetinmemesi ve aydınlatmayı ve onam almayı yazılı şekilde yerine getirmesi daha uygun olacaktır²¹⁰. Zira bilgilendirmenin aydınlatmanın yapıldığını ispat yükü hekime ve ilgili sağlık kuruluşuna aittir.²¹¹. Yasal mevzuat ile büyük cerrahi ameliyatlar açısından yazılı aydınlatma şartı getirilmiştir²¹².

²⁰⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.69-70.

²⁰⁹ Subaşı, **a.g.e.**, s.58; Özsunay, **Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi**, s.54; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.73; Aydınlatmanın şekli, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Bilgi Vermenin Usulü" başlığı altındaki 18. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, "*Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir. Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir. Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile y yerine getirmesi azılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir. Hasta, aynı şikayeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir. Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır. Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır. Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir.*" Özdemir, **a.g.e.**, s.70.

²¹⁰ Subaşı, **a.g.e.**, s.58; Özsunay, **Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi**, s.54-55.

²¹¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.71.

²¹² Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.380; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.298-299; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.283; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.231; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.84.

Hekim tarafından yapılacak aydınlatmada hastalığın her hastadaki etkisinin, tablosunun, gelişiminin farklı olması, hastanın, sosyo-kültürel yapısı, eğitim seviyesi dikkate alınmalı ve onun anlayacağı dilde açıklamalar yapılmalıdır. Aydınlatma sırasında hastanın yaşı, psikolojik durumu da göz önünde tutulmalıdır. Aydınlatma esnasında hekimin teknik ve bilimsel ifadeler yerine daha açık, sade ve hastanın anlayacağı kelimeler kullanması gerekir. Yabancı hastalara yapılan aydınlatmalarda hastayla iletişim yetersiz ise tercüman çağırılmalıdır. Aydınlatmanın kişiye özel olması gerekirken uygulamaya göz attığımızda yazılı aydınlatmanın, formalite amaçlı hazırlanan, genel bilgiler içeren standart bir form veya broşürle yapıldığı görülmekte olup²¹³ bu şekilde hazırlanan matbu aydınlatma ve onam formları ile hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gerektiği şekilde yerine getirdiğini göstermez²¹⁴. Matbu şekilde olan standart aydınlatma formları aydınlatma onamının alınmış sayılması için yeterli olmayacaktır²¹⁵. Bu formlar üzerinde yer alan ve hasta tarafından anlaşılmayan hususlar hastaya olumsuz etki de dahi bulunabilecektir²¹⁶. Her hastanın sağlık durumunun kendine has ve özel olduğu düşünüldüğü taktirde aydınlatmanın her hastaya özel olarak yapılması ve tıbbi müdahalenin tüm detaylarını ve olası risklerini içermelidir.

Aydınlatma formunun her hastaya özel olarak düzenlenmesi, kişisel olması ve hastanın durumuna uygun ve tatminkar olması gerekir. Aydınlatma, hastanın psikolojik durumuna da uygun olacak şekilde yapılmalı, abartı içermemeli ve itinalı bir şekilde olmalı, duraksama ve şüpheye yer bırakmamalı, hastanın anlamayacağı tıbbi terimler içermemelidir. Bu hususta abartma yasağı ve itinalı aydınlatma ilkesinden söz edilebilir. Hekim bu tarz risklerin herhangi bir hastane veya kuruluştan

²¹³ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.232; Özdemir, **a.g.e.**, s.71-72. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.84; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.381; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.298-299; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.284; Bilgilendirme formlarının, bilgilendirme amacına hizmet etmesi için, yazı şekli ve büyüklüğü açısından okunabilir nitelikte olması gerekmekte olup ayrıca bu sadece aydınlatma formlarının hastaya imzalatılması kanunen yeterli bulunulmamakta, aydınlatma yükümlülüğünün fiilen yerine getirilip getirilmediğine bakılmaktadır. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.232.

²¹⁴ Subaşı, **a.g.e.**, s.59; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.73.

²¹⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.72.

²¹⁶ Özsunay, **Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi**, s.54; Subaşı, **a.g.e.**, s.59.

henüz görülmediğinden söz ederek hastanın sakin kalmasını sağlamak için tıbbi müdahalenin riskinin vurgusunu azaltabilir²¹⁷.

Aydınlatma yapılırken ve sonrasında rıza beyanı alınırken belirli bir form kullanılması mecburi değildir. Hastanın aydınlatılması amacının tam olarak gerçekleştirilmesi ve hekimin sorumluluğunun ortadan kalkması için hastaya yazılı genel bilgiler verilmesi tercih edilse bile sözlü açıklamaların yapılması da kesinlikle gerekmektedir. Hekim, hastası ile konuşacak onun korkularını ve beklentilerini belirleyecek ve hastanın anlayacağı dilden aydınlatmayı gerçekleştirecektir.²¹⁸ Uygulamada dereceli bir aydınlatma şekli önerilmektedir. Bu modele göre önceden hazırlanan formlar ile temel bilgiler verilecek arkasından sözlü açıklamalarda bulunulacak ve hastanın soruları cevaplandırılacaktır. Önemli bir tıbbi müdahale varsa sözlü açıklama sırasında ikinci bir hekim veya hemşire de hazır bulunmalı ve hazır bulunan hekim ve hemşirenin de kimlikleri hasta kağıdına yazılmalıdır²¹⁹.

Aydınlanma formlarında sıkça gördüğümüz “*yukarıdaki bilgileri okudum*”. “*tıbbi müdahaleye dair bilgim ve rızam vardır, tarafıma yapılan sözlü ve yazılı açıklamalar yeterlidir, yapılan açıklamalardan tatmin edici niteliktedir.*” şeklindeki genel beyanlar ya da hastanın “*komplikasyon olasılığı tarafıma bildirildi*” şeklindeki beyanı genel nitelikte olup bu genel beyanlar içeren matbu form şeklinde onam formlarının hastaya imzalatılması yeterli bilgilendirme yapıldığı anlamına gelmez. Aydınlatma, hastanın standart matbu aydınlatma formunu imzalamasından ibaret olmayıp, hekimin sık sık hastayla konuşması, beklentileri, korkularını tespit etmesi, tıbbi müdahalenin olası komplikasyonlarını açıklaması bu sayede hastanın da hem hekimiyle hem de tıbbi komplikasyonla ilgili açık ve detaylı bilgiye ve kanaate sahip olmasının sağlanmasıdır²²⁰.

Yazılı aydınlatma formüleri aydınlatma ve broşür aydınlatması olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. Formüler aydınlatmada hastalığın tanısı, planlanan tedavi ve uygulanacak tıbbi müdahalelere ilişkin bilgilerin bulunduğu bir formüler hastaya

²¹⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s.73-74.

²¹⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.73.

²¹⁹ Subaşı, **a.g.e.**, s.59.

²²⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.300; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.232; Özdemir, **a.g.e.**, s.73-74; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.284; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.85.

verilmekte ve hasta bu metni okuyarak imzalamaktadır. Böylelikle hastanın tıbbi müdahale hakkında bilgilendirildiği kabul edilmekle birlikte hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisine zarar verdiği gerekçesi ile eleştiri konusu olmuştur. Broşür aydınlatmasında ise hastaya hastalığı ile ilgili olarak verilen broşürlerde hastalığın teşhisi, hastaya uygulanacak tedavi yöntemleri, alternatifleri, başarı oranları ve riskleri yer alır. Bu broşürlere ek olarak hekim hastaya kısa bir sözlü açıklamada da bulunur. Bu aydınlatma şekli de eğitim seviyesi düşük, broşürü okuyup anlama imkanı olmayan hastalar açısından yeterli bir aydınlatmanın olamayacağı ve broşürde yer alan gereksiz ve fazla bilgilerin hastada korku ve paniğe yol açabileceği gerekçesi ile eleştirilmiştir²²¹.

Bu konu kapsamında karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, Alman Hukuku'nda bilgilendirmenin kapsamı, tedavinin acilliğine, olası tersliklerin, komplikasyonların yoğunluğuna, risklerine, özellikle anestezi açısından daha güvenli bir alternatif tedavinin sunulup sunulamayacağına, hastanın zeka seviyesine göre belirlenir. Ağır tıbbi müdahalelerde, bindelik ile ifade edilen olasılıklar aydınlatma kapsamında olacaktır. Plastik cerrahi müdahaleler veya teşhislerde aydınlatma zorunluluğu daha kapsamlı tutulur. Alman Medeni Kanunu'nda aydınlatmanın sözlü yapılacağı, standart matbu formun aydınlatmayı tamamlayıcı olabilmesi açısından kullanılabilmesi belirtilmiştir. Fransız Yargıtay'ı da aydınlatma ve rıza beyanının varlığına ilişkin ispat yükünün hekime ait olduğunu kabul etmiştir²²². Hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini her türlü delille ispat edebilirse de yazılı formlar bu hususta hekime yardımcı olacaktır. İspat yükümlülüğü bulunan hekim bu yükümlülüğünü yerine getiremeyip aydınlatmanın yapıldığını ve rızanın alındığını ispat edemediği takdirde sorumluluktan kurtulamaz. Alman Hukuku'nda hastayı aydınlatma sırasında merhametsiz bir şekilde korkutup kaygılandırmak tek başına yaralama olarak değerlendirilebilir. Hasta bu durumda sağlıklı bir karar ile

²²¹ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.73; Subaşı, **a.g.e.**, s.59; Özsunay, **Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi**, s.54-55.

²²² Yargıtay'da Fransız Yargıtay'ı ile aynı görüştedir. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.300-301; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.86; Aydınlatma, hastanın Anayasa ile teminat altında olan kendi geleceğini bizzat belirleme hakkının somutlaşmış halidir. Bu yükümlülük yerine getirilmez ve hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme hakkı ihlal edilirse, tıbbi müdahalenin hastanın gösterdiği rıza da geçersiz olacağı gibi geçersiz bir rızaya dayanan tıbbi müdahale de hukuka aykırı olacaktır. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.86; Özdemir, **a.g.e.**, s.75.

tıbbi müdahaleye rıza göstermez ise aydınlatma yanlış yapıldığı kabul edilir ve hekim yaralama suçundan sorumlu tutulur²²³. Doğmamış bir haktan peşinen vazgeçmek hukuken mümkün olmadığından aydınlatma onamı şeklinde hastaya imzalatılan standart matbu formlarda yer alan ve hekim ve hastane tarafından yapılacak tıbbi müdahalenin sonucunun olumsuz olması halinde, hukuki ve cezai açıdan hekimin ve hastanenin sorumlu olmayacağı şeklinde ki ifadelerin hukuki bir geçerliliği bulunmamaktadır. Ceza hukuku anlamında, hastanın bu tür bir sorumsuzluk anlaşması yapma yetkisi olmadığı gibi Türk Borçlar Kanunu açısından bu tarz bir sorumsuzluk anlaşması da hukuken geçersizdir²²⁴.

f. Aydınlatma (Bilgi Verme) Yükümlülüğünün Ortadan Kalktığı Haller

Bazı haller söz konusu olduğunda hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Bu haller;

- 1) Acil müdahale gerektiren haller,
- 2) Hastanın kendi rızası ile bilgilendirmeden vazgeçmesi,
- 3) Hastanın bilgisinin bulunması,
- 4) Bilgilendirmenin tedaviyi olumsuz etkileyecek olması,
- 5) Bilgilendirmenin gereksiz ve uygulanamaz hale gelmesidir²²⁵.

Aciliyeti bulunan veya hastanın bilincinin olmadığı durumlarda tıbbi müdahalede bulunmak için hastanın rızasının var olup olmadığı aranmadığı gibi hekimin aydınlatma yükümlülüğü de bulunmaz²²⁶. Hastanın hayati tehlikesinin

²²³ Özdemir, **a.g.e.**, s.75.

²²⁴ Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.285; Özdemir, **a.g.e.**, s.75; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.300-301; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.86.

²²⁵ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.238-242; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.322-326; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.78-79; Aşçıoğlu, s.34; Sarıal, **a.g.e.**, s.59; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.308-312.

²²⁶ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.238-239; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.35-36; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.323; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.316. Aydınlatma borcunun tamamen ortadan kalktığı hallerden birisi zaruret halidir. Trafik kazasında bilincini kaybetmiş şekilde hastaneye getirilen hasta veya ameliyat sırasında yapılması zorunlu başka bir tıbbi müdahalenin yapılması zorunluluğunun ortaya çıkması örneklerinde olduğu gibi hastanın yaşamını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını önlemek için acil olarak hemen tıbbi bir müdahalede bulunulması zorunlu ise, aydınlatmadan vazgeçilebilir. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.79; Hasta Hakları Yönetmeliği m.24'e uyarınca ; "*Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi*

olduğu veya belirli bir tıbbi müdahalede bulunmamanın ciddi veya kalıcı eksiklik veya bozulmaya yol açmasının beklendiği acil hallerde hastanın rızası alınmadan tıbbi müdahalede bulunulduğundan hastanın aydınlatılması yükümlülüğü müdahale öncesi bulunmaz.

Hekimin, hastanın durumu itibari ile kendisine bilgilendirme yapılabilecek bir durumda olmaması ve kanuni temsilcisine ulaşamaması halinde de aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkar. Bu durum 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 70. maddesinde; *“Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.”* şeklinde yasal olarak düzenleme altına alınmıştır²²⁷.

Ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun olduğu durumlarda hastaya müdahalede bulunulması içim hastanın aydınlatılması ve rızası gerekli değildir. Narkoz verilerek gerçekleşecek bir ameliyat sırasında meydana gelebilecek farklı durumlar için aydınlatılma ve müdahaleye rıza için hastanın eşini vekil olarak ataması örneğinde olduğu gibi hasta aydınlatma ve rıza hususunda kendisi için bir vekil de atayabilir²²⁸.

Bir diğer bilgilendirme zorunluluğunu ortadan kaldıran hal ise, hastanın aydınlatmadan feragat etmesidir. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir görünümü olarak aydınlatılmaktan vazgeçme yani feragat hakkı bulunmaktadır. Hastanın, yapılacak işlem hakkında bir bilgi edinmek istememesi, bu hakkından vazgeçmesi hukuka uygun kabul edilir. Vazgeçmenin hukuken geçerli olabilmesi ve

müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir” Böyle bir durumun varlığı halinde hastaya tıbbi müdahalede bulunulmalı ve durum kayıt altına alınmalıdır. Hastanın bilincinin açılmasından sonra durumu ve ifade gücü dikkate alınarak hastanın rızasının yani onamının alınması işlemleri yapılmalıdır. Hekim tarafından aydınlatma yapılmasının fiilen imkansız olduğu bu gibi hallerde hekimin eksik veya yanlış teşhis veya müdahaleye bizzat sebebiyet vermemiş olması gereklidir. Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Subaşı, **a.g.e.**, s.65.

²²⁷ Subaşı, **a.g.e.**, s.64-65.

²²⁸ Yargıtay 4. HD 05.03.1971 tarih ve 1970/10583 E., 1971/2096 K. sayılı kararına konu olan bir olayda hastadan böbrekte bulunan taşın alınması için rıza beyanı alınmış ancak ameliyat sırasında böbreğin tamamı alınarak verilen rızanın kapsamı aşılmıştır. Yargıtay, böbreğin tamamının alınması yerine sadece böbrekte mevcut taşın alınmasının hastanın sağlığını riske sokacağı gerekçesi ile böbreğin tamamının alınmasının tıbbi bir zorunluluk olduğuna ve tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Yargıtay hastanın ameliyat öncesindeki aydınlatılması ile yetinilmesinin hukuka uygun olduğu ve ameliyatın genişletilmesini yönünde hastanın aydınlatılması ve rızasının alınma yükümlülüğünün bulunmadığına hükmetmiştir. Subaşı, **a.g.e.**, s.66

aydınlatma yükümlülüğün ortadan kalkması için hastanın temyiz kudretine yani ayırt etme gücüne sahip olması ve serbest, özgür iradesi ile aydınlatmadan vazgeçmesi, tehdit ve baskı altında beyanda bulunmamış olması, feragat iradesinin açık olarak ortaya konması gerekir²²⁹. Hasta psikolojik bir sıkıntı içerisinde olduğunu bu halde bilgilendirmenin faydalı olmayacağını, tıbbi prosedürlerden bir şey anlamadığını, bu sebeple de değerlendirme yapabilecek bir halde olmadığını ifade ederek aydınlatmadan feragat edebilir²³⁰. Bu şekilde ki feragatlerde, hekimin sorumluluğundan söz edilemez.

Aydınlatma, hastanın rızasının temelini oluşturduğundan hastanın tıbbi müdahale ve tedavi ile ilgili tüm hususları en iyi şekilde anlamasını sağlayacak nitelikte olması gereklidir. Hastanın, bilgilendirme veya bunu reddetme hakkı olduğu gibi, aydınlatma ödevi kapsamında bilgi sahibi olmak yerine bu konudaki seçimi yani takdir yetkisini hekime de bırakabilir²³¹. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 20 uyarınca zımni vazgeçme geçerli olmayıp, vazgeçmenin açık ve yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Bu yasal düzenleme uyarınca hasta vazgeçme iradesini istediği zaman değiştirebilir ve aydınlatılmasını talep edebilir²³². Vazgeçmenin, hasta tarafından yazılı olarak beyan edilmesi hekime ispat kolaylığı sağlaması açısından da önemlidir²³³.

Hayati riski bulunan, geri dönülmez sonuçlar doğuracak olan tıbbi müdahalelerde ve tıbbi standardın dışında yapılacak tıbbi müdahalelerde

²²⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.309; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.241; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.34; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.78-79; Hastanın serbest iradesine dayanmayan, zorla ve hile neticesinde elde edilmiş olan feragat geçerli değildir. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.78-79; Özdemir, **a.g.e.**, s.77; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68-69; Zafer Zeytin, **Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki(Tazminat) Sorumluluğu**, Roche Sağlık günleri 1/Tebliğler,1. Baskı, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, s.111; Subaşı, **a.g.e.**, s.61.

²³⁰ Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.291; Özdemir, **a.g.e.**, s.77; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.34; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.78-79; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.241; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.308.

²³¹ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Öztürkler, **Tıbbi Sorumluluk**, s.77; Serkan Kızılyel, **İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.211; Subaşı, **a.g.e.**, s.61.

²³² Subaşı, **a.g.e.**, s.62.

²³³ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.241; Aşçıoğlu, **Tıbbi Sorumluluk**, s.34; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.78-79. Hastanın aydınlatmadan feragatinin ispat kolaylığı açısından yazılı olması, vazgeçme beyanının hastanın imzasını içermesi veya tanıklar huzurunda beyanın bildirilmesi uygun olacaktır. Aşçıoğlu, **Tıbbi Sorumluluk**, s.34; Özdemir, **a.g.e.**, s.77.

aydınlatmadan vazgeçme hakkı kabul edilmemekte olup aksinin kabulü hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına aykırılık teşkil edeceği kabul edilmektedir²³⁴.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının “Bilgilendirme” başlıklı 27. maddesine göre; *“Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır.”* Yine Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 20. maddesi uyarınca, *“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”*²³⁵.

Hastanın her türlü bilgilendirilmeden vazgeçmesi hukuken geçerli değildir. Hastanın belirli bir bilgilendirme düzeyine gelmeden durumunu ayrıntılı olacak şekilde bilmesinde de genel hatları ile bilmeden veya bir hekimin şahsına bağlı olarak koşulsuz bir şekilde aydınlatmadan vazgeçmesinin geçerli olmayacağı ifade edilmektedir²³⁶.

Şayet hasta kendisine uygulanacak tıbbi müdahale hakkında önceden bilgilendirilmiş ise veya hastanın kendisi de bir hekimse²³⁷ aydınlatma zorunluluğu bu durumda ortadan kalkar. Hastanın almış olduğu eğitim, okumuş olduğu kitaplar, broşürler veya daha önceden başka bir hekim tarafından bu müdahale hakkında bilgilenmiş olması, aynı ameliyatı daha önce birkaç kez daha geçirmiş olması gibi

²³⁴ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.241; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.324-325; Özdemir, **a.g.e.**, s.78; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.241; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.78-79; Subaşı, **a.g.e.**, s.62.

²³⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.78; Doktrinde psikiyatri hastalarının aydınlatılması ve onlardan onam alınması zorunluluğunun olmadığı yönünde görüşler ileri sürülmüşse de bu görüşler birçok psikiyatri hastasının tıbbi müdahalenin anlam ve önemini ve bu konuda kendisine yapılacak aydınlatmayı anlayabilecek kapasitede olduğu gerekçesi ile kabul görmemiştir. Bununla birlikte psikiyatri hastasının ruhsal durumu itibari ile aydınlatılması ve rıza beyanında bulunmaları imkânsız ise bu durumda kanuni temsilcinin aydınlatılması ve onlardan rıza beyanı alınması yoluna gidilmelidir. Subaşı, **a.g.e.**, s.66.

²³⁶ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.69; Subaşı, **a.g.e.**, s.62.

²³⁷ Alman Mahkemesine konu olan bir olayda 24 yıldır muayenehanesi olan genel cerrahi uzmanı bir hekime yapılan safra kesesi ameliyatı öncesi iyot içeren madde kullanımı sebebi ile tiroit hastası olması riski açıklanmamış ve ameliyat sonrasında hastada tiroit çıkmıştır. Hekim olan hasta tazminat talebinde bulunmuşsa da mahkeme hastanın da hekim olması ve temel tıp eğitiminin söz konusu riske ilişkin bilgiyi de kapsadığı ve hekim olan hastanın kendi mesleki bilgisi ile bu hususta bilgi sahibi olduğu gerekçesi ile ameliyatı yapan hekimin bu konuda ayrıca aydınlatma yükümlülüğü olmadığı yönünde karar vermiştir. Subaşı, **a.g.e.**, s.63.

durumlarda hekim hastanın konu hakkında yeterli bilgiye sahip olduğu kanaatine varırsa aydınlatma görevini yerine getirmeyebilir. Buna ek olarak hastanın bildiği olası riskler için yeniden aydınlatılması gerekmez²³⁸. Fakat böyle bir durumun mevcudiyeti halinde dahi her somut olay açısından hekimin aydınlatmanın tekrardan yapılmasının gerekli olup olmadığını özenle araştırma yükümlülüğü vardır²³⁹. Toplumda genel olarak bilgi sahibi olunan tıbbi müdahaleler açısından hastanın bilgi sahibi olduğu kabul edilerek aydınlatma temel noktalarda olabilecektir²⁴⁰.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, Alman Federal Mahkemesi'nde görülen bir davada, hastanın senelerdir mevcut rahatsızlığı sebebi ile uluslararası üne sahip hekimlerin bulunduğu birçok hekime danışmış olmasının tıbbi müdahalede bulunan hekimin bilgilendirme yükümlülüğü ortadan kaldırmayacağını, yalnızca aydınlatmanın kapsamının ve türünün etkileneceği belirtilmiştir²⁴¹. Hekim hastanın daha önce gerektiği şekilde aydınlatıldığı konusunda kesin olarak emin olmadıkça hekimin aydınlatma yükümlülüğü sona ermez. Yine Alman Federal Mahkemesi'nin uygulamasına göre hastanın etkili bir vazgeçmede bulunabilmesi için en azından hastalığının ve tıbbi müdahalenin ne ile ilgili olduğunu ve kendisine yapılacak işlemler konusunda genel bir bilgisinin olması gerekmektedir²⁴².

Amerika Birleşik Devletleri Federal Mahkemesi aydınlatmanın fiilen imkansız olması halinde belirli şartlar mevcutsa aydınlatmanın yapılmayabileceğine karar vermiştir. Karar konu olan olayda Körfez Savaşı sırasında Suudi Arabistan'da

²³⁸ Subaşı, **a.g.e.**, s.63; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.310; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.79; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.129; Doktrinde Gökcan'a göre, hastanın açık bir şekilde yeterli düzeyde bilgisi olduğunu, ayrıca bilgilendirme istemediğini belirtmediği hallerde özellikle önemli tıbbi müdahalelere ilişkin konularda hekimin bilgilendirme yükümlülüğünün ortadan kalkmayacağı kabul edilmelidir. Hastanın kararına etki edebilecek önemli noktalarda hekim bilgilendirmeyi yerine getirmekle yükümlüdür. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.242; Özdemir, **a.g.e.**, s.78-79.

²³⁹ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.69; Subaşı, **a.g.e.**, s.63.

²⁴⁰ Yargıtay 4.HD'nin 1964/6458 E., 1964/4925 K. sayılı kararında davacı ve eşinin kültürel ve sosyal konumları gereği beyinden ur alınması ameliyatının körlüğe ve yüzünün sağ tarafında felce ve konuşma güçlüğü gibi ağır ve ciddi nitelikte neticelere yol açabileceğini bilmemelerinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Seza Reisoğlu, **Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.6; Subaşı, **a.g.e.**, s.65

²⁴¹ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.242'den naklen; Özsunay, **Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi**, s.45'ten naklen; Özdemir, **a.g.e.**, s.79; Subaşı, **a.g.e.**, s.64.

²⁴² Hastanın büyük stres altında olması sebebi ile aydınlatmanın faydasının olmayacağını düşünülmesi veya tercüman olmasına rağmen dil engelinin aşılamaması gibi hallerde hastanın aydınlatmadan vazgeçmesinin nedenleri arasında olabilir. Subaşı, **a.g.e.**, s.62.

görev yapan askeri personel üzerinde ilaç Dairesi tarafından henüz onaylanmamış, araştırma aşamasında olan bir ilaç kullanılmış ve mahkeme bütün askerlerin aydınlatılarak rızalarının alınmasının fiilin imkansız olması sebebi ile aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde karar vermiştir²⁴³.

Kural olarak hekimler ölümcül dahi olsa hastalığı hastaya söylemek zorundadırlar. Hastanın, riskler konusunda bilgi sahibi olabilmesi ancak bu şekilde mümkün olacaktır. Önceleri doktrinde hastayı kesin olarak ölüme götürecek tıbbin çözüm bulamadığı ve yetersiz kaldığı hastalıkların açıklanmasının gerekli olmadığını savunulurken bugün için hekimin bu hallerde aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığını bu kadar kesin bir şekilde söylemek mümkün değildir²⁴⁴. Hekimin hastayı aydınlatması hastanın yaşamına, sağlığına ve psikolojik durumuna, hastalığa karşı direncine kötü bir etkiye bulunacak ise veya üçüncü kişileri büyük bir tehlikeye sokacak²⁴⁵ nitelikte ise hekimin aydınlatmadan vazgeçebileceği kabul edilmektedir. Kanseri gibi sonucunun kötü sonuçlanması ihtimali yüksek hastalarda, hekim hastanın psikolojisini göz önüne alarak, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyebilir²⁴⁶. Diğer bir deyiş ile bu gibi durumlarda, aydınlatmama suretiyle öldürmeden kaçma söz konusudur²⁴⁷. Buna tedavi ayrıcalığı da denilmektedir²⁴⁸.

²⁴³ Mahkemenin askerlerin Irak'ta kullanılması muhtemel kimyasal ve biyolojik silahlardan korunması için İlaç ve Gıda Kanununun Savunma Bakanlığı'na izin vermiş olmasını yani yasal bir yetki ve zorunluluk halinin olmasını gerekçe göstererek bu şekilde bir karar vermiş olduğu ileri sürülse de aydınlatma ve rızanın olmaması, yeni bir ilacın insan üzerinde deneye ilişkin kurallara aykırı olarak kullanılması sebebi ile bu karar sert eleştirilere maruz kalmıştır. Subaşı, **a.g.e.**, s.67; Patrick J. Moran, **A Military Exception To Informed Consent**, Doe Sullivan, St. John's Law Review: Volume 66, Issue 3, Article 15.

²⁴⁴ Özdemir, **a.g.e.**, s.80; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.312-313. Tedavisi mümkün olmayan ölümcül hastalara yapılacak aydınlatma konusunda oldukça hassas davranılmalı, empatik bir yaklaşımla uygun bir dil seçilmeli ve hastanın yaşama arzusunu söndürmemeye dikkat edilmelidir. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.240; Subaşı, **a.g.e.**, s.67.

²⁴⁵ Bazı hallerde hastaya teşhis hakkında bilgi verilmesi doğrudan doğruya üçüncü kişiler açısından tehlike yaratabilir. Bu gibi haller özellikle psikiyatri hastaları açısından söz konusu olup bir psikiyatrin tedavi ettiği hastasının ruhsal durumu ile ilgili bazı açıklamalarda bulunması hastanın anne ve babasına veya yakınlarına saldırması tehlikesi doğuracak ise psikiyatri tedavi ayrıcalığından yararlanarak herhangi bir aydınlatmada bulunmayabilir. Subaşı, **a.g.e.**, s.68; Zeka Kayalı, "Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler", **Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 1994, s.40; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.71.

²⁴⁶ Subaşı, **a.g.e.**, s.67.

²⁴⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s.79-80; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.325-326; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.239; Feridun Yenisey, "**Tedavi Açısından İlgilinin Rızası**", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, 2008, s.873; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.80-81; Konulan teşhisin hastaya söylenmesi, hastanın yaşama isteğini tamamen ortadan kaldıracak, örneğin intiharına yol açabilecek nitelikteyse, hekim gerçeği hastadan gizleyebilir. Hastanın aydınlatılması,

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 19 bu konuda hekimetakdir hakkı tanımış ve hastanın manevi yapısı üzerinde olumsuz bir etki yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun kötüye götürecektir şekilde olması halinde teşhisin hastadan saklanması mümkün olup bu konuda hastaya veya yakınlarına bilgi verilip verilmemesi hekimin takdirindedir. Hekim takdir hakkını kullanırken hastanın yararına olacak şekilde hareket edecektir²⁴⁹.

Bu konu açısından karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, İsviçre Yüksek Mahkemesi'nde görülen ve kanser hastası bir kişi tarafından açılan davada mahkeme aydınlatmanın amacının hastayı paniğe sokmak fiziksel ve ruhsal olarak ona zarar vermek olmadığını ancak hastanın sağlığına zarar verme ihtimali olan hallerde teşhisin hasta bildirilmeyebileceğini fakat bu durumun bir yakınına muhakkak bildirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Amerika Birleşik Devletlerinde 1993 yılında verilen bir kararda, kanser hastası birine o sormadan ne kadar ömrü kaldığını söylemeye gerek olmadığı belirlenmiştir²⁵⁰. Alman Hukuku'na baktığımızda ise "meşru yalan hakkı" kavramı karşımıza çıkmakta ve hastanın psikolojisi düşünülerek bazı bilgilerin hastadan saklanabileceği gibi hastanın moral kazanması içinde bazı küçük ve masum yalanların hastaya söylenebileceği belirlenmiştir. Son dönemde Türkiye'ye baktığımızda, özellikle kanser hastaları için aydınlatmadan kaçınıldığıyda meşru yalan hakkından faydalandığı görülmüştür²⁵¹. Japon Yüksek Mahkemesi gerçek teşhis yerine hafif bir hastalığın kendisine bildirildiği hastanın

tehlikenin aşırı derecede yükselmesine veya üçüncü kişilerin tehlikeye düşmesine veya hastalığın tedavisi için zorunlu bir tedavinin hiç yapılmamasına neden olabilecekse, aydınlatma yapılmayabilir. Ölmek üzere olan bir hastanın acısını hafifletme amacına yönelik olan ve tıbbi ve insani sebeplerle yapılan tıbbi müdahalelerde olduğu gibi aydınlatmanın ihmal edilebileceği diğer bir durum da bilgilendirmenin artık hasta için anlamını kaybetmiş olmasıdır. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.80-81. Türk Hukukunda yasaların yeterince açık olmaması, yargı kararlarında çelişkiler olması ve konunun tamamen hekimin deneyimine bırakılması ve aydınlatmanın kapsamının ve sınırlarının açıkça belirtilmemiş olması nedeniyle, özellikle kanser hastalarının aydınlatılması ile ilgili ciddi sorunlarla karşılaşmakta, bazı kanser hastalarında yine bazı hekimler ya meşru yalan hakkına başvurmakta ya da yeterli aydınlatma yapmaktan kaçınmakta bazı hekimler ise hastaya doğrudan ve açıkça durumu anlatmakta bu durumlarda, hastalarda ciddi depresyon ve intihar eğilimleri ortaya çıkabilmektedir. Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.326.

²⁴⁸ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.70-71; Subaşı, **a.g.e.**, s.67.

²⁴⁹ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.70-71; Subaşı, **a.g.e.**, s.67-68.

²⁵⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.313-314'den naklen; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.240'tan naklen; Özdemir, **a.g.e.**, s.80.

²⁵¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.80; Subaşı, **a.g.e.**, s.68.

durumu önemsiz görerek ameliyat olması sonucu öldüğü bir olayda hekimin kanser hastasına gerçeği söyleme yükümlülüğünün olmadığına karar vermiştir²⁵².

Aydınlatma yapmanın gereksiz ve uygulanamaz bir hale gelmesi de yine bilgilendirmeye gerek olmayan hallerden biri olarak öngörülmektedir. Doktrinde tedavisi imkânsız olan ve tıbbi olarak ölümü beklenen bir hastaya, sırf o an için ağrılarının azalması amacıyla yapılan tedavi ve müdahaleler için aydınlatma yapılmasına gerek olmadığı savunulmuştur²⁵³.

Tedavi süreci içinde aydınlatmanın doğru olmadığı veya kapsamının aşıldığı tespit edilirse hekimin aydınlatmayı düzeltme yükümlülüğü vardır. Bu durumda hekim yeni durumu kendi aleyhine veya lehine olduğuna bakmaksızın hastaya bildirmek zorundadır. İnsan üzerinde yapılan klinik deneylerde süreç içinde ortaya çıkan ve istenmeyen, amaçlanmayan olumsuz yeni gelişmelerin, yan etkilerin denek ile paylaşılması da zorunludur. Klinik araştırmalar sırasında ortaya çıkan yeni durumla önceden yapılan aydınlatmanın doğru olmadığı anlaşılıyorsa önceki aydınlatma düzeltilmelidir²⁵⁴.

2. Tıbbi Müdahale ve Tedaviye Rıza Beyanı

İnsanın vücut bütünlüğüne hekim tarafından yapılacak her türlü müdahale kural olarak hukuka aykırı olup bu müdahaleyi hukuka uygun hale getiren şey hastanın veya yasal temsilcisinin rızasıdır. Vücut bütünlüğüne hekim tarafından yapılacak müdahalede ki hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızanın geçerlilik ön şartı ise hastanın aydınlatılmasıdır. Bu sebeple onam yani rıza ve aydınlatma kavramları çoğu kez iç içe geçmektedir. Onamın gerekliliği kişilik hakkına verilen öneme ve kamu düzenine dayanmaktadır²⁵⁵.

Anayasanın 17. maddesinde yer alan ;“*Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rıza olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi*

²⁵² Akira Akabayashi/Brian T Slingsby, **Informed Consent Revised**, Japan U.S.A. JOB, Volume 6, 2006, s.10-11; Subaşı, **a.g.e.**, s.68.

²⁵³ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.242-243; Özdemir, **a.g.e.**, s.81.

²⁵⁴ Subaşı, **a.g.e.**, s.69.

²⁵⁵ Subaşı, **a.g.e.**, s.71.

tutulamaz...” şeklindeki düzenleme uyarınca kişinin kendisine uygulanacak tıbbi müdahalelere mutlaka rıza göstermesi gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu madde 23 uyarınca; *“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.”*¹²¹⁹ sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesinde ise hastanın rızası konusunda; *“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliyat için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar...”* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Hastanın kısıtlı veya küçük olması durumunda veli veya vasisinin rızası gereklidir. Önemli ve büyük bir tıbbi müdahale söz konusu ise rıza yazılı olarak verilmelidir. Hastanın vasisi veya velisi yoksa veya hasta kendisini ifade edemeyecek durumda ise rıza şartı aranmaz. Hasta Hakları Yönetmeliği m.31/1’e göre bilgilendirilecek kişi kim ise (hasta veya kanuni temsilcisi), müdahalenin konusu, sonuçları ve detayları hakkında açık ve anlaşılacak biçimde aydınlatılması gerekecektir. Bu bilgilendirme sonucunda hastanın onay vermediği herhangi bir müdahale gerçekleşmemeli, onayının olduğu hallerde ise yazılı bir aydınlatılmış onam belgesi kendisinden alınmalıdır. Anayasa Mahkemesi de inceleme konusu yaptığı bir dosyada hastanın, tıbbi müdahalenin içeriği, riskleri, sonuçları hakkında aydınlatılmamış olmasını hukuka aykırı bulmuştur²⁵⁶

Hasta Hakları Yönetmeliği m.4/1-h’ de rıza *“Kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini, ifade eder”*²⁵⁷ .” şeklinde tanımlanmıştır.

Rıza ile birlikte hasta yasal düzenlemeler uyarınca sahip olduğu kendi bedeni üzerindeki dokunulmazlık hakkından ve yaralanmalara karşı olan korunmadan

²⁵⁶ Anayasa Mahkemesi 15/10/2015 tarihli 2013/2084 E. numaralı "Ahmet Acartürk" başvurusunda; *"Açıklanan nedenlerle başvurunun, geçirdiği Mikro TESE ameliyatının Tıbbi sonuçları ve muhtemel riskleri konusunda tamamen bilgilendirilmediği anlaşıldığından Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."* şeklinde belirtilmek suretiyle aydınlatılma hakkına aykırı davranışın Anayasa'nın 17. maddesinin ihlali niteliğinde olduğu tespit edilmiştir. Aktaran: Özdemir, **a.g.e.**, s.82, dpnt.178.

²⁵⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.324-326; Kaya, **Kişilik Hakkı**, s.4; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.296; Aslanova, **a.g.e.**, s.36-37.

vazgeçmektedir. Ancak bu vazgeçmeye rağmen hastanın tıbbi müdahaleye gösterdiği rızanın kapsamı yapılacak müdahalenin sınırlarını belirlemede de etkili olacaktır. Tıp hukukunda zaman içerisinde paternalist yaklaşım terk edilmiş ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olduğu kabul edilerek kendi bedeni üzerindeki belirleyici kişinin yine hastanın bizzat kendisinin olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte bazı hallerde kanun koyucu kişinin bu hakkına yasal birtakım sınırlamalar getirebildiği gibi yasal düzenlemeler ile bazı koşulların mevcudiyeti halinde kişinin rızası bulunmadan kişi üzerinde tıbbi müdahalede bulunulmasını hukuka uygun olarak kabul edilebilmektedir²⁵⁸.

Bazı istisnalar dışında kişinin vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf yetkisi sadece o kişiye ait olup bu kural tıbbi müdahaleler için de geçerlidir. Tıbbi müdahaleler ve tedavilerin hepsi vücut bütünlüğüne yönelik olduğundan buna karar verme yetkisi de tümüyle kendisine tedavi uygulanacak kişiye verilmiştir. Akıl sağlığı tam olarak yerinde bir kişiye rızası dışında tıbben müdahale edildiği takdirde, ceza hukukuna göre bu durum müessir fiil, tazminat hukukuna göre ise haksız fiil teşkil etmektedir. Sonucu ölüm veya sakatlık dahi olsa, hasta tedaviyi ret hakkına her zaman sahiptir²⁵⁹. Hastanın bu ret hakkını kullanmasına rağmen, hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunarak onu tedavi etmesi hukuka aykırı olacaktır²⁶⁰. Hastanın tedaviyi ret etme hakkı diğer hukuk sistemleri içinde de evrensel olarak kabul edilmektedir. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda Amerika Birleşik Devletleri'nde 1990 yılında görülen *Cruzan v. Director, Missouri Sağlık Departmanı* davasında Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Anayasa kapsamında hastanın tedaviyi reddetme hakkı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararında bu husus "Yetkili kişi istenmeyen muameleyi reddetme konusunda anayasal olarak korunan bir hakka sahiptir." şeklinde yer almıştır. Bu yönden bakıldığında, insanın en güçlü temel yasal hakkı tıbbi müdahaleyi reddetme hakkıdır²⁶¹.

²⁵⁸ Subaşı, **a.g.e.**, s.72.

²⁵⁹ Özdemir, **a.g.e.**, s.83.

²⁶⁰ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.203-204; Özdemir, **a.g.e.**, s.83; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.330-331; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.326-327; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.36.

²⁶¹ Jessica W. Berg/Paul Appelbaum/Charles Lidz/Lisa Parker, **Informed Consent, Legal The Ory and Clinical Practice**, 2nd Edition, New York, Oxford University Press, 2001, s.228; Veronica English/Gillian Romano Critchley/Julian Sheather/Ann Sommerville, **Medical Ethics Today**, The

1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin 3.2 maddesine göre; "*Hasta tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir.*" 1981 tarihli Lizbon Bildirgesi'nin 3. maddesinde de aynı yönde görüş bildirilmiş ve "*Hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir.*"denilmek suretiyle hastanın kendi geleceğini tayin etme yetkisi olduğunun tespiti yapılmıştır²⁶².

Kanunen öngörülen istisnai haller dışında hasta tedaviyi reddedebilir veya yapılan tedaviyi durdurabilir. Hastanın kanuni temsilcisi tarafından tıbbi müdahaleye izin verilmemiş ise ancak şartlar tıbbi müdahalede bulunulmasını zorunlu kılıyor ise (Örneğin ölüm veya sakat kalma riskinin büyük oranda ortaya çıkması vb.) bu halde imkân varsa TMK m. 346'dayer alan; "*Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.*" ve m. 487 ("*Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.*"düzenlemesi gereğince tıbbi müdahalede bulunabileceğine ilişkin mahkemeden karar alınması gereklidir²⁶³.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, İngiliz Hukuku'ndan gereklilik doktrini şeklinde bir kavram ortaya çıkmakta ve rıza olmaksızın yapılan bazı acil tıbbi müdahaleler bu doktrin kapsamında hukuka uygun sayılabilmektedir. Hastanın tıbbi müdahaleye itiraz edeceği yönünde bir ibare olmaması halinde rıza olmadan yapılan tedavilerde, hekimin müdahaleyi hayat kurtarmak amacıyla yaptığı düşünülmeli ve hekim hukuki ve cezai sorumluluk altına sokulmamalıdır. Bu durumun gerekçesi olarak ise insan sağlığının 'yasaya sıkı sıkıya bağlı kalma değerinden' daha önemli

BMA's Handbook of Ethics and Law, 2nd Edition, London, BMJ Publishing, 2004, s.84; Özdemir, **a.g.e.**, s.83.

²⁶² Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.308; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.327.

²⁶³ Avrupa Birliği Temel Hakları Şartının, "kişisel bütünlük hakkı" kenar başlığını taşıyan 3. maddesinde uyarınca herkesin, fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne saygı gösterilmesini talep etme hakkına sahip olduğu ve tıp ve biyoloji alanlarında, kanuni düzenlemeler ile belirlenen usullere göre, ilgili kişinin özgürce ve bilgilendirilmiş olarak onayının alınması gerektiği düzenlenmiştir. Özdemir, **a.g.e.**, s.84, dpnt.181.

olduğu gerçeği olduğu belirtilmiştir²⁶⁴. Avusturya Hukuku'nda hastanın rızası önemli bir yer tutmakta ve rıza olmadan yapılan her tıbbi müdahale, modern tıp bilimine göre doğru dahi olsa, hukuka aykırı sayılarak ve tazminat hakkı doğurmaktadır. Hastanın rızası alınana kadar beklenmesi hastanın sağlığı açısından risk doğuruyorsa veya hastanın durumu aciliyet içeriyorsa ve hekimin müdahale etmesi halinde hastanın hayatını tehdit eden hal ortadan kalkacaksa bu durumlarda hastanın rızası olmadan yapılacak tedavi hukuken haklı görülmekte ayrıca bu hallerde hastanın zımni rızasının da olduğu kabul edilmektedir²⁶⁵.

Hekim tarafından veya ilgili sağlık kuruluşu tarafından hastaya rızasının olduğuna ilişkin bir tutanak imzalatır ve bu tutanağa “rıza formu” denilmektedir. Hastadan alınması gerekli rıza beyanı Hasta Hakları Yönetmeliği m.26’da düzenlenmiştir. Buna düzenlemeye göre; “Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir.” şeklinde tanımlanmıştır.

a. Tıbbi Müdahale ve Tedaviye Rıza Ehliyeti

Yapılacak bir tıbbi müdahaleye verilen rızanın hukuken geçerli olabilmesi için öncelikle rıza beyanında bulunacak kişinin bu konuda ehliyetinin olması yani

²⁶⁴ Celia Kitinger/Jenny Kitinger, "Family perspectives on 'proper medical treatment' for people in prolonged vegetative and minimally conscious states", *The Legitimacy of Medical Treatment What Role for the Medical Exception?* Edited by Sara Fovargue and Alexandra Mullock, NewYork, Routledge, 2016, s.90.

²⁶⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.85-86.

tıbbi müdahaleyi anlama ve kavrama yeteneğinin bulunması²⁶⁶ bu bağlamda rıza beyanında bulunacak hastanın temyiz kudretine sahip olması ve tıbbi müdahalenin ve tedavinin anlamını, önemini, acil olup olmadığını, konusunu, risklerini, alternatiflerini ve sonuçlarını anlayabilecek ve değerlendirebilecek yeteneğe sahip olması, rızanın hukuka ahlaka aykırı olmaması, hala, hile, tehdit ile rıza iradesinin sakatlanmamış olması gereklidir. Hasta şayet tıbbi müdahalenin ve tedavinin anlamını, önemini, acil olup olmadığını, konusunu, risklerini, alternatiflerini ve sonuçlarını anlayabilecek ve değerlendirebilecek yeteneğe sahip değilse rıza beyanında bulunma ehliyetine de sahip değildir. Hukuken tam ehliyetliler türlü tıbbi müdahaleye rıza verebilmektedirler. Tam ehliyetsizler ise iyi-kötü, doğru-yanlış ayırımına sahip olmadıkları için rıza beyanında bulunmaya ehil değildirler²⁶⁷.

Hastanın rıza ehliyetine sahip olup olmadığını denetleme yükümlülüğü her olayda hekime ait olup hekim bu denetlemeyi yaparken yaş, fiziksel ve ruhsal durum, anlama yeteneğinin düzeyi, ilaçların etkisi, hastanın kültürel yapısı gibi hususları dikkate alacak ve şüpheye kapıldığı durumda hastanın kanuni temsilcisinin onayına da başvuracaktır²⁶⁸.

Tıbbi müdahaleye ve tedaviye rıza göstermek hakkı hastanın bizzat kendisine aittir. Bu yüzden yetişkin ve bilinci açık hastalar açısından rıza beyanında bulunacak kişi hastanın yakınları değil; hastanın bizzat kendisidir. Hasta bilinci açık iken rıza verdiği taktirde, bilinci kapandıktan sonra yakınlarının ayrıca rıza beyanında bulunma yetkisi yoktur. Hasta yakınlarının rızasının önemli olduğu haller belirli

²⁶⁶ Subaşı, **a.g.e.**, s.72.

²⁶⁷ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.54; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.397-398; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.327-328; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.335-336; Hastanın rıza beyanında bulunabilme ehliyetinin bulunup bulunmadığı tespit edilirken, kişinin algılama yeteneğine ve aynı zamanda yapılacak tıbbi müdahalenin ağırlığına göre, tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatmanın konusunu oluşturan tüm olayları ve unsurları anlama, kavrama, değerlendirme, ölçüp tartma yeteneğinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.302; Özdemir, **a.g.e.**, s.86-87; Bu konuda kıstas kişinin medeni hukuktaki fiil ehliyeti veya ceza hukukundaki kusur yeteneği olmayıp hastanın karar verme, anlama ve kavrama yeteneğidir. Ruhen ve ahlaken belli bir olgunluğa sahip, korunmasından vazgeçtiği menfaatinin ve buna yönelik kararının anlamını, nitelik ve kapsamını kavrayabilecek, bunun sonuçlarını muhakeme edebilecek kişilerin tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyetine sahip kabul edilmelidir. Subaşı, **a.g.e.**, s.72.

²⁶⁸ Tıbbi müdahalenin ağır olmaması veya alternatiflerinin bulunmasına bağlı olarak rıza ehliyetine ilişkin kıstaslar daha ağır değerlendirilmeli, hayati tehlikenin mevcut olduğu veya basit bir tıbbi müdahalenin söz konusu olduğu halde rıza ehliyetine ilişkin kıstaslar daha geniş yani gevşek tutulmalıdır. Subaşı, **a.g.e.**, s.72.

koşullarda ortaya çıkar. Hastanın ameliyatta ve narkoz altında olması ve bu sebeple bilincinin kapalı olması nedeni ile hastadan rıza beyanının alınmasının mümkün olmaması örneğinde olduğu gibi hastanın rıza gösterdiği tıbbi müdahalenin dışında bir müdahalenin gerekmesi veya tıbbi müdahalenin kapsamının genişletilmek zorunda kalınması halinde hasta yakınlarının rızası hukuken geçerli bir rıza halini alır. Hastanın kimsesiz birisi olması durumunda tıbbi müdahalede bulunulması zorunlu ise varsayılan rıza üzerinden hareket edilerek hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilir²⁶⁹.

Hukukumuzda on sekiz yaşın altındaki kişilerin tıbbi müdahaleler için rıza verme yeteneğini yaş sınırları ile birlikte açıkça düzenleyen bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bir takım çeşitli düzenlemeler ile bu konuda bazı esaslar konulmuştur. Türk Medeni Kanunu'nun 16 maddesi gereğince temyiz kudretine sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleri ile borç altına giremezler. Ancak karşılıksız kazandırma ve kişiye bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir²⁷⁰. TŞTİDK madde 70'e göre hekimlerin her türlü tedavi için şayet hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin rızasının alması şarttır. Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/1 uyarınca; *"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."* şeklindeki düzenlemeler ile kısıtlılar veya küçükler açısından kanuni temsilcilerinin rızasını açıklama yetkilerinin bulunduğu yasal olarak düzenleme altına alınmıştır²⁷¹.

Her ne kadar tıbbi müdahaleye onam verme yetkisi kişinin hayatını ve vücut bütünlüğünü ilgilendiren kişiyle sıkı surette bağlı haklardan olmakla birlikte temyiz kudretine sahip olmayan küçükler açısından rıza beyanında bulunma yetkisi kesin olarak kanuni temsilcisindedir. Küçüklerin rızası konusunda önemli olan ve esas alınan yaş değil, ayırt etme gücüdür. Türk Medeni Kanunu ayırt edebilme yeteneğini akla uygun davranabilme olarak belirtmiştir. Ayırt etme gücüne sahip küçük

²⁶⁹ Şengül; **a.g.e.**, s.61; Özdemir, **a.g.e.**, s.87; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.333-335; Taşcan/Çağlayan, **a.g.m.**, s.397.

²⁷⁰ Subaşı, **a.g.e.**, s.73.

²⁷¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.87.

hastaların rıza ehliyeti doktrinde ve uygulamada tartışma konusudur. Bu konuda doktrinde üç temel görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre ayırt etme gücüne sahip küçük açısından rıza beyanında bulunma yetkisi kanuni temsilcisine aittir. Hekim küçüğün görüşü ile bağlı değildir. Bu görüşte tıbbi müdahalenin riskli neticeler doğurma ihtimali sebebi ile bu kritik hakkın kullanılmasında küçüğü yalnız bırakmayan korumacı bir yaklaşım söz konusudur²⁷². Diğer bir görüşe göre kişinin hayatı, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki hak kişilik hakkı kapsamında mutlak bir hak olup ayırt etme gücü bulunan küçüğün rıza beyanında bulunma ehliyetine de sahip olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde hastanın kendi geleceğini belirleme hakkından mahrum bırakılmış olacaktır. Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını hekim değerlendirilecektir. Hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken küçüğün anlattıklarını anlayıp anlamadığını ve sağlığı açısından kendi yararına hareket etme imkânına sahip olup olmadığını dikkate alacak ve bir kanaate varacaktır²⁷³. Başka bir görüşe göre bir denge olmalı ve onam verme konusunda küçük ve vali/vasi birlikte etkili olmalıdır. Riski yüksek olmayan veya küçüğün menfaatinin aşırı ağır bastığı tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücüne sahip küçüğün tek başına rıza beyanında bulunma yetkisinin olduğu kabul edilmeli, ölüm gibi büyük riskleri içeren hatta hastanede yatış gerektiren tıbbi müdahalelerde kanuni temsilciden de rıza beyanı alınmalıdır²⁷⁴.

Küçüğün tıbbi müdahaleye ilişkin ayırt etme gücünün tespiti için bir takım yaş kıstasları da ileri sürülmüş ancak yaş olarak kaç yaşın sınır alınacağı tamamen bir tartışma konusu olmuştur. Örneğin 12 yaşını doldurmamış küçüklerin (*sağır ve dilsizlerde 15 yaş*) tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti olmadığının kabul edilmesi gerektiği, 12-18 yaş grubunda ise (*sağır ve dilsizlerde 15 ile 21 yaş*) küçüğün rıza beyanında bulunma yeteneğinin ayırt edebilme kapasitesinin olup olmadığına göre değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁷⁵. Biyotıp Sözleşmesi m.6/2

²⁷² Bedia Boran, **Aydınlatılmış Rıza**, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, 1.Baskı, Ankara Barosu- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.87; Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2007, s. 76; Subaşı, **a.g.e.**, s.74.

²⁷³ Ateş, **a.g.e.**, s.76; Subaşı, **a.g.e.**, s.74.

²⁷⁴ Boran, **a.g.e.**, s.88; Subaşı, **a.g.e.**, s.74.

²⁷⁵ Türk hukuk doktrinde tıbbi müdahaleye rıza konusunun kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasından ötürü basit hastalık ve basit çapta yaralanmalar sebebi ile sağlıklarını koruyacak rutin tıbbi

uyarınca; “Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır.”Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/2 uyarınca; “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.”Türk Medeni Kanunu m. 339/3 uyarınca; “Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini de göz önünde tutarlar.” Tüm bu yasal düzenlemelerde de anlaşılacağı üzere ve doktrinde de baskın olan görüşe göre genel ve kesin bir yaş sınırı belirlenmesinden ziyade somut durumdaki küçüğün ruhsal gelişimi, karar anındaki yaşı, yetenekleri, tecrübesi, eğitim durumu, karar anındaki tutum ve davranışları ve bunlara ek olarak tıbbi müdahalenin türü, özelliği, ağırlığı, muhtemel riskleri ve küçüğün bunları kavrama yeteneği dikkate alınmalıdır²⁷⁶.

Hamile kadınlara rıza beyanında bulunma hak ve yetkisi sadece kadına yani anneye ait olup, babanın bir söz hakkı olmadığı kabul edilmiştir²⁷⁷. Yalnız çocuk doğduktan sonra bu durum değişmekte hem anne hem baba çocuk üzerinde birlikte yetkili olmaktadır²⁷⁸.

Anne ve baba boşanmış ise her iki ebeveynin de velayet hakkına sahip ise yine her iki ebeveynin rızası alınacak olup bununla birlikte hafif tıbbi müdahalelerde

müdahaleler için 15 yaşını doldurmuş küçüklerin rızası hukuken geçerli kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Özdemir, **a.g.e.**, s.89; Ezgi Aygün Eşitli, "Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti", **TBB**, S:106, 2013, s.284; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.209-210. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, veli/vasi ile temyiz kudretine sahip küçüğün iradesinin çatıştığı durumlarda, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakka sahip olan küçüğün iradesine üstünlük tanınmalıdır. Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.306; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.211; Aygün Eşitli, **a.g.m.**, s.284.

²⁷⁶ Çakal, s.84-85; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.84-85; Şengül, **a.g.e.**, s.62-63; Kaya, **Aydınlatma Yükümlülüğü**, s.54; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.205-207; Kahraman, **Medeni Hukuk**, s.489; Yücel/Sert, **a.g.e.**, s.148; Küçüğün rıza gösterme yeteneğinin olmadığı hallerde, tıbbi müdahaleye rıza beyanında bulunma yetkisi, küçüğün kanuni temsilcisi olan anne ve babaya ait olacak, anne ve babanın rıza beyanı konusunda fikir ayrılığına düşmesi halinde sorun ilgili mahkeme tarafından çözüme kavuşturulacaktır. Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.399; Özdemir, **a.g.e.**, s.88; Uygulamada 16 yaşındaki bir kız çocuğunun rahim tahliyesi işlemine karşı çıkan ailenin başvurusu, bu müdahalenin neticelerini anlama yeteneğine sahip olduğu, kendisini ilgilendiren bu kararı tek başına alabileceği ve ayrıca mahkemeden bir karar almaya gerek olmadığı gerekçesi ile ret edilmiştir. Subaşı, **a.g.e.**, s.75.

²⁷⁷ Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.392; Özdemir, **a.g.e.**, s.88; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.334.

²⁷⁸ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 6. maddesine göre gebeliğin sona erdirilmesi küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine bağlı olup vesayet altında bulunup da reşit olmayan ve temyiz kudretine sahip olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasisinin rızası ile birlikte Sulh Hukuk Hâkiminin de izni gereklidir. Subaşı, **a.g.e.**, s.75.

birisinin rıza beyanı yeterlidir²⁷⁹. Ebeveynlerin anlaşamamaları halinde hakim kararı alınmalıdır. Anne ve baba boşanır ise mahkemenin velayet verdiği taraf rıza beyanında bulunma yetkisine sahip olur. Evlilik dışı olarak dünyaya gelen çocuklarda ise rızanın anneden alınması gerekir. Ancak evlilik dışı olarak dünyaya gelen çocuğun velayeti babada ise, rıza beyanında bulunma yetkisi de babada olacaktır. Evlilik dışı olarak dünyaya gelen çocuk için biyolojik anne ve babanın ortak iznine ihtiyaç yoktur²⁸⁰.

Anne baba tıbbi müdahaleye rıza verme ehliyetini küçüğün menfaatini ön planda tutarak kullanmak zorundadır. Küçük üzerindeki velayet/vesayet hakkını kötüye kullanıldığı durumlarda veli veya vasinin rıza beyanında bulunma ehliyeti hâkim kararı ile kaldırılabilir. Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/4'e göre tıbben müdahalede bulunmanın zaruri olduğu kanuni temsilci tarafından da rıza verilmeyen hallerde velayet veya vesayet altındaki kişiye tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için mahkemeden karar alınması gereklidir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan acil bir tıbbi müdahale söz konusu ise Çocuk Koruma Kanunu hükümleri kapsamında hekimin savcıya başvurarak Savcılık koruma kararı alınması gereklidir. Savcılıktan karar alınması için dahi beklenmesi mümkün olmayan bir acil tıbbi müdahale söz konusu ve veli veya vasinin de haklarını kötüye kullanarak tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi halinde hekim üçüncü kişi yararına meşru müdafaa ve zorunluluk hali hükümlerine dayanarak hukuka uygun şekilde tıbbi müdahalede bulunabilir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 26 gereğince hekim kanuni temsilcinin tıbbi müdahaleye onam vermemesinin kötüniyetli olduğu kanaatine varırsa ve bu durum hastanın hayatı için de tehlike arz ediyorsa onam vermeme halini adli mercilere bildirmeli ve adli mercilerden bu izni temin etmelidir. Acil bir durum söz konusu ise ve hekim ne kanuni temsilcinin ne de adli makamların iznini alacak imkana ve zamana sahip değilse yaşamı kurtarmaya yönelik girişimde bulunma yönünde takdir yetkisine sahiptir²⁸¹.

²⁷⁹ Çok ağır tıbbi müdahalelerde velayet hakkına sahip her iki ebeveynin onamı alınmalıdır. Subaşı **a.g.e.**, s.75.

²⁸⁰ Özdemir, **a.g.e.**, s.89.

²⁸¹ Yargıtay'a konu olan bir olayda bir aile prematüre bebeğin hastaneden çıkararak bebeğin ölümüne neden olmuşlardır. Mahkeme ailenin talebinin bu yönde olduğu ve bebeğin ölümüne ailenin sebep

Akıl zayıflığı, akıl hastalığı, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, yaşlılık, tecrübesizlik, ağır hastalık sebebi ile işlerini gerektiği şekilde yapamama gibi haller tıbbi müdahalenin önem ve neticesini anlamaya engel olan ve rıza ehliyetini etkileyerek vasiinin rızasını da zorunlu kılan durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Medeni Kanunu 483 maddesi uyarınca vasi tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyetini kötüye kullanırsa vesayet makamı tarafından görevden alınır. Acil bir durum söz konusu ve vasiinin rıza ehliyetini kötüye kullanması hali de mevcutsa hekim rıza olmaksızın hastaya gerekli acil müdahaleyi yapabilir²⁸².

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, Avusturya Hukuku'nda tıbbi müdahaleye rıza gösterecek hastanın, rızasının geçerli kabul edilebilmesi için o kişinin gerekli idrak ve muhakeme yeteneğine sahip olması gereklidir. Buna 'rıza verme yetisi' denir. Avusturya Hukukunda önemli olan kişinin tedavi veya tıbbi müdahalenin önem ve anlamını anlayabilecek idrak seviyesinde olması ve bu doğrultuda kendi iradesi ile bunu ifade edebilmesidir. Her tıbbi müdahale ve tedavide tanının, tedavinin ve risklerin birbirinden farklı olmasından dolayı rıza verme yetisinin ölçütleri kişiden kişiye değişiklik gösterecekti. Alman Hukukunda 18 yaş sınırı ile karşılaşmaktayız. Alman Hukukunda rıza beyanının geçerli olabilmesi için yetişkin yani 18 yaşın doldurulması ve hukuki ehliyete sahip olunması gerekmektedir. 18 yaş sınırının göz ardı edilmesi tıbbi müdahalenin ve rızanın anlamını kavranabilecek durumda olunması halinde söz konusudur. Alman Hukukunda 16 yaşındaki bir çocuk, çok az bir olasılıkla olsa yapılacak operasyonun oluşturacağı felç kalma riski hakkında aydınlatılmak zorundadır²⁸³.

Amerika Birleşik Devletleri'nde dini sebeplerle çocuklarını tedavi ettirmeyen anne ve babalar ile ilgili davalarda çocukların yaşama ve sağlık hakkının kişilerin dinlerini yaşama hakkından daha üstün olduğu kabul edilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde ebeveynin tıbbi müdahaleye rıza göstermeyerek çocuğunun ölümüne

olduğu yönündeki savunmaya itibar etmemiş ve bu tür durumlarda prematüre bebeği ilgili servise göndermenin hekimin özen yükümlülüğü kapsamında olduğunu belirtmiştir. Subaşı, **a.g.e.**, s.75-76.

²⁸² Subaşı, **a.g.e.**, s.77.

²⁸³ Özdemir, **a.g.e.**, s.89-90.

sebepler olmaları halinde ebeveyn, kasten adam öldürme suçu ile cezalandırılmaktadır²⁸⁴.

Avusturya’da görülen bir davada 16 yaşındaki bir çocuk için yapılacak tıbbi müdahaleye çocuk yerine yalnızca aileyi aydınlatarak rıza alınması hukuka aykırı bulunmuştur²⁸⁵. Avusturya Hukukuna göre 14 yaşındaki bir çocuğun, küçük çaplı basit tıbbi müdahaleler için rıza ehliyetinin olduğu fakat büyük çaplı tıbbi müdahalelerde çocuğun rızası yeterli olmadığı, ebeveyn izninin gerekli olduğu kabul edilmiştir. İngiltere’de ise hekimler, 16 yaşını dolduran bir çocuğa annenin ve babanın izni olmaksızın sadece çocuğun rızası ile tıbbi müdahalede bulunulabilmektedir. Kanada’nın Quebec eyaletinde 14 yaşını dolduran çocuk için, hekimler tıbbi müdahalede bulunmakta, tedavinin veya tıbbi müdahalenin uzun sürmesi veya hastaneye yatış hallerinde ebeveyn veya yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duyulmaktadır²⁸⁶.

İsviçre Hukuku’nda tıbbi müdahale ve tedaviye rıza için 12 yaşın tamamlanması gerektiği kabul edilmektedir. Yapılacak tıbbi müdahale çok ciddi ve hayati risk doğurduğu takdirde bu yaş sınırı yukarıya çıkabilmektedir. Alman Federal Mahkemesi ise yaşı esas almaz, onun yerine kişinin tıbbi müdahaleyi ve tedavinin önemini, risklerini ve sonuçlarını anlama ve çözme, idrak edebilme seviyesine ulaşmış olmayı aramaktadır. Alman Hukuku’nda aydınlatılmadığı için hekimi sorumlu tutan bir hasta, eğer kurallara uygun şekilde aydınlatılsaydı, risk kendisine söylenecekti, ikilemde kalacağı ve tedaviyi reddetmesinin daha da anlaşılır bir hale geleceği hususunu ispatlamak zorundadır. Alman yargısı, sabit bir ispat yükü

²⁸⁴ Subaşı, **a.g.e.**, s.76.

²⁸⁵ Erman, 87; Yavuz İpekyüz, s.84; Özdemir, **a.g.e.**, s.90; Behiye Eker Kazancı, **"Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Uygulama Hatası", Oftalmolojide Malpraktis**, İstanbul, Galenos Yayınevi, 2012, s.110; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.209.

²⁸⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.350; Özdemir, **a.g.e.**, s.90; Eker Kazancı, **Tıbbi Hata**, s.109-111; Amerikan doktrini ve mahkeme kararlarında "olgun çocuk ilkesi" şeklinde bir teori geliştirilmiş olup bu teoriye göre, çocukların bağımlılığına ve erişkinlerin otonomisine sahip olan olgun çocukların sorunları idrak yetenek ve kapasiteleri yetişkinlere benzerken, karar verme ve hareketlerinin sonuçlarını anlamada ve değerlendirme eksiklikleri bulunmaktadır. Eyaletler arasında irade yeteneğinin var olduğu kabul edilen yaş sınırı konusunda farklılıklar bulunmakla birlikte mahkemeler bazı istisnalar dışında, 12 yaşından küçüklerin tıbbi girişimlere rıza beyanında bulunma yeteneklerinin olmadığı yönünde karar vermektedirler. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.209.

istememekte, açık ve sabit normlardan uzak, daha çok kişinin durumu ve olası düşüncelerinin anlaşılabilirliğine yoğunlaşmaktadır²⁸⁷.

Avusturya hukukunda kişi reşit ise fakat psikolojik bir hastalık geçirmekte veya zihinsel bir engelli varsa rıza verme yetkisi onun bağımsız olarak aldığı karar kapsamında değerlendirilmekte ve verilen rıza kanuni temsilciden bağımsız olarak geçerli sayılmakta, kişinin idrak yeteneğinin bulunmadığı hallerde ise kanuni temsilci devreye sokularak onayının alınması gerekmektedir. Kanuni temsilcinin bulunmaması hallerinde kişinin var ise bir yakınından onay alınması gerekir. Kanuni temsilci yoksa ve özellikle ağır ve önemli bir ameliyat ve tıbbi müdahale söz konusu ise bunun öncesinde hemen bir kanuni temsilci atanmalıdır. Kişinin idrak yetisi yok veya yeterli değilse, kanuni temsilci onayı tek başına yeterli olmayacak; bağımsız ikinci bir hekimin veya mahkemenin onayı gerekebilecektir.²⁸⁸.

b. Tıbbi Müdahaleye ve Tedaviye Rızanın Kapsamı, Esasları ve Sınırları

Rıza, irade beyan etme şeklinde ortaya çıkan hukuki bir işlem olup irade beyanını açıklanması ile birlikte bu beyana bağlı hukuki sonuçlar da doğmaya başlar²⁸⁹. Rıza beyanının konusu genel ahlak ve kamu düzeni kısıtlamalarına uygun

²⁸⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s.90-91; Eker Kazancı, **Tıbbi Hata**, s.110-111; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.209; Erman, **a.g.e.**, s.87; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.84; Doktrinde tıbbi müdahalenin ağır ve risklerinin belirsiz olması durumunda, çocuğun velisinin rızasının alınmasının gerekli olduğu, bununla birlikte, tıbbi müdahalenin aciliyetinin bulunduğu hallerde ise çocuğun rızası ile yetinmek gerektiği, çocuğun velisi olmadan hekime müracaat etmesi halinde, hastalık durumunun aciliyetine ve çocuğun ayırt etme gücüne göre rızası alınarak çocuğa tıbbi müdahalede bulunulması gerektiği kabul edilmektedir. Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.309; İngiliz Hukuku'nda Chesterv Afshar davasında, davalı hekim, hastayı omurga ameliyatında %1 veya %2'lik kaçınılmaz kaudaekinasendromu olma riski olduğu konusunda aydınlatmamış ve risk ameliyat esnasında gerçekleşmiş olmakla beraber gerçekleşen risk, ameliyatı gerçekleştirme yönteminin bilinen herhangi bir özelliği ile ilgili olmayan, rastgele meydana gelen bir risktir. Davaya bakan hâkim, davacı olan hastanın uygun şekilde aydınlatılmış olsaydı, ameliyata rıza göstermeyeceği ve ameliyatın da gerçekleşmeyeceğini tespit etmiştir. Ancak Lordlar Kamarası'nın çoğunluğu da, hastanın durumunun kötüleşmesi sebebiyle tazminat talep etme hakkına sahip olduğu yönünde karar vermiştir. İngiliz Hukuku'nda A v National Blood Authority davasında ise tedaviye rıza gösterilmemesi durumunda müdahalede bulunulması halinde sorumluluğun kesin olduğu, çünkü eylemin sebebinin ihmal değil, izinsiz tıbbi müdahale olduğu, hastanın rızası alınmaksızın hatalı ameliyat yapılması halinde, hata hekimin fiilinden kaynaklanmasa dahi hekimin sorumluluğu söz konusu olacağı belirtilmiştir. Koch, **Liability**, s.186-188.

²⁸⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.91; Koch, **Liability**, s.186.

²⁸⁹ Kaya, **Aydınlatma Yükümlülüğü**, s.53; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.329; Özdemir, **a.g.e.**, s.91; Hasta belirli bir hekimin tıbbi müdahaleyi yapması için rıza göstermiş ve kendisine belirtilmeden, ameliyatı

olmak şartı ile kişinin bedeni, yaşamı ve sağlığı üzerindeki tasarruf yetkisidir. Bu tasarruf yetkisi belirli bir tıbbi müdahaleye ilişkin olmalıdır²⁹⁰. *Bu hastanede tarafıma yapacağı her türlü işlem tıbbi, müdahale ve ameliyatlara rızam vardır.*” şeklinde hekim tarafından yapılacak tüm tıbbi müdahaleleri kapsayacak düzeyde genel ve soyut şeklindeki rıza beyanı hukuken geçersiz olacaktır. Çünkü böyle bir durumda hasta kendisine yapılacak tıbbi işlemi temel olarak dahi ile bilmemektedir. Hastanın rızasının sağlıklı ve hukuken geçerli olması için hastanın usulüne uygun şekilde aydınlatılması sonrasında hür iradesi ile hile ve baskı altında olmadan rıza beyanında bulunmuş olması gerekir. Hastanın rızasının kendisine yapılan aydınlatmada belirtilen her türlü tıbbi müdahale, ameliyat ve tedbiri kapsamalıdır²⁹¹.

Rıza beyanının hukuki niteliği açısından doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku kapsamından kabul edilen görüşe göre, rıza tek taraflı bir hukuki işlemdir. Bu sebeple tıbbi müdahaleye rıza aynı zamanda hukuki sonuca yönelik bir irade açıklaması olup rızanın geçerli olabilmesi için hukuki işlemin geçerlilik koşulunun varlığı gereklidir. Rıza beyanında bulunan hastanın iradesi buna muhatap olan kişinin iradesi ile uyuşmak zorunda değildir. Avusturya ve Alman hukuku rıza beyanını hukuki işlem benzeri bir fiil olarak kabul etmekte ve rızanın açıklanması halinde, hukuki bir sonuca değil fiili bir sonuç olarak tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi amacına yönelik olduğu kabul edilmektedir. Hukuk düzeni de bu irade açıklamasının içeriğinden bağımsız ona hukuka aykırılığı önleyici bir sonuç yüklemektedir²⁹².

Tıbbi müdahaleye ve tedaviye rızanın kapsamı Hasta Hakları Yönetmeliği madde 31’de; *“(1)Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.*

başka bir hekim yapmış olursa, hastanın kendisine tıbbi müdahale yapan hekimi bilme ve seçme hakkı bulunduğundan, verilen rıza geçersiz bir rıza olacaktır. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.365.

²⁹⁰ Subaşı, **a.g.e.**, s.81.

²⁹¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.364; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.330-331;Özdemir, **a.g.e.**, s.92; Tuğçe Oral, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü", **Ankara Barosu Dergisi**, S: 2, 2011, s.195.

²⁹² Çakal, **a.g.e.**, s.64-65'den naklen. Aydınlatma ve rıza, hastanın ya da bazı durumlarda kanuni temsilcisinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile bu yöntemlere ilişkin yararlar ve riskler ile tedavi edilmemesi durumunda meydana gelebilecek hastalığın seyri ve sonuçları ile ilgili olarak yeterli ve anlaşılır bir dille sözlü veya yazılı şekilde aydınlatılması ve hiçbir baskı altında kalmaksızın, serbest iradesiyle rıza göstermesi şeklinde tamamlanacak kanuni bir prosedürdür. Hiç kimse rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun bulunmayan tıbbi müdahaleye tabi tutulamaz. Akyıldız, **a.g.e.**, s.11-12.

(2)*Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar.*” şeklinde düzenlenmiştir. Rıza beyanı alınırken hem hastanın hem de kanuni temsilcinin tıbbi müdahale ve tedavinin konusu, riskleri ve sonuçları konusunda aydınlatılması gereklidir²⁹³.

Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek enjeksiyon ve kan alma gibi vb. tüm rutin işleri de kapsamaktadır²⁹⁴. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 31 uyarınca; *“Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar.”* Rutin işlem niteliğinde olsa dahi bu tıbbi müdahale hastanın hayatı açısından risk içeriyorsa bu konuda hastayı mutlaka aydınlatmak rızasının alınması gereklidir. Hasta, yapılacak asıl işlem hakkında aydınlatıldıktan sonra, bu işlem yanında yapılacak bazı rutin, risk taşımayan işlemler için ayrıca bilgilendirilmesine gerek yoktur. Ancak uygulanacak işlem hasta için risk teşkil ediyor ise ve asıl tıbbi müdahaleye bağlı rutin bir işlem değil ise hasta mutlaka ayrıca bilgilendirilmelidir²⁹⁵.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 28 uyarınca; *“Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz.”* Hastanın rızaya yönelik irade açıklamasının hata, hile, tehdit gibi nedenlerle sakatlanmaması ve rızanın kamu düzenine, kanuna ve ahlaka aykırı olmaması gerekir²⁹⁶. Gerek Türk Medeni Kanunu madde 23/2 uyarınca gerekse Türk Borçlar Kanunu madde 20’de yer alan düzenleme uyarınca genel ahlak ve kamu düzenine aykırı sözleşmeler geçersiz olup ayrıca hukuken üzerinde serbestçe ve tam olarak tasarrufta bulunulamayacak haklara ilişkin rıza beyanları da hukuken geçersizdir. Yine Hasta Hakları Yönetmeliği m. 28/2 uyarınca kişinin üzerinde tasarrufta bulunamayacağı gibi kişilik hakkına yönelik tıbbi bir işleme karşı verdiği

²⁹³ Özdemir, **a.g.e.**, s.92.

²⁹⁴ Subaşı, **a.g.e.**, s.81.

²⁹⁵ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.277; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.312-313; Özdemir, **a.g.e.**, s.94; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.364.

²⁹⁶ Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.302; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.333; Aslanova, **a.g.e.**, s.37; Özdemir, **a.g.e.**, s.92-93; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.330; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.397-398; Uygulamada rıza ile ilgili söz konusu olabilecek ve hukuksal sorunlara yol açacak şu üç durum genel olarak meydana gelmektedir. 1) Hastanın rızası hiç alınmamıştır. 2) Tıbbi müdahale hastanın rızasından tamamıyla veya esaslı noktalarda farklı şekilde yapılmıştır. 3) Tıbbi müdahale rıza kapsamını aşarak yapılmıştır. Çakmut, **a.g.e.**, s.209.

rıza hukuka aykırı olup geçersizdir. Örneğin yaşam hakkı kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir kişilik hakkı olup kişinin yaşam hakkının sona erdirilmesine ilişkin bir müdahale olan ötenazi²⁹⁷ veya tıbbi bir endikasyon bulunmamasına rağmen belli bir organının kesilmesine amacıyla verilen rıza beyanı hukuken geçerli değildir. Estetik operasyonlar açısından da ruh sağlığına olan olumlu etkisi açısından tıbbi endikasyon mevcut olup estetik operasyonlar açısından da hastadan rıza beyanının alınması gerekmektedir²⁹⁸.

Alkol uyuşturucu ve sakinleştirici maddeler altında verilen rıza beyanları bu maddelerin hastanın tıbbi müdahalenin anlam, önem ve neticelerini kavrama yeteneğini geçici olarak kaldırması sebebi ile sağlıklı olmayıp hukuken de geçerli değildir²⁹⁹.

Hastanın rızası hangi tıbbi müdahaleye ilişkin olarak verilmiş ise, hekimin de o doğrultuda hareket etmesi gerekir. Hekimin verilen rızanın sınırları dışına çıkmaması gerekli olup aksi halde tıbbi müdahale hukuka uygun kabul edilemeyecektir³⁰⁰. Örneğin hasta bel fıtığı ameliyatı üzerine bir aydınlatma okuyup, rıza formu imzalamış ise hekim de buna uygun bir tıbbi müdahale gerçekleştirecektir. Burada sorun olabilecek husus tıbbi müdahale esnasında özellikle hasta narkoz altında bir ameliyatta iken beklenmedik bir sorun ile karşılaşılmasıdır. Bu durumda -tıbbi müdahalenin genişletilmesi hayati bir zorunluluk taşıyorsa veya ek bir risk taşımıyorsa müdahalenin hastadan yeni bir rıza alınmadan genişletilmesi hukuka uygun olacak,- ortaya çıkan yeni duruma göre tıbbi müdahalede bulunulmaz ise bu durum hastanın bir organını kaybına veya fonksiyonunu yapamaz hale getirecek ancak gecikme hasta açısından hayatı bir risk oluşturmayacak ise, müdahale ertelenerek hastadan yeni müdahale için rıza beyanı alınmalıdır³⁰¹.

²⁹⁷ Türk hukukunda ötenazinin rızanın konusu olamayacağı ve kişilerin kendi hayatları üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Subaşı, **a.g.e.**, s.81; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.33.

²⁹⁸ Işık Özcan, **a.g.e.**, s.90; Subaşı, **a.g.e.**, s.78.

²⁹⁹ Subaşı, **a.g.e.**, s.78.

³⁰⁰ Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.331; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.364; Özdemir, **a.g.e.**, s.93; Yılmaz, **a.g.e.**, s.68; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.143.

³⁰¹ Yılmaz, **a.g.e.**, s.69; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.331; Hakeri, **Tıp hukuku**, s.364; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.278-279; Özdemir, **a.g.e.**, s.93; Hekim ameliyatın kapsamının genişleme ihtimalini bilmekle birlikte bu konuda hastayı bilgilendirmeden ameliyata başlar ve ameliyatın genişlemesi zorunluluğu da ameliyat sırasında ortaya çıkar ve hekim de rızasının olacağı düşüncesi ile hasta

Kural olarak tıbbi müdahalenin iyileşme amacına yönelik olması gerekmektedir. Ancak iyileşme amacına yönelik olmayan tıbbi müdahaleler de rıza beyanının konusunu oluşturabilmektedir. Örneğin organ bağışında verici açısından iyileşme neticesi yoktur. Ancak insani amaç nedeni ile vericiden organ alınmasında da rıza verilmesi şarttır. Yine kan bağışında da üstün insani amaç sebebi ile tedavi etme amacı bulunmasa da kan bağışında bulunan kişinin rıza beyanında bulunması gereklidir. Aksi halde yapılan bağış hukuka aykırı olacaktır³⁰².

c. Tıbbi Müdahaleye ve Tedaviye Rızanın Şekli ve Rızanın Alınma Zamanı

Kural olarak tıbbi müdahale ve tedaviye rıza tıbbi müdahale öncesinde en geç tıbbi müdahale anında alınmalı ve tıbbi müdahalenin sonuna kadar da devam etmelidir. Aydınlatılma olmadan alınan rıza hukuken geçerli olmayacağı için hasta önce hekim tarafından aydınlatılmalı daha sonrasında da hastanın rızası alınmalıdır. Hasta rızasını tıbbi müdahale öncesinde veya müdahale sırasında geri alabilir. Rıza geri alındıktan sonra hekim tıbbi müdahaleye devam ederse hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusu olur. Tıbbi müdahale yapıldıktan sonra verilen rıza icazet anlamına gelmekte³⁰³ ve bu icazet tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemekte³⁰⁴ hekimin ceza hukuku anlamında sorumluluğu devam etmekte tazminat hukuku anlamında ise sorumluluğu ortadan kalkmaktadır³⁰⁵.

Hastanın rızası ve bu rızanın alınma zamanının düzenleme konusunun yapıldığı Hasta Haklarına ilişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 4. maddesinde yer alan; *"Sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller (meslek sahipleri) gerçekleştirecek herhangi*

yararına ameliyatın kapsamını genişletirse bu halde hekimin kastındandır. TCK. m.30/3 gereğince taksirinden dolayı sorumlu olacaktır. Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2012, s.227.

³⁰² Subaşı, **a.g.e.**, s.81.

³⁰³ Erman, **a.g.e.**, s.122; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.214; Özdemir, **a.g.e.**, s.95; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.142; Yılmaz, **a.g.e.**, s.69.

³⁰⁴ Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.142; Yılmaz, **a.g.e.**, s.69; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.214; Erman, **a.g.e.**, s.122; Özdemir, **a.g.e.**, s.95.

³⁰⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.331; Özdemir, **a.g.e.**, s.95; Hekim veya diğer sağlık personelinin hastayı tıbbi müdahaleye ikna etmek amacı ile gerçeğe aykırı açıklamalar ile hastanın rızasını alması durumunda söz konusu rıza hile ile elde edilmiş olduğundan geçersiz sayılacağı gibi bu durum hekimin ve diğer sağlık personelinin hukuki ve cezai sorumluluğuna yol açacaktır. Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.215.

bir ameliyat veya tedaviye ilişkin tüm bilgileri - riskleri, sıkıntıları, yan-etkileri ve alternatif durumları ile ilgili bilgiler dahil olmak üzere - hastalara vermek zorundadır. Bu bilgi önceden (en azından 24 saat önce) verilmeli ki hasta durumu konusunda kendi seçimini yapabilsin.” şeklindeki düzenleme uyarınca ameliyat ve tıbbi müdahalelerde hastanın en az 24 saat önceden aydınlatılması gerekmektedir. Hastaya aydınlatmadan sonra tanınan 24 saatlik süre, onun tedavi ve ameliyat hakkında edindiği bilgilendirme sonucu onay verip vermeyeceğine ilişkin düşünme süresidir³⁰⁶.

Türk Hukuku’na hastanın rızasının alınma zaman ile ilgili net bir düzenleme mevcut değildir. Hastaya aydınlatma sonrası makul süre denilen bir düşünme süresi tanınmalıdır. Eğer hasta ayaktan tedavi edilecekse veya küçük bir tıbbi müdahale yapılacaksa aynı gün içinde aydınlatma yapılmalı ve rıza alınmalıdır.

Türk Hukukunda rıza açıklaması açık şekilde olabileceği gibi zımni yani örtülü de olabilir³⁰⁷. Örneğin ameliyat için hastanın hastaneye gelerek yatış işlemlerini tamamlaması halinde olduğu gibihastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olduğu hal ve hareketlerinden anlaşılıyor ise örtülü rızanın varlığından söz edilir. Ancak hastanın yalnızca hastaneye başvurulması yeterli olmayıp ilgili ameliyat için gerekli olan tıbbi işlemleri yapıyor olması örneğin kan tahlili için ilgili birime gitmesi ve veya ameliyat için gerekli ise röntgen, MR, tomografi vs. işlemler gibi operasyon öncesi gerekli işlemleri yapıyor olması da gereklidir³⁰⁸.

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 28/1’de öngörüldüğü üzere yasal düzenlemelerin öngördüğü bazı istisnalar dışında rızanın belli bir şekilde alınmasına gerek yoktur. Tababet ve ŞuabatıSan'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 70 (büyük ve ağır tıbbi müdahale ve ameliyatlar) ve Türk Medeni Kanunu madde 23/3’de (insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli) yer alan istisnalarda olduğu gibi belli tıbbi müdahalelerde rızanın yazılı olarak alınması şarttır. Ceza hukuku açısından ise, rızanın alınmış olması yeterli olacak, şekil şartına

³⁰⁶ Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.301; Özdemir, **a.g.e.**, s.95; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.331-332.

³⁰⁷ Subaşı, **a.g.e.**, s.78.

³⁰⁸ Subaşı, **a.g.e.**, s.78.

yani yazılı olup olmadığına bakılmaksızın hekim cezai bir sorumluluk taşımayacaktır³⁰⁹.

Rızanın kural olarak yazılı olması şart olmamakla birlikte ileride çıkacak hukuksal sorunlar açısından ispat sorunu ile uğraşılmaması için rıza beyanının yazılı alınmasında fayda görülmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 26. maddesine göre mevzuatta öngörülen durumlar ile hukuki bir uyumsuzlığa sebep olması muhtemel olan tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşlarınca aynı yönetmeliğin 15. maddesinde yer alan bilgileri³¹⁰ içeren rıza formunun hazırlanmak sureti ile bu formda yer alan bilgiler hastaya önce sözlü olarak aktarılır ve daha sonrasında da öz konusu rıza formun hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Hasta Hakları Yönetmeliği m.15’de sayılan hususlar hakkında hastaya bilgi verilmek suretiyle hastanın rızası alınacak ve bu hususların yer almadığı rıza formu mevzuata aykırı ve geçerli olmayacaktır. Rıza formu iki örnek olacak şekilde imza altına alınır ve bir örneği hastanın dosyasına konulur diğer hastaya veya varsa kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda hasta tarafından tıbbi müdahaleye rıza gösterilmiyorsa bu rıza göstermeme beyanı hastadan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde bu imtina hali tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından da imzalanır ve verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumlu olur. Rıza formu arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir³¹¹.

Yasal düzenlemenin öngördüğü şekilde rızanın alınmamış olması özel hukuk açısından rızayı geçersiz kılmakla birlikte hastanın tıbbi müdahaleye rıza gösterdikten sonra şekil eksikliğine dayanılarak tıbbi müdahalenin hukuka aykırı

³⁰⁹ Oral, **a.g.m.**, s.199; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.332; Özdemir, **a.g.e.**, s.96; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.214; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.332; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.75; Subaşı, **a.g.e.**, s.78; Kaya, Aydınlatma Yükümlülüğü, s.53.

³¹⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği’nin “*Bilgilendirme Kapsamı*” başlığı altındaki 15. maddesinde yer alan hususlar şu şekilde sıralanmaktadır; a) *Hastalığın tahmin edilen muhtemel sebebi ve seyri*, b) *Yapılacak tıbbi müdahaleyi kimin, nerede, nasıl ve ne zaman yapacağı*, c) *Diğer tanıların ve tedavi yöntemlerinin getireceği fayda, ve risklerin hasta üzerinde oluşabilecek olası etkileri*, d) *Muhtemel oluşabilecek komplikasyonlar*, e) *Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek çok muhtemel riskler ve faydalar*, f) *Tedavi süresince kullanılacak ilaçların önemli özellikleri*, g) *Sağlık için önemli olabilecek yaşam tarzı önerileri*, h) *Gerektiği takdirde aynı konuda tıbbi bir müdahaleye nasıl ve ne yolla ulaşabileceği konusunda ki hususlar*. Özdemir, **a.g.e.**, s.85; Subaşı, **a.g.e.**, s.79.

³¹¹ Subaşı, **a.g.e.**, s.79.

olduğunu ileri sürmek bazı durumlarda Türk Medeni Kanunu madde 2'ye aykırılık teşkil edecektir³¹².

Hekimin aydınlatmayı mutlaka hastanın anlayacağı biçimde ve onun ana dilinde yapması gerekir. Eğer hekim hastanın ana dilini bilmiyor ise tercüman aracılığı ile hasta aydınlatılmalı ve rızası alınmalıdır. Hastanın ana dilini bilen kimse bulunamadığı halde uluslararası bir dil kullanılmalı, hasta uluslararası bir dil de bilmiyor ise hekim takdir hakkını yani inisiyatifini kullanmalıdır³¹³.

Hastanın kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi halinde hastanın gerekli şekilde aydınlatılması ve bilgilendirilmesine rağmen rıza göstermediği yazıya dökülmek sureti ile hastaya tutulan tutanak imzalatılır. Hastanın imzadan kaçınması halinde bu husus tutanağa geçirilir³¹⁴.

Bu konu nezdinde karşılaştırmalı hukuklara bakarsak, Avusturya Hukuku'ndan hastanın rızası, ciddi, kesin ve anlaşılacak şekilde olmalı, tehdit, hile ve yanılgı içermemeli, özgür bir irade beyanı şeklinde olmalıdır. İspat kolaylığı açısından yazılı olması önerilmekte ancak zorunlu kılınmamaktadır. Hukuken geçerlilik için hastanın rıza ehliyetinin bulunması aranmakta, bu ehliyetin var olup olmadığı tespit edilirken de hastanın idrak ve muhakeme gücüne bakılmaktadır. Hasta, aydınlatma sonrası mantıklı ve akla uygun bir karar verme yetisinde ise ve muhakeme yeteneği var olduğu kabul edilmektedir. Alman Hukuku'nda bilgilendirmeye ek olarak hastanın rızasının bulunduğu hususunun hekim tarafından kanıtlanması şarttır. Hekimin yapmış olduğu aydınlatmayı somut deliller ile (*imza, süreç formu, ses ve görüntü kaydı vb.*) belgelendirmesi gerekir. Aydınlatma yükümlülüğünü ihlal davalarında kanıtlama yükü hekime, tıbbi hata(malpraktis) davalarında kanıtlama yükü hastaya yüklenmektedir. ABD ve Fransız hukuklarında durum tam tersinedir. Eğer bir aydınlatma yükümlülüğünün ihlali söz konusu ise bunu hastanın kanıtlaması gereklidir³¹⁵.

³¹² Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.75; Subaşı, **a.g.e.**, s.79.

³¹³ Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.332-333; Özdemir, **a.g.e.**, s.97; Berfin Işık Yılmaz, **Aydınlatma Yükümlülüğü**, s.405.

³¹⁴ Subaşı, **a.g.e.**, s.79.

³¹⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.97

d. Tıbbi Müdahaleye ve Tedaviye Rızanın Geri Alınması ve Tedaviyi Red Hakkı

Kişinin anayasal bir hakkı olan geleceğini belirleme hakkı uyarınca hasta tıbbi müdahale ve tedaviye verdiği rızayı her zaman geri alabilir³¹⁶.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.25’de yer alan“Tedaviyi Reddetme ve Durdurma” başlıklı düzenleme uyarınca; *“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 veya yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir”*³¹⁷.

Yine Biyotıp Sözleşmesi’nin 5/3 maddesinde yer alan düzenleme uyarınca; *“İlgili kişi, muvafakatini her zaman geri alabilir.”*Görüldüğü üzere her iki düzenlemede hastanın rızasını her zaman geri alabileceği ve bu geri almanın hiçbir yerde ve zamanda hasta aleyhine kullanılamayacağı belirtilmiştir³¹⁸.

Rızanın geri alınması belli bir şekil şartına tabi olmadığı gibi hasta buna bir gerekçe göstermek zorunda da değildir. Hasta bir sebep göstermeksizin ve herhangi bir şekil şartına uymadan da tıbbi müdahale ve tedavi konusunda ki rızasını geri alabilir³¹⁹.Rıza beyanı verebilen her yasal temsilci, rızanın geri alınması konusunda yetkili olacaktır. Rıza alındığına dair ispat yükü hastane ve hekime ait olduğundan rızanın geri alındığının ispat yükü de yine hastane ve hekime ait olacağından rızanın

³¹⁶ Subaşı, **a.g.e.**, s.96; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.438; Yargıtay 13. H.D.'nin 12/12/2019 tarihli ve 2016/23372 E., 2019/12469 K. sayılı kararında; *“... Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilecektir”* şeklinde belirtilmek suretiyle hastanın rızasını her zaman geri alınabileceği ifade edilmiştir. Özdemir, **a.g.e.**, s.100, dpnt.227.

³¹⁷ Subaşı, **a.g.e.**, s.96.

³¹⁸ Subaşı, **a.g.e.**, s.96; Özdemir **a.g.e.**, s.98.

³¹⁹ Subaşı, **a.g.e.**, s.80.

geri alınması beyanının yazılı olması hekim ve sağlık kuruluğu açısından daha sağlıklı olacaktır.³²⁰.

Alman Medeni Kanunu'nda rızanın herhangi bir sebep göstermek zorunda kalınmadan ve herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın geri alınabileceği düzenlenmiştir. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda da hayati tehlike dahi bulunsa rızanın her zaman geri alınabileceği yer almaktadır. Türk Hukuku'nda ise ister büyük bir tıbbi müdahale ister küçük bir tedavi olsun rıza herhangi bir koşula bağlı olmaksızın geri alınabilmektedir³²¹.

Hastanın rızasını geri alması, tıbbi müdahale ve tedaviden de vazgeçtiği anlamına gelmektedir. Kanun hükmüne veya mahkeme kararına dayanan tıbbi müdahalelerde ve tedavilerde hastanın rızası aranmadığından rızanın geri alınmasının da geçerliliği ve önemi yoktur. Rızanın geri alınmış olması o ana kadar yapılan her türlü müdahaleyi hukuka aykırı yapmaz. Ancak rızanın geri alınmasından sonra hekimin tıbbi müdahaleye devam etmesi halinde bu durum hem ceza hukuku anlamında suç teşkil edecek hem de hekimi tazminat hukuku açısından da sorumluluk altına sokacaktır³²².

Hasta isterse tıbbi müdahale gerçekleşmeden önce de rıza beyanında bulunmayarak tedaviden kaçınabilir. Hasta veya kanuni temsilcisi tıbbi müdahaleye hem rıza göstermekten hem de rıza göstermediğine ilişkin tutanağı imzalamaktan kaçınıyorsa bu durumu açıklayan başka bir tutanakla hasta rıza verseydi tıbbi müdahalede bulunacak hekim orada görevli başka hekimler ve sağlık çalışanları tarafından birlikte imza altına alınmalı ve başhekimliğe ilgili tutanak derhal gönderilmelidir. Hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermeyerek tedaviden kaçınması hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanıyorsa ve tıbbi müdahalenin yapılmamasından hasta zarar görmüşse hekim bu zarardan sorumlu olacaktır³²³.

³²⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.439-440; Aykırı/ınarlı, **a.g.e.**, s.342-343; Özdemir, **a.g.e.**, s.98; akal, **a.g.e.**, s.138-142.

³²¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.99; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.439-440.

³²² akal, **a.g.e.**, s.143-144; Aykırı/ınarlı, **a.g.e.**, s.343; Özdemir, **a.g.e.**, s.99.

³²³ Subaşı, **a.g.e.**, s.81-82.

e. Tıbbi Müdahaleye ve Tedaviye Rızanın Geçersiz Olduğu Haller

Tıbbi müdahale ve tedaviye hastanın gösterdiği rızanın geçerli olması için hastanın temyiz kudretinin yani ayırt etme gücünün olması, rızanın hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmaması, hastanın iradesinin irade sakatlığı hallerinden biri ile yani hata, hile, tehdit ile sakatlanmamış olması gerekir. Bu şartları içermeyen rıza beyanı geçersiz ve hukuka aykırı kabul edilmektedir. Hukuken geçersiz bir rızaya dayanarak yapılan tıbbi müdahale sebebi ile zarara uğrayan kişi bu zararının tazmini talep edebilir. Hukuken geçersiz rıza tazminatta indirim sebebi olabilir³²⁴.

Hastadan alınan rıza kesinlikle gerçek iradesini yansıtmalıdır. Hekimin hastanın psikolojik durumunu ve ruhsal sağlığını düşünerek, yapılacak tıbbi müdahaleyi açıklarken basite indirgeyerek açıklamada bulunması, bazı durumları hastadan saklaması halinde hileden bahsedilemez. Endikasyonu olmayan tıbbi müdahaleler bakımından hastanın verdiği rıza da geçersiz olacaktır. Aydınlatma yapılmadan alınan rıza, genel bir bilgilendirme ve aydınlatmanın yapılmış olması, yapılacak her türlü tıbbi müdahaleler için genel bir rızanın alınması, ötenazi hali, onhafta üzeri gebeliğin tıbbi gereklilik olmadan sonlandırılması için verilen rıza beyanları rızanın geçersiz olduğu durumlara örnek olarak verilebilir³²⁵.

Hastanın başta verdiği rızanın geçersiz olması ancak daha sonra yapılan aydınlatma ile rızasını geçerli şekilde onaylaması halinde bu rızanın geçerli olabilmesi için tıbbi müdahale öncesinde düzeltilmiş şekilde verilmiş olması gerekmektedir. Tıbbi müdahale sonrası yapılan düzeltme tıbbi müdahaleyi hukuka

³²⁴ Çakal, **a.g.e.**, s.123; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.341-342; Özdemir, **a.g.e.**, s.99-101; Abdullah Hızal/Sevinç Arslan Hızal/Mithat Kara, **Aydınlatılmış Onam**, İzmir, İzmir Tabip Odası Yayınları, 2009, s.22-23.

³²⁵ Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.341-342; Ekici Şahin, **a.g.e.**, s.193; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.139; Çakmut, **a.g.e.**, s.214; Avusturya’da görülen bir davada, hastanın yalnızca ön dişlerinde oluşan bir yaralanma için hekim gereksiz ve çok geniş bir tıbbi müdahalede bulunmuş ve yüksek bir fatura çıkarmıştır. Başvurulan mahkeme, hastanın yalnızca ön dişleri için rıza beyanının olduğunu diğer müdahalelerin rızaya dayanmadığına karar vermiştir. Almanya’da ise, hastanın hastaneye yatması gerekirken, hekimin bu konuda çok tecrübeli olduğunu, yatışa gerek olmadığını belirtmesini ve hastanın gerçek durumu bilseydi tıbbi müdahale ve tedaviye rıza göstermeyeceğinin tespit edildiği olayda hekimin tıbbi müdahalesini hukuka aykırı bir yaralama olarak kabul edilmiştir. Özdemir, **a.g.e.**, s.101; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.437-438.

uygun yapmayacaktır³²⁶. Bununla beraber tıbbi müdahalenin aydınlatma yapılmadan rıza alınması, rıza olmadan tıbbi müdahalede bulunulması veya rızanın kapsamının aşılması durumunda hastanın, serbest karar verme hakkı ortadan kalkmış ve hayat ve sağlık ile ilgili kişilik haklarına haksız bir müdahale yapılmış olacağından hekimin fiili hukuka aykırı olacaktır³²⁷.

f. Tıbbi Müdahale ve Tedavi İçin Rıza Aranmayan Haller

Kural olarak tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için hastanın kendi geleceği hakkında karar vermesi yani rızasının varlığı şart ise de yasal mevzuatta rıza alınmadan da tıbbi müdahale yapılabilecek düzenlemeler mevcuttur. Bu tarz tıbbi müdahalelerde ya hastanın rızası yoktur ya da hastanın açıkça karşı çıkmasına yani rızası bulunmasa dahi teşhis ve tedaviye yönelik tedbirlerin iyileştirme amacı olmaksızın kişi üzerinde uygulanması söz konusudur³²⁸.

Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasında tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller mevcut ise kişinin rıza olmaksızın tıbbi müdahalede bulunabileceği düzenlenmiştir³²⁹. Rıza aranmayan hallerin kaynağını yasal düzenlemeler oluşturmakta ve rıza aranmayan durumlar acil bir durumdan, kamu yararı ve sağlığı düşüncesi ile kanun hükmünden veya ceza hukukundan kaynaklanabilmektedir. Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan; *"Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir"* şeklindeki düzenleme uyarınca

³²⁶ Hastanın aydınlatılmış onamının alınması, hekim açısından hekimlik göreviyle ilgili bir ödev ve yükümlülüktür. Zira hekimin hasta üzerinde hekimlik mesleğinin gereğini yerine getirebilmesi hastanın rızasına bağlı bulunduğu göre, rızanın da hastayı gerekli konularda bilgilendirdikten sonra alınması gerekir. Yeterli aydınlatma yapılmadan hastanın bir karara varmasının istenilmesi, iradenin yanıtılmasına yol açabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aysun Altunkaş, **"Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları"**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Ulusal Sağlık Hukuku, Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu, İstanbul, 2015, s.66.

³²⁷ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.42; Sarial, **a.g.e.**, s.71; Özdemir, **a.g.e.**, s.102; Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2011, s.184.

³²⁸ Subaşı, **a.g.e.**, s.82.

³²⁹ Subaşı, **a.g.e.**, s.82.

hekim acil durumlarda rıza verilmesini beklemeden tıbbi müdahalede de bulunabilir³³⁰.

Yaşadığı bir kaza veya hastalık sebebi ile bilinci de kapalı olan ve hayatı ve sağlığı tehlikede olan hastaya tıbbi müdahalede bulunulması için hastanın rıza beyanı aranmaz. Böyle bir durumda hekim hastanın bilincinin yerine gelmesini veya bir yakının rıza beyanını beklemeden tıbbi müdahaleyi yapmakla yükümlüdür. Tıp hukukunda ki “zorla tıbbi müdahale” kavramı, hastanın rızası olmamasına hatta açıkça onay vermemesine rağmen hekimin birtakım tıbbi müdahale veya tedavileri yapabilmesi halini ifade etmektedir³³¹.

Kamu sağlığının gerektirdiği bazı durumlarda kişinin rızası olmasa bile özellikle salgın ve bulaşıcı hastalıkların toplum içinde yayılmasını önlemek maksadı ile kamu otoritelerini genel önleyici birtakım tedbirler almaya yetkili kılan yasal düzenlemeler mevcuttur³³². Her ne kadar bazı kanunlar ile belli bazı salgın hastalıklardan korunmak için birtakım aşı zorunlulukları mevcutsa da genel önleyici aşı zorunluluğunu öngören ve düzenleyen bir yasal düzenleme Türk Hukukunda bulunmamaktadır. Kaldı ki genel önleyici aşıların kişilere uygulanabilmesi için dahi o kişinin rızası şart olup kanuni düzenlemede aksi öngörülmedikçe rızası olmaksızın kimse aşılanmaya tabi tutulamaz³³³.

³³⁰ Biyotip Sözleşmesi madde 26 uyarınca rıza aranmayan tıbbi müdahaleler kamu güvenliği ve kamu sağlığı amacı ile ancak kanun ile düzenleme konusu yapılabilir. Özdemir, **a.g.e.**, s.102; Yargıtay 13. H.D.'nin 17/12/2019 tarihli ve 2018/5555 E., 2019/12706 K. sayılı kararında; “Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak, bu durumda mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak, hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.” şeklinde yer alan hükmü ile acil durumlarda rızaya gerek olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabileceği hususu belirtilmiştir. (yargitay.gov.tr) (ET: 14.02.2023).

³³¹ Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.338; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.314; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.365; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.41; Zorla tıbbi müdahalede bulunabilmek için kanuni bir düzenleme olması anayasal bir zorunluluktur. Özdemir, **a.g.e.**, s.103.

³³² Bu tedbirlerin büyük çoğunluğu Umumi Hıfzıssıhha Kanununda yer almaktadır. Bunun yanı sıra 5237 s.TCK 32, 57, 191, 287. maddelerinde rıza aranmadan uygulanacak güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Subaşı, **a.g.e.**, s.83-86.

³³³ Salgın hastalıklarda hastanın izolasyon zorunluluğu, şizofren ve kolera hastalarında ise hastanın tedavi zorunluluğu vardır. Alkol ve uyuşturucu tespiti için kan alımı da zorla tıbbi müdahaleye girmektedir. Tüm bu hallerde tıbbi müdahale bir hâkim kararına dayanmak zorundadır. Özdemir, **a.g.e.**, s.104; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.366; Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 227/8 maddesinde yer alandüzenlemegereğince fuhuşa sürüklenen kişi, her ne kadar suçun mağduru konumunda ise de kanun hükmü gereğince rızası aranmaksızın tedaviye veya psikolojik terapiye tabi tutulabilir³³⁴.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.432'de ise şu düzenleme yer almaktadır. *"Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir."*

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.82/3'de sağlık sorunu olmasına rağmen muayene ve tedaviyi reddeden hasta hükümlünün kendi yaşamının veya diğer mahkûmlarının yaşamının tehlikede olması halinde rızalarına bakılmaksızın tedavi altına alınırlar³³⁵.

Rızanın aranmadığı tüm durumlar Anayasanın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması yasal düzenlemesine uyularak kanunilik ve ölçülülük kıstasları içinde üstün kamu yararının bulunması kapsamında olmalıdır³³⁶.

g. Varsayılan Rıza Kavramı

Hastanın ölüm riskinin bulunduğu, bilincinin kapalı olması veya başka sebeple rızasının alınma imkanı olmadığı acil hallerde ya da hastanın bir organının işlevini kaybetmesi veya o organı tamamen kaybetme riski bulunan hallerde hastadan tıbbi müdahale veya tedavi için rıza alınmasına gerek kalmadan sadece söz konusu

bulunan hükümlülerden, alınan tüm tedbirlere ve rağmen hayatlarının tehlikeye girdiği veya bilincinin kapandığı hekim tarafından tespit edilen hükümlüler hakkında, rızalarının olup olmadığına bakılmaksızın bulundukları kurumda, bu imkan bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılarak muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için ayrıca bir tehlike oluşturmamak kaydıyla alınır. Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.324.

³³⁴ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.244-245; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.320-321; Özdemir, **a.g.e.**, s.104; Faruk Turhan, **"Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku"**, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s.1025; Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, Trafik ve Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.13-26; Hakan Kızıllarslan, **"Hukuka Aykırı Delil Açısından Vücut Muayenesi ve Örnek Alma İşlemleri ve CMK Düzenlemesi"**, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3. Yılı Sempozyumu, TCHD 2009, s.319-329.

³³⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.104; Subaşı, **a.g.e.**, s.91.

³³⁶ Subaşı, **a.g.e.**, s.82.

durum kayıt altına alınarak sanki hastadan izin ve rıza alınmış gibi bir prosedür izlenerek hastanın yararına olacak müdahale derhal yapılabilir. Bu halde imkan varsa tıbbi müdahale öncesi, imkan yok ise müdahaleden hemen sonra hastanın yakını veya kanuni temsilcisine bilgilendirme yapılmalıdır.

Kişinin rıza beyanının tıbbi müdahale anında alınmasının mümkün olmadığı hallerde şayet görüşü sorulabilseydi o tıbbi müdahaleye rıza göstereceği şeklinde bir ihtimal varsayılıyor ise varsayılan rıza(onam) söz konusu olacaktır. Varsayılan rızada kişinin açık veya örtülü bir rıza açıklaması bulunmamakla birlikte kişinin rızası objektif bir değerlendirme yapılmak sureti ile varsayılarak hekim tıbbi müdahalede bulunabilecek ve bu müdahalede hukuka uygun kabul edilecektir. Varsayılan onam ile örtülü yani zımnrıza farklı kavramlardır. Örtülü rıza da kişinin örtülü de olsa bir rızası vardır, varsayılan rıza da ise açık veya örtülü hiçbir şekilde açıklanmış bir rıza beyanı yoktur³³⁷.

Tıbbi müdahalede bulunulan hastanın gerçek iradesi ile hekimin öngördüğü varsayılan iradesinin birbiri ile örtüşmediği bir halde hukuk düzeni varsayılan rızayı

³³⁷ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi m. 9 uyarınca; “Girişim sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi girişim ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.” Dünya Sağlık Örgütü’nün 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi’nin 3.3. maddesine göre; “Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı olduğu varsayılarak girişim yapılabilir.” ve aynı bildirgenin 3.7. maddesine göre; “Hastanın onay vermesinin mümkün olmadığı ve yasal temsilcisinin bulunmadığı veya bu amaçla seçilmediği bütün diğer durumlarda hastanın istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak, alternatif karar alma biçimi için uygun önlemler alınmalıdır.” Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/5’e göre; “Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.”. Aynı yönetmeliğin 24/6 maddesine göre; “Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir.”. Aynı yönetmeliğin 24/7. maddesine göre; “Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.” Subaşı, **a.g.e.**, 92.

objektif ölçütlerle belirlemek suretiyle tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale gelmesini sağlanacaktır³³⁸.

Yasal mevzuatta akıl hastası veya bilincini sürekli olarak kaybetmiş hastalar ile ilgili rıza açıklamasını kimin yapacağı ile ilgili düzenlemeler mevcut olmakla birlikte bilincini geçici olarak kaybetmiş hastalar ile ilgili yasal bir düzenleme mevcut değildir. Bilincini geçici olarak kaybetmiş hastalar açısından hekimin tıbbi müdahalede bulunurken vekaletsiz iş görme hükümlerine göre hareket ettiği kabul edilmektedir. Hekimin varsayılan rızadan hareketle tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilmesi için hastanın vücut bütünlüğüne veya ruh sağlığına yönelik bir büyük tehlikenin mevcudiyeti yeterli olup hastanın hayati bir tehlikesinin bulunması şart değildir³³⁹.

Varsayılan rızanın hukuki niteliği konusunda farkı görüşler ileri sürülmekle birlikte ağırlıklı olarak savunulan görüş kişinin objektif menfaati ile kendi geleceğini tayin hakkı arasında bir denge kuran ve varsayılan rızanın bağımsız, özgün, izin verilen riske dayanan bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul eden görüştür³⁴⁰.

Varsayılan rızanın hukuken geçerli sayılabilmesi için; -tıbbi müdahalenin hastanın rıza gösterebileceği nitelikte bir müdahale olması, -kişinin somut olayda açık veya örtülü herhangi bir açıklamasının olmaması, -hastanın rızasının tıbbi müdahale öncesinde gereken sürede alınmasının mümkün olmaması, - hekimin her halükarda hastanın gerçek iradesini tespit etmede gereken özeni göstermiş ama bunu tespit edememiş olması gerekmektedir³⁴¹.

Ameliyatın kapsamının genişletilmesi hayati bir zorunluluk içeriyorsa ve genişletilme ilave bir risk içermiyorsa bu durumda hekim hastanın varsayılan rızasına göre harekete edecek ve ameliyatın kapsamının genişletilmesi hukuka uygun

³³⁸ Zeynel Temel Kangal, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:15, S:4, s.224; Subaşı, **a.g.e.**, s.92.

³³⁹ Subaşı, **a.g.e.**, s.94.

³⁴⁰ Varsayılan rızanın hukuki niteliği bir görüşe göre ilgilinin rızası kapsamında değerlendirilmesi gereken bir alt kavram, diğer bir görüşe göre zorunluluk hali, başka bir görüşe göre ise başkasının yararına uygun olarak girilen vekâletsiz iş görmedir. Kangal, a.g.m, s.226; Subaşı, **a.g.e.**, s.94.

³⁴¹ Varsayılan rıza yaşam hakkına ilişkin olamaz. Varsayılan rızanın hukuken geçerli olabilmesi için tıbbi müdahalenin hukuka ve ahlaka aykırı olmamalıdır. Subaşı, **a.g.e.**, s.95.

kabul edilecektir³⁴². Şayet ameliyatın genişletilmesi ile doğacak risk ameliyatın yarıda bırakılması ile doğacak riskten daha az ise hekim hastanın varsayılan rızasına göre hareket ederek ameliyatı genişletebilecektir³⁴³. Hastanın rızasının alınması için beklenmesi halinde hastanın hayatı riske girmiyor ise, söz konusu tıbbi müdahale ertelenmeli ve müdahale hastanın rızası alınarak yapılmalıdır. Hastanın rızasının alınması için beklenmesi hastayı hayatı bir tehlikeye sokacak ise, hastanın rızası için beklenmeden müdahale edilmelidir³⁴⁴.

E. Tıbbi Müdahalenin ve Tedavinin Hekimin Özen Yükümlülüğüne Uygun bir Biçimde Yerine Getirilmesi

Hekim tıbbi müdahale sürecinde azami dikkat ve özeni göstermek, gerekli tedbirleri almak ve özen yükümlülüğüne uygun davranmak zorundadır. Hekimin özen yükümlülüğü tıbbi süreçte asıl ediminin ifasında gereken ve kendisinden beklenen dikkati göstermesi, tıbbi müdahaleye gereken önemi vermesini ifade eder³⁴⁵. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği itibariyle vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilmekte olup bu kapsamda tıbbi müdahale ve tedavi için hekime, vekilin özen borcu hükümleri uygulanacaktır³⁴⁶. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 506/2’de yer alan düzenleme uyarınca, vekil vekalet sözleşmesi ile üstlendiği işi vekalet verenin haklı menfaatleri doğrultusunda özenle yerine getirmekle

³⁴² Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.278-279; Ekici Şahin, **a.g.e.**, s.227; Özdemir, **a.g.e.**, s.93; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.331; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.364.

³⁴³ Ali Rıza Tümer/Özer Kendi/Yaşar Bilge, “**Ameliyatın Genişletilmesi Durumlarında Hukuki Sorumluluk**”, **Ulusal Cerrahi Dergisi**, C:17, S:5, 2001, s.284; Hasta Hakları Yönetmeliği m.31/4’e göre; “*Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir.*” Bu kuralın istisnasını 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun madde 4/3 oluşturmaktadır. İlgili düzenlemeye göre; “*Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.*” Subaşı, **a.g.e.**, s.96.

³⁴⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.364; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.278-279; Özdemir, **a.g.e.**, s.93-94; Yılmaz, **a.g.e.**, s.69; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.331.

³⁴⁵ Mustafa Alper Gümüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s.222; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.78.

³⁴⁶ Sarıtaş, **a.g.e.**, s.73; Aslanova, **a.g.e.**, s.80; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.88; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.48; Şengül, **a.g.e.**, s.70; Yılmaz, **a.g.e.**, s.77; Özdemir, **a.g.e.**, s.105; Ümit Gezder, “Hekimin Yükümlülükleri”, **Tıp Hukuku Dergisi**, C:3, S:6, 2014, s.124-145; Öz Seçer, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S:1, 2013, s.129; Elif Aydın Özdemir, **Akit dışı sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.60.

yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer şekilde iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış ölçüt olarak alınmaktadır³⁴⁷. Dolayısıyla bir hekimin özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı değerlendirme konusu yapılırken aynı meslek grubundaki bir hekimin gösterdiği davranış biçimi esas alınacaktır³⁴⁸.

Hekimin yapacağı tıbbi müdahale ve tetkikleri, tıp bilimi ve uygulamasının güncel standartlarına uygun şekilde ve özenli bir şekilde yerine getirmesi gerekmektedir³⁴⁹. Hekim tıbbi gelişmeleri takip etmeli ve tıbbi standarda uygun olacak şekilde tıbbi müdahalede bulunmalıdır. Hekimlik mesleği ve tıp bilimi dinamik olup hekimin mesleki açıdan güncel kalması ve yenilikleri takip etmesi gerekmektedir³⁵⁰. Bu kapsamda tıbbi müdahale yapıldığı an itibari ile tıp biliminin ilke ve kurallarına uygun, bilimsel ve güncel olmalıdır. Bilimsellik ve güncellik tıbbi müdahalenin yapıldığı tarihe göre belirlenecektir. Yapılacak tıbbi müdahale sakıncalı olduğu tespit edilmesi sebebi ile artık uygulanmıyor ise bu tarz bir tıbbi müdahalenin uygulanması da hukuka aykırı olacaktır³⁵¹. Daha az risk içeren bir tıbbi müdahale yöntemi mevcutken bundan haberdar olmayan hekimin yüksek riskli bir tıbbi müdahale yöntemini uygulaması tıbbi standarttan ayrılma teşkil edecektir³⁵².

³⁴⁷ Şengül, **a.g.e.**, s.70-71; Özay, **a.g.e.**, s.67; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.184; Yılmaz, **a.g.e.**, s.77-78; Özdemir, **a.g.e.**, s.105; Veysel Başpınar, "**Hekimin Özen Borcu**", 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 2006, s.23-38; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.78.

³⁴⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.105.

³⁴⁹ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.48; Şengül, **a.g.e.**, s.70; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.181; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.460; Seçer, **a.g.m.**, s.129; Sarıtaş, **a.g.e.**, s.73; Gezder, **Yükümlülük**, s.142; Özdemir, **a.g.e.**, s.60; Aslanova, **a.g.e.**, s.80; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.88; Özdemir, **a.g.e.**, s.105; Hekimin özen yükümlülüğü bir yan yükümlülük olup, asli yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması halinde bir anlam ifade eder. Başka bir deyişle hasta sağlığına herhangi bir sorun yaşamadan kavuşmuş ise, hekimin özensiz ve dikkatsiz olması gerekçesiyle sorumluluk yöneltilemez. Berivan Bulut, **Teşhis ve Tedavi Hatalarında Hekimin Sorumluluğu, Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.69.

³⁵⁰ Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953, s.104; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.79-80

³⁵¹ Sarıtaş, **a.g.e.**, s.75; Seçer, **a.g.m.**, s.131; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.m.**, s.181; Özdemir, **a.g.e.**, s.106; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.406-407; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.90-91; Günday, **a.g.e.**, s.63-64; Şengül, **a.g.e.**, s.73.

³⁵² Özçetin/Balaban, **a.g.e.**, s.219; Sarıtaş, **a.g.e.**, s.75; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.79-80.

Değerlendirme yapılırken hekimin çalıştığı muayenehane, hastane yani tıbbi müdahalede bulunulan yerin fiziki koşulları ve sahip olunan tıbbi araç ve gereçler de dikkate alınmalıdır³⁵³.

Tıbbi müdahalenin bir hekim tarafından yapılmış olmasına, endikasyonun bulunmasına ve hastanın gerekli şekilde aydınlatılmasına rağmen, tıbbi müdahale özensiz, tıp bilimi gereklerine uygun olmayacak şekilde ve dikkatsizce yapılmış ise böyle bir tıbbi müdahale hukuka aykırı olacağı gibi hekimin cezai ve hukuki sorumluluğuna da yol açacaktır³⁵⁴.

Hekimin özen yükümlülüğü³⁵⁵ iki unsurdan oluşmaktadır.

1. Hekim tıbbi müdahale esnasında büyük bir özen ve dikkat göstermeli, müdahaleyi hastanın yararına olacak şekilde yapmalıdır.
2. Hekim müdahaleyi uygularken, tıp bilimi standartlarına uygun şekilde hareket etmelidir³⁵⁶.

Hekimin kendi bilgisininve uygulayacağı tıbbi müdahalenin başka bir hekime kıyasla daha nitelikli ve farklı bir yöntem içermesi halinde bizzat farklı yöntemi

³⁵³ Atiye Uygur, "Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:144, 2019, s.359; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.79.

³⁵⁴ Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.407; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.152; Yılmaz, **a.g.e.**, s.78-80; Özdemir, **a.g.e.**, s.106; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.460; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.89.

³⁵⁵ Hekimin hastası ile ilgili özen ödevi hekim-hasta ilişkisi kurulduktan sonra doğmaktadır. Bu bağın ve görevin niteliği ilk kez İngiltere'de 1925 yılında hekimin, travmatik bir forseps doğumu gerçekleştirirken cezai bir ihtimalle karşılaştığı bir davada söz konusu olmuştur. Kararı veren hakim tarafından şu ifadeler kullanılmıştır; "*Bir kişi kendini özel ve bilgili göstermiş ise ve hasta tarafından veya onun adına bu beceri ve bilgiye güvenilerek kendisine danışılırsa, tedaviyi üstlenen hekim hastaya gereken özeni göstermekle yükümlüdür. Bir kişi, hekimin vermeyi kabul ettiğin tavsiye veya tedaviyi talep etmiş ise, hekim hastaya makul ve yetkin bakımı sağlamak görevidir. Bu, yasaların gerektirdiği tıbbi bakım standardıdır.*" Brian Hurwitz, **Clinical Guidelines and The Law, Negligence, Discretionand Judgement**, CRC Press, Boca Raton, 2016, s.37. İngiliz Hukukunda, Barnett v Chelsea&Kensington Hospital davasında bir hastane hekiminin bakım görevinin ne zaman başladığı tespit etmiştir. Üç gece bekçisi, daha sonra arsenik içerdiği anlaşılan çay içmiş ve kusmaya başladıklarında yerel hastanenin acil servisine gitmişler, görevli hemşire, telefonla nöbetçi hekimi aramış, hekim hastaların eve gitmelerini ve kendi hekimlerini aramalarını tavsiye etmiş, hastaları muayene etmemiş ve bu üç hasta da arsenik zehirlenmesinden ölmüştür. Yapılan yargılama sonucunda hâkim, hekimin hastaneye gelen hastaları muayene etmeyerek görevini ihmal ettiğini, daha önce hiç görmediği ve tedavi etmediği ancak kendilerine bakacağına dair makul beklentisi olan hastalara bakım borcu olduğuna hükmetmiştir. Bununla birlikte hekimler, ilk yardımın acilen gerekli olduğu acil durumlar dışında bu tarz başvuruda bulunan tanımadığı yabancı bir hastayı tedavi etme yükümlülüğü altında değildir. Ann Sommerville, **Everyday Medical Ethicsand Law**, Wiley-Blackwell, West Sussex USA, 2013, s.19; Özdemir, **a.g.e.**, s.106.

³⁵⁶ Yener Ünver, "**Tıbbi Standart**", VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.48; Özdemir, **a.g.e.**, s.107; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.152; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.181-183; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.460-461.

uygulayan hekimin uzmanlığı ve tıbbi uygulaması dikkate alınmalıdır. Hekimin özen yükümlülüğünün takdirinde alanında uzmanlaşmak için aldığı eğitimler, birden fazla alanda uzmanlığının olması gibi durumlar önem arz eder. Hekim tıbbi müdahalede bulunurken elindeki tüm imkânları kullandığını, göstermesi gereken tüm dikkat ve özeni gösterdiğini buna rağmen olumsuz neticenin gerçekleştiğini ispat etmek zorundadır³⁵⁷.

Doktrinde hekimin özen yükümlülüğü de objektif ve sübjektif özen yükümlülükleri olmak üzere ikiye ayrılır. Objektif özen yükümlülüğü, ortalama bir hekimin aynı veya benzeri şartlar altındayken göstermesi gereken özenin gösterilip gösterilmediğine bakılır³⁵⁸. Objektif özen yükümlülüğünde hekimin tıbbi müdahale sebebi ile sorumluluğu değerlendirilirken aynı seviyedeki başka bir hekimin aynı durumda ne şekilde davranacağı kıstas olarak alınır. Tıbbi müdahalede bulunan hekim ortalama bir hekimin göstereceği özen yükümlülüğüne göre uygun hareket etmemiş ise bu hekimin objektif özen yükümlülüğüne uygun hareket etmediği kabul edilir³⁵⁹.

Subjektif özen yükümlülüğüne baktığımızda ise, hekimin kendi kişisel özellikleri yani bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer nitelikleri nazara alınmaktadır. Bu yükümlülükte alanında uzman bir hekimin göstermesi gereken özen ile pratisyen bir hekimin göstermesi gereken özen aynı olmayacak ve uzman hekimden uzmanlık standartlarını sağlaması beklenecektir³⁶⁰. Uzman bir hekimden beklenen bilgi düzeyi, dikkat ve özen uzman olmayan bir hekimden beklenenden daha fazla olacak ve hekim tüm basiretli hekimler bu şekilde davranmaktadır demek sureti ile sorumluluktan kurtulamayacaktır³⁶¹.

Hekimin özen yükümlülüğünün objektif yönünü hastada zararlı neticeyi meydana getiren durumun tıp bilimine ve tıbbi standarda aykırılık göstermesi,

³⁵⁷ Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.79.

³⁵⁸ Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.78.

³⁵⁹ Yılmaz, **a.g.e.**, s.78.. Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.185; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.407; Özdemir, **a.g.e.**, s.107; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.88-89.

³⁶⁰ Köprülü, **a.g.m.**, s.590; Sarıtaş, **a.g.e.**, s.74; Özdemir, **a.g.e.**, s.108; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.153; Başpınar, **Özen Borcu**, s.30; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.89; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.407-408; Yılmaz, **a.g.e.**, s.78-79; Özay, **a.g.e.**, s.67; Şengül, **a.g.e.**, s.71.

³⁶¹ Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.79.

sübjektif yönünü ise hekimin kendi yeterliliği, bilgi ve tecrübesi de göz önünde tutularak somut olaydaki durum ve koşullar altındaki hatalı tutum oluşturur³⁶².

Özen yükümlülüğü konusu, hekime teşhisten başlayacak şekilde tüm müdahale ve tedavilerde dikkatli ve özenli bir şekilde hareket yükümlülüğü getirmektedir. Bu kapsam bağlamında hekimini hastaya zarar vermemesi olası zarar durumunda bunu en aza indirmesi gerekmektedir. Hekimin özen yükümlülüğü, aydınlatma, muayene, teşhis gibi tıbbi müdahale ve tedavinin tüm aşamalarında geçerli olan bir yükümlüktür. Özen yükümlülüğüne aykırı davranan hekim hukuki ve cezai bir sorumluluk altına girmektedir. Hekimin cezai sorumluluğu için ayrıca fiili ile sonuç arasında illiyet bağının varlığı, hekimin kast veya taksirli davranışı da aranacaktır³⁶³

Hekimin kayıt tutma yükümlülüğü bağlamında hastasının dosyasını düzenli tutması, asıl edim olan tedavinin yan yükümlülüğü olup özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir. Dosya tutma yükümlülüğü, hekimin ileride karşısına çıkabilecek hukuki sorunlarda ispat açısından oldukça önemlidir. Hekim tıbbi sürecin başladığı andan itibaren hastasının kendisine verdiği bilgileri, hastalık öyküsünü, hastanın rahatsızlıklarını, hastaya konsültasyon yapıp yapılmadığı, yapıldıysa kim tarafından yapıldığı, teşhisini, aydınlatma metnini yapılan tetkik ve sonuçlarını, uygulanan tedavi metot ve yöntemleri, tedavi sürecini, tedavi sonrası gözlem raporunu³⁶⁴, hastalığa dair verilen ilaçlar, röntgen, filmleri, tavsiye edilen bakım

³⁶² Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.79.

³⁶³ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.152-153; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.407-408; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.91-92; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.m.**, s.183-184. Hekimin özen yükümlülüğü sadece tıp kurallarının uygulanmasıyla sınırlı olmayıp, bunları hukuka uygun hale getiren bütün hukuk ve deontoloji kurallarının uygulanmasında da söz konusudur. Başpınar, **Özen Borcu**, s.27; Hekimlik sadece belirli bir eğitime sahip kişiler tarafından yerine getirilen bir meslek olması sebebiyle özen yükümlülüğünün kapsamı da oldukça geniş tutulmuştur. Murat Doğan, **Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve ve İspatı**, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, ss.39-55, s.42; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.79; Özçetin/Balaban, **a.g.e.**, s.200; Bir psikiyatristin hastası ile duygusal bir ilişki kurması, burun estetiği sonrası burunda dezenformasyon gerçekleşmesi, hekimin tıbbi müdahalede bulunmakta geç kalması, neticesinde hastanın kalp krizinden ölmesi, sezeryanla doğumda anestezi hatası sonucu bebeğin ölümüne sebebiyet verme halleri hekim açısından özen yükümlülüğünün ihlal niteliğindeki örneklerdir. Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s.465-466; Özdemir, **a.g.e.**, s.109.

³⁶⁴ F. Bonnie Fremgen, **Bio Medical Law and Ethics**, 6 th Edition, New Jersey, s.203; Hastaların, kendi tıbbi kayıtlarına yasal olarak erişim hakkı olduğu gibi hasta tarafından talep edildiğinde tıbbi kayıtların hasta ile paylaşılması gerekir. Özdemir, **a.g.e.**, s.110-111; Sommerville, **a.g.e.**, s.211.

tedbirleri, ameliyata dair CD'lerin tamamının ayrıntılı olarak kayıt altına alacak³⁶⁵ ve hasta ile ilgili bir dosya tutacaktır³⁶⁶. Hekimin hastanın dosyasını düzgün tutmaması özen yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olacaktır. Bu gibi bir durumda ise ispat yükü yer değiştirecek ve hekim tıbbi müdahaleyi tıp biliminin gereklerine ve hukuka uygun olarak yaptığını ispat yükü altında olacaktır³⁶⁷.

Kayıtların doğru ve eksiksiz bir biçimde tutulması, gizlilik ilkesine riayet edilerek düzenli bir dokümantasyon sisteminin oluşturulması ile mümkündür. Kayıt tutma işlemi diğer muhtemel tedavi, sürecine katılan veya katılacak olan hekimlere de bilgi verme fonksiyonu sağlayacaktır³⁶⁸. Özellikle estetik operasyon ve müdahalelerde tedavi önce ve sonrası fotoğraflar hastanın dosyasında eksiksiz bulunmalıdır³⁶⁹.

Tıbben gerekli olmayan bir kayıt hukuken de gerekli olmadığından hekim kayıt altına alınması bir fayda sağlamayacak hususları kayıt altına almak zorunda değildir. Kayıtların tutulma zamanına ilişkin belirli bir kıstas olmamakla birlikte tıbbi müdahaleler makul bir süre içinde kayıt altına alınmalıdır³⁷⁰.

³⁶⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.110; Kayıt tutma hekimin tıbbi süreci takip etmesini kolaylaştıracağı gibi devam eden süreçte hastanın bir rahatsızlık yaşaması halinde hekimin hastanın tıbbi geçmişi hakkında bilgi sahibi olabilmesini ve yapılacak tıbbi müdahalenin daha sağlıklı olmasını sağlayacaktır. Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.82.

³⁶⁶ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.108-109; Seçer, **a.g.m.**, s.132; Şengül, **a.g.e.**, s.78; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.166; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.95; Yılmaz, **a.g.e.**, s.85-86; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.81.

³⁶⁷ Amerikan Hukuku'nda hasta dosyasının düzgün tutulması ve hastanın durumunun raporlanması mecburiyeti hekimleri ve hastaneleri korumak amacı ile özellikle dikkat edilen bir husustur.. Amerika'da sigorta şirketlerinin malpraktis davalarında ilk olarak baktıkları şey hastanın bilgileri açısından gizlilik ilkesine uyularak hasta dosyasında yer alan belge, rapor ve dokümantasyonlardır. Özdemir, **a.g.e.**, s.110; Beth Walston Dunham, **Medical Malpractice Law and Litigation**, New York 2006, s.151; Kayıt tutma hekimin ve hastanın bir iddiada bulunmaları halinde bu iddianın ispatında kolaylık sağlaması ve yanlış veya eksik bilgi ve belge ile karşı karşıya kalınmasına engel olması açısından da önem taşımaktadır. Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.82.

³⁶⁸ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.82-83.

³⁶⁹ Estetik amaçla yapılan tüm ameliyatlarda hekim tarafından oluşturulacak hastaya ait dosyada ameliyat öncesi ve sonrası hastanın fotoğraflarının, yapılan işlemlerin ve ameliyat raporlarının vs.vb. ilgili tüm belgelerin yer alması gerekli olup, bulunması gerekli belgelerin bulunmaması veya eksik bulunması halinde bu durum hekim açısından özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilecektir. Özdemir, **a.g.e.**, s.110-111; Dunham, **a.g.e.**, s.263-264.

³⁷⁰ Yargıtay 13. HD'nin 07.02.2005 tarih ve 2004/12088 E., 2005, 1728 sayılı kararında ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması ve ameliyata ilişkin raporun ameliyattan 7-8 ay sonra tutulmasını hekim ve hastanenin kusurlu davranışı olarak kabul edilmiştir. Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.83.

Yapılan tıbbi müdahaleye ilişkin ispat külfetinin hekim ve hastanede olması sebebi ile hastanın dosyasının düzgün tutulması ve belgelerin eksiksiz dosyada yer alması hekim ve hastane için büyük önem taşımaktadır. Tıbbi müdahale süreci sonrasında hekime karşı açılan davalarda hekimin özen yükümlülüğünün ihlali iddia ediliyor ise, bunun hasta tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Ancak hastanın hekime oranla daha az tıbbi bilgiye sahip olması sebebi ile bu ispat yükü hasta açısından hafifletilmiş ve hastanın tıbbi müdahale sebebi ile hayatın olağan akışına aykırı bir sonucun meydana geldiğini ispat etmesi yeterli görülmüştür. Gerekli taktirde tıbbi bilirkişiye de başvurabileceği gibi özen borcuna aykırılık açık ise bilirkişiye başvurulmaya gerek yoktur³⁷¹. Hastanın iddiasının aksini ispat yani hekimin kendini savunabilmesi açısından da tutulan kayıtlar önem arz etmektedir.

F. Komplikasyon (İzin Verilen Risk)

Fransız kökenli “complication” sözcüğünden dilimize geçmiş olan ve sözlük anlamı karmaşıklık olan komplikasyon tıbbi müdahaleler esnasında ve sonucunda karşılaşılması ihtimal dahilinde olan herhangi bir kusur olmaksızın ortaya çıkan ve istenmeyen bir sonuç, zarar olarak tanımlanmaktadır. Tıbbi standartlara uygun bir şekilde gerekli tüm dikkat ve özen gösterilmesine ve tıp biliminin gereklerine uygun bir müdahale yapılmasına rağmen komplikasyon yine de meydana gelebilmekte bu sebeple de hukuken komplikasyon kabul edilebilir bir risk olarak kabul edilmektedir³⁷².

Komplikasyon tıbbi komplikasyon ve hukuki komplikasyon olmak üzere ikiye ayrılır.

³⁷¹ Şengül, **a.g.e.**, s.74; Yılmaz, **a.g.e.**, s.79; Özdemir, **a.g.e.**, s.111; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.94; Sarıtaş, **a.g.e.**, s.76; Kıcıoğlu, s.71; Seçer, **a.g.m.**, s.131.

³⁷² Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.511; Şengül, **a.g.e.**, s.117; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.413; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.328; Cerrahi bir girişim sonrasında yarada oluşan kan birikimi (hematom), ciltte oluşan duyu kaybı (parestezi) basit komplikasyonlara örnek teşkil eder. Buna karşın nöks (tekrarlama), emboli (pıhtı atması), büyük damar yaralanmaları ciddi komplikasyon olarak nitelendirilir. Faik Çelik, **Komplikasyon**, Tıp Hukuku Atölyesi-1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, ss.77-103; Özdemir, **a.g.e.**, s.112.

Tıbbi komplikasyon³⁷³ hastalık, travma, ilaç, ameliyat gibi dış etkenlerin vücutta meydana getirdiği arıza ve hastalıklardır.

Hukuki komplikasyon ise tıp biliminin kurallarına uygun davranılmasına ve gereken tüm önlemler alınmasına rağmen kusur olmaksızın ortaya çıkabilecek, istenmeyen zararlar olarak tanımlanabilir. Hukuki anlamda komplikasyon da, hastanın sağlığı için göze alınan bazı riskler söz konusudur³⁷⁴.

Tıbbi müdahalede bulunulurken hiçbir komplikasyonun olmayacağı garanti edilemez. Ancak tıp biliminin standartlarına uygun olarak tıbbi bir müdahale yapılmışsa, tıbben kabul edilen normal risk ve sapmalar şeklinde meydana gelen istenmeyen sonuçlardan hekim sorumlu tutulamayacaktır³⁷⁵.

Komplikasyon tıbbi müdahale dışında, bir teşhis yönteminde veya bir ilaç kullanımından dolayı da ortaya çıkabilmektedir³⁷⁶. Yine komplikasyon, hastalık sırasında ortaya çıkan fakat hastalığın temel özellikleri ile ilgili olmayan her türlü olumsuz sağlık olayını da ifade eder. Tıbbi müdahale sonucunda hastanın uğradığı

³⁷³ Zeynep Özcan, **Malpraktis-Komplikasyon Ayırımının Önemi**, Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, İstanbul 2018, ss.197-212; s.205; Erdem Özkara, **Tıp Hukukunda Bilirkişi**, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Kongresi, Ed. Hakan Hakeri/Cahid Doğan, İstanbul 2016, ss.167-172, s.168; Nihal Yıldız, **Malpraktis Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat**, II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, ss.113-124, s.113; Erdal Yerdelen, **Hastanın Kusurunun Hekimin Sorumluluğuna Etkisi (Mağdurun Kusuru-Müterafik Kusur)**, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, Legal Yayıncılık, 2016, ss.93-108; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.19.

³⁷⁴ Şengül, **a.g.e.**, s.116; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.511-512; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.327-328; Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.412-413; Danıştay 15. Dairesi'nin 16/05/2016 tarih ve 2013/4546 E., 2016/3591 K. sayılı kararında komplikasyonu; "*tıbbi girişim sırasında öngörülmeyen, öngörülsede bile önlenemeyen durum, istenmeyen sonuçtur, ancak bunun bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir.*" şeklinde tanımlamıştır. Aktaran: Özdemir, **a.g.e.**, s.112, dpnt. 262.

³⁷⁵ Yener Ünver, **Tıbbi Riskin Ceza Hukuku Görünümü**, Uluslararası Katılımlı 3. Tıp Etiği Kongresi, C.1, Bursa 2003, ss.120-137, s.120; Fatih Yavuz, **Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı**, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, ss.97-106, s.100; Zeynep Özcan, **Tıbbi Standartların Hekimin Hukuksal Sorumluluğu Üzerine Etkisi**, Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, ss.213-225, s.217; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.19.

³⁷⁶ Nesime Yayı, **"Komplikasyon ve Malpraktis Ayırımı"**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler: Pervin Somer/İpek Sevdâ Söğüt, ss.29-40, s.33; Şimşek, **a.g.m.**, s.3552; Yardım, **a.g.e.**, s.17; Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.412; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.328; Özdemir, **a.g.e.**, s.112; Günday, **a.g.e.**, s.117; Öztürkler, **Tıbbi Sorumluluk**, s.197; Demir, **Hastanelerin Sorumluluğu**, s.42; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.511; Şengül, **a.g.e.**, s.116; Hancı, **a.g.e.**, s.30.

zarar bir komplikasyon neticesi ise hekimin hukuki ve cezai olarak sorumluluğu olmayacaktır³⁷⁷.

Hekim komplikasyon sebebi ile sorumlu olmamakla birlikte hekimin komplikasyon yönetiminin yeterli olmaması veya hatalı olması halinde sorumluluğu söz konusu olacaktır.³⁷⁸

Tıp bilimi açısından “zarar verme yasağı” söz konusu olup, kural, hastaya zarar vermeden ve içinde bulunduğu durumu kötüleştirmeden tedavisinin yapılmasıdır. Bununla beraber bazı uygulamaların hastaya yararı dokunacağı ve tedavi niteliği de olduğundan bu yöntemlerin olası riskleri göze alınmaktadır. Yapılacak tıbbi müdahalenin ve yöntemin sağlayacağı yararın, tıbbi olarak izin verilen risk olarak da tanımlanan komplikasyondan daha ağır basması halinde ortaya çıkabilecek komplikasyonlar göze alınmakta ve zararlı sonuçtan hekim sorumlu tutulmamaktadır³⁷⁹.

Komplikasyondan söz edilebilmesi için hekimin bilgi ve yetenek eksikliğinin olmaması gereklidir. Bu sebeple tıbbi müdahale sonucunda bir zarar meydana gelmiş ise zararın öngörülebilirlik ve önlenebilirlik kontrol edilmeli, tıbben yapılacak tüm müdahalelerin yapılıp yapılmadığı, hekimin bilgi ve yeteneğinin tam olup olmadığı kontrol edilmelidir³⁸⁰. Hekim öngörülebilir ve ortaya çıkabilecek komplikasyonlar için gerekli tedbirleri almışsa ve hekime komplikasyon yönetiminin gereği gibi yerine getirilmesi açısından bir sorumluluk da yüklenemiyorsa komplikasyon yönetiminin yeterlive iyi olduğu sonucuna varılacaktır³⁸¹

Tıbbi müdahale öncesinde meydana gelebilecek komplikasyonlar konusunda hastanın bilgilendirilmiş ve aydınlatılmış rızasının alınmış olması gereklidir. Hekim

³⁷⁷ Doktrinde Bayraktar, komplikasyonu, malpraktisin korkutuculuğuna karşı hekime kaçış yolu yaratmak açısından üretilen bir kavram olarak tanımlamaktadır. Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.64; Günday, **a.g.e.**, s.117; Özdemir, **a.g.e.**, s.113.

³⁷⁸ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.20.

³⁷⁹ Şengül, **a.g.e.**, s.117; Hancı, **a.g.e.**, s.30; Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s.86; Özdemir, **a.g.e.**, s.113; Yavuz, **a.g.e.**, s.100-101; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.329; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.412.

³⁸⁰ Yavuz, **a.g.e.**, s.100-101; Hancı, **a.g.e.**, s.30; Özdemir, **a.g.e.**, s.114; Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s.86; Şengül, **a.g.e.**, s.118-119; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.512; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.329.

³⁸¹ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.20.

böyle bir bilgilendirme yapmamış ise ya da bilgilendirme yaptığını iddia ediyor ancak bunu ispat edemiyor ise hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁸².

Hastanın komplikasyon konusunda bilgilendirilmesi yani aydınlatılması sadece cerrahi müdahaleler için değil, kemoterapi, radyoterapi, ilaç tedavilerinde de mevcut olmalıdır. Hastanın çok ciddi yan etkileri olabilecek bu müdahaleler hakkında fikir sahibi olması önemlidir. Bu tarz tıbbi müdahalelerden doğan komplikasyonların da izin verilen risk o kapsamına girebilmesi için hekimin müdahale öncesinde hastayı aydınlatma yapmış olması gerekmektedir³⁸³.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Canterbury v. Spence davasında hekimin komplikasyondan sorumlu tutulabilmesi için bir takım kıstaslar belirlemiştir. Buna göre tıbbi müdahaleden doğabilecek bir risk varsa ve müdahale öncesinde bu risk hastaya açıklanmamış ise tıbbi müdahale sırasında hastaya açıklanmayan bu risk gerçekleşir ise ortaya çıkan komplikasyondan hekim sorumlu olacaktır³⁸⁴.

Komplikasyon ve tıbbi hata(malpraktis) arasındaki temel fark da burada karşımıza çıkmaktadır. Komplikasyonda öngörülebilen bir zarar ve bu zararın meydana gelmemesi için tedbir alınması ve buna rağmen zararın meydana gelmesi söz konusu iken tıbbi hata(malpraktis) de hekimin zararın meydana gelmesine engellemek için gerekli tedbirleri almamış olması, tıbbi standartlara uygun hareket etmemesi veya tıbbi müdahale ile ilgili gerekli bilgi, beceri ya da tecrübelerinin eksik olması halleri mevcuttur³⁸⁵.

³⁸² Yargıtay 15. HD'nin, 21.06.2018 tarih, 2018/2524 E. , 2018/2644 K. sayılı kararında ortaya çıkan sonucun komplikasyon olarak nitelendirilmesini yeterli görülmemeyerek komplikasyon yönetiminin tam ve doğru şekilde yapılıp yapılmadığının, hastane ve hekimin süreç içinde gerekli ve yeterli özeni gösterip göstermediğinin de tespitinin yapılması gerektiğini aramaktadır. Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.20.

³⁸³ Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.512; Gökcan, Tıbbi Müdahale, s.334; Komplikasyon zamanında fark edilmez, fark edilmekle birlikte gerekli tedbirler alınmaz, alınan tedbirler tıbbın kabul görmüş standartlarına aykırı olursa komplikasyonmalpraktise dönüşür. Faik Çelik, **a.g.e.**, s.80-81; Özdemir, **a.g.e.**, s.115.

³⁸⁴ Behiye Eker Kazancı, "Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrir", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:15, S:2, 2013, s.1309-1357; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.83.

³⁸⁵ Sarıbaş, **a.g.e.**, s.83-84. Önlem alınmayan, fark edilmeyen, doğru yönetilmeyen ve tekrarlayan komplikasyonlar tıbbi hata(malpraktis) haline gelebilir. Nazmi Zengin, Oftalmolojide Malpraktis Nasıl Önlenebilir? Oftalmolojide Malpraktis, **Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları**, Türk Oftalmoloji Derneği Eğitim Yayınları No: 14, İstanbul, Galenos Yayınevi, 2012, s.114-120.

İKİNCİ BÖLÜM

SERBEST ÇALIŞAN HEKİM İLE KAMU VE ÖZEL HASTANELERDE GÖREV YAPAN HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN DAYANDIĞI SEBEPLER

I. GENEL OLARAK

Tıp ilmi bir bilim ve aynı zamanda sanat olması yanında bu ilmi icra edenler açısından para da kazanılan bir meslek dalıdır. Sağlık çalışanların hukuki sorumluluğu içerik ve esaslar açısından zaman içinde değişiklik gösterse de diğer meslek gruplarında olduğu gibi hukuka uygun olarak hareket etme zorunluluğu eski zamanlardan bu yana kabul görmüş bir olgudur. Modern tıbbın kurucusu olarak kabul edilen Hipokrates'e göre tıbbın ilk ve en önemli kuralı “*önce zarar verme!*” kuralıdır. Hipokrates ve onun devamında bu mesleği icra edenler hekimin sorumluluklarının temellerini tespit etmiş ve tıbbi müdahale ve tedavilerde tıp biliminin kurallarına aykırı hareket edilmesi halini kusur olarak nitelendirmişlerdir. Aslında kusur, zarar ve sorumluluk terimleri yüzyıllardır tıp ilmi içerisinde var olmuş tıp hukukunun da temelini oluşturmuşlardır³⁸⁶.

Hekimin çalıştığı yer ve konumu, hekim-hasta ilişkisi, yardımcı sağlık personelinin fiilleri gibi hekim ve hasta ilişkisinin hukuki niteliğini ve sonuçlarını etkileyen birçok etken vardır. Kendi özel muayenesinde serbest çalışan hekimin hukuki sorumluluğu *culpain conrehendo* sorumluluğu, vekaletsiz iş görme veya haksız fiil niteliğinde olabileceği gibi hasta ile arasında bir sözleşme mevcut ise hukuki sorumluluk sözleşme kaynaklı olacaktır. Kamu hastanelerinde görev yapan bir hekimin tıbbi müdahaleye yönelik fiilleri idari eylem sayılmakta, kamu hastanesinde görev yapan hekim ve hasta arasında dolaylı bir vekâlet ilişkisi kurulmakta, bu hastanelerde görev yapan hekimin hastaya karşı tıbbi müdahale kaynaklı kusurlu davranışları hizmet kusuru olarak kabul edilmekte ve hukuki uyuşmazlıkların çözümü idari yargıda olmaktadır. Özel hastanede hizmet sözleşmesi

³⁸⁶ Birol Demirel, “Hekimin Yasal Sorumlulukları”, **Gazi Tıp Dergisi**, C: 16, S: 3, 2005, s.99; Özdemir, **a.g.e.**, s.123; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.182-183.

ile görev yapan hekim 6098 s. TBK m. 116 kapsamında ifa yardımcısı konumunda olmakta, sözleşme ilişkisi özel hastane ile hasta arasında kurulmakta ve hekimin sözleşmesel bir sorumluluğu olmamakta, şayet şartları gerçekleşirse 6098 s.TBK m.49 gereğince haksız fiilinden sorumlu tutulabilmektedir. Özel bir hastanede hizmet sözleşmesi ile görev yapan hekimin tıbbi müdahalesi ile zarar gören hasta dilerse sözleşme ilişkisi sebebi ile özel hastaneye dilerse haksız fiili nedeni ile hekimin hukuki sorumluluğuna başvurabilir. Özel hastane tarafından istihdam edilen hekimin seçiminde gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi halinde hasta meydana gelen zarardan dolayı 6098 s. TBK m. 66 kapsamında özel hastanenin sorumluluğuna da gidebilir. Hekim ile özel hastane arasında hizmet sözleşmesinin olmadığı hekimin hastanın bizzat ve özel talebi üzerine özel hastanede o hastaya tıbbi birmüdahalede bulunuyor olması halinde meydana gelen zarardan özel hastane değil; hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki (sözleşme, haksız fiil vs.) gereğince hekim sorumlu olacak, özel hastanenin hekimin tıbbi müdahalesi ile verdiği zarardan sorumluluğu bulunmayacaktır.

Hekimin sözleşme dışı sorumluluğu halleri ise hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi olmadan hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunması (vekâletsiz iş görme) veya Türk Borçlar Kanunu madde 66 uyarınca hekimin işveren yani istihdam eden olarak yanında çalıştırdığı kişilerin eylem ve işlemleri neticesinde meydana gelen zarar sebebi ile sorumluluğu ve Türk Borçlar Kanunu madde 116 uyarınca hekime yardımcı olan kişilerin fiillerinin sebep olduğu zararlardan sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) veya hekim ile hasta arasında sözleşme kurulmadan önce sözleşme görüşmeleri sırasında hekimin yerine getirmesi gereken bazı yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeni ile sorumluluğu (culpa in contrahendo) veya hekimin hastaya tıbbi müdahalesinin haksız fiil teşkil etmesi halleridir

Çalışmamızın bu bölümünde hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğu, hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin hukuki niteliği, özel hastanelerde ve kamu hastanelerinde görev yapan hekimin hastaya yapılan tıbbi müdahaleler açısından hukuki durumu, hekimin sözleşme dışı sorumluluğu konuları ayrıntılı olarak incelenecektir.

II. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN TARİHSEL SÜREÇ İÇERİSİNDEKİ GELİŞİMİ VE BU GELİŞİME BAĞLI SONUÇLAR

Tıp tarihçisi olan Victor Robinson, tıp biliminin başlangıcını *"tarih öncesi çağlarda ormanda yükselen ağrı çığlığına verilen ilk yanıt"* ve hekimlik mesleğinin başlangıcını da *"çığlığa verilen yanıt"* olarak ifade etmiştir. O zamandan bu yana çığlığı gönderene *"hasta"*, bu çığlığa cevap veren kişiye *"hekim"*, ikisi arasındaki ilişkiye *"hasta- hekim ilişkisi"* denilmiştir³⁸⁷.

Hekimlik, ilk çağlardan beri var olan ve günümüze kadar büyük gelişme gösteren bir meslek olmuş ve bu kapsamda hekimlerin sorumluluğu ve sorumluluk nedeniyle uygulanan yaptırımlar da zaman içinde değişim göstermiştir. Hipokrat yemine dayanan geleneksel paternalist³⁸⁸ tıp ahlakı anlayışına göre hekimin en önemli görevi hastanın düşüncesi ve kararı ne olursa olsun onun yararına hareket ederek öncelikle hastaya zarar vermemektir. Babiller'de imparator Hammurabi tarafından yayınlanan Hammurabi Kanunlarında hekimler ve sorumlulukları hakkında çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Hastanın çok ağır bir operasyon sebebi ile bir gözünü veya hayatını kaybetmesi halinde çok ağır cezalar öngören³⁸⁹ bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere Hammurabi Kanunları'nda tıbbi müdahalelerde netice sorumluluğu söz konusu olup, tıbbi müdahale başarılı olursa hekimin sorumluluğuna gidilememekte, netice başarısız olursa hekimin sorumluluğu söz konusu olmaktadır³⁹⁰.

Eski Mısır Uygarlığında hekimlerin tıbbi müdahaleler açısından uyacakları belirli kurallar yazılı hale getirilmiş ve bu kurallara uymayan hekimlerin kusurlu olmasalar dahi sorumlulukları olacakları öngörülmüştür³⁹¹. Roma Hukukunda acemilik, bilgisizlik, ihmal gibi haller hekimler açısından ağır ihmal olarak kabul

³⁸⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s.35.

³⁸⁸ Paternalizm: Kişinin kendi yararına olacağı düşüncesi ile otonomisinin devlet, kurum veya başka bir kişi tarafından sınırlandırılabilmesi halidir. Subaşı, **a.g.e.**, s.20.

³⁸⁹ Subaşı, **a.g.e.**, s.20.

³⁹⁰ Somer, **Roma**, s.134; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.42; Taşcan/Çalışkan, **a.g.e.**, s.29; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.4; Özdemir, **a.g.e.**, s.35; Günday, **a.g.e.**, s.4-5; Demir, **Tıbbi Sorumluluk**, s.142; Bayat, **a.g.e.**, s.54-55; Donbaz, **a.g.e.**, s.329; Tosun/Yalvaç, **a.g.e.**, s.206; Mandacı, **a.g.m.**, s.107-110.

³⁹¹ Subaşı, **a.g.e.**, s.21; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.44; Işık Özcan, **a.g.e.**, s.41.

edilirdi. *Volentinon fit inuris*(Rıza gösterene yapılan fiil haksızlık oluşturmaz³⁹².) ilkesi gereğince hastanın onamının mevcut olması halinde hekim sorumluluktan kurtulmaktaydı³⁹³. Kilise Hukukunda hekimin bilgisizlik ve ihmalden sorumlu tutulması gerektiği görüşü ön planda olmuş³⁹⁴, İslam Hukukunda ise hastanın rızasının ve bilgisinin olması, hekimin mesleki bilgi ve tecrübesinin olması, uygulanacak tedavinin dönemin kabul gören bilimsel ölçütleri içinde yer alması ve tıbben kabul gören yöntemlerin tedavide kullanılması³⁹⁵ halinde hekimin tıbbi uygulamalardan sorumlu tutulmayacağı yönünde görüş hâkim olmuştur. Anadolu Selçuklu ve Osmanlı dönemlerinde İslam Hukukundaki temel ilkeler takip edilmiş, hekimin dürüst, mütevazı, güvenilir olması, hastanın sorduğu sorulara doğru, düzgün bir şekilde cevap vermesi, söz ve davranışlarında hastada şüphe uyandırmayacak şekilde hareket etmesi gerektiği hususları benimsenmiştir³⁹⁶.

III. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN TÜRLERİ

Hekimin hukuki sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olmak üzere iki başlık altında incelenecektir.

A. Hekimin Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluğu

Hasta- hekim ilişkisi incelendiğinde bu ilişkinin genellikle bir sözleşmeye ilişkisine dayandığı görülecektir. Hekimin hastaya bilgisi ve tecrübesi dâhilindetıbbi müdahalede bulunması, hastanın da o hekime güvenerek yapılan tıbbi müdahalelere ve tedavilere rıza göstermesi sonucunda hekim ve hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin kurulduğu an hastanın

³⁹² Subaşı, **a.g.e.**,s.21.

³⁹³ Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.34, Çakmut, **a.g.e.**,s.55; Subaşı, **a.g.e.**, s.21; Nancy G. Siraisi, **MedievalandEarlyRenaissance Medicine: An Introduction To Knowledge And Practice**, University of Chicago Press, 2009, s.6.

³⁹⁴ Bedi N. Şehsuvaroğlu, **Tıbbi Deontoloji Dersleri**, İstanbul, Genişletilmiş 2. Basım, 1986, s.51; Subaşı, **a.g.e.**,s.21.

³⁹⁵ Çakmut, **a.g.e.**, s.77; Subaşı, **a.g.e.**, s.21.

³⁹⁶ Subaşı, **a.g.e.**, s.21.

hekime başvurusu ve hekimin de hastaya tıbbi müdahalede bulunmayı kabul ettiği andır³⁹⁷

Hekim, hastayı aralarında ki bir anlaşmaya istinaden tedavi etmekte olup hekimin sorumlu olup olmadığının tartışıldığı her konuda, mutlaka hasta ile hekim arasında tedavi sözleşmesi veya hekimlik sözleşmesi olarak adlandırılan bir sözleşmesi ilişkisi mevcuttur. Tedavi sözleşmesine veya hekimlik sözleşmesine göre, hekim tıp biliminin gereklerine uygun olarak teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi uygulamakla yükümlüdür³⁹⁸.

Hekimlik sözleşmesine ilişkin doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Bir görüşe göre hekimlik sözleşmesi serbest çalışan bir hekim ile hastası veya kanuni temsilcisi arasında yapılan ve hekimin öncelikle tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümlülüğünü içeren bir ilişki³⁹⁹, diğer bir görüşe göre ise serbest çalışan hekimin hastasının menfaatine ve iradesine uygun olarak, tıp bilimi ve uzmanlığının öngördüğü esaslar çerçevesinde ve bir ücret karşılığında bir teşhis koyma ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamayı, bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmesi taahhüdü altına girmeksizin üstlendiği bir sözleşme olarak⁴⁰⁰, diğer bir görüş ise hekimlik sözleşmesini serbest çalışan hekimin ve bizzat hastanın bizzat ya da hasta yakınının/temsilcisinin ödeyeceği bir bedel karşılığında tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerini yerine getirdiği bir sözleşme olarak tanımlamıştır⁴⁰¹.

³⁹⁷ Eroğlu, **a.g.e.**, s.1047.

³⁹⁸ Pınar Öz, “Vücuda Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, C:41, S:5, 1984, s.713-714; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.49-50; Özdemir, **a.g.e.**, s.125; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.31-33.

³⁹⁹ Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.33; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.28.

⁴⁰⁰ Uygur, **Sözleşme**, s.84; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.28.

⁴⁰¹ Mehmet Demir, **Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları**, Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2007, s.154; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.28.

Hekimlik sözleşmesinin bir tarafını aktif olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek ve tıbbi süreci yönlendirecek olan hekim diğer tarafını sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı içinde olan hasta teşkil eder⁴⁰².

Hekimlik sözleşmesinin tarafı olan hekimin muayene sahibi serbest çalışan bir hekim olması gerekmektedir⁴⁰³. Kamu hastanelerinde görev yapan hekim ile hasta arasında özel hukuk kapsamına giren bir sözleşme ilişkisi olmayıp idare hukuku ilişkisi vardır ve kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahalelerden kaynaklı zararlar için hekimin sorumluluğu idare hukuku kurallarına tabidir⁴⁰⁴.

1. Hekimin Sözleşmesel Sorumluluğun Koşulları

Genel olarak sözleşmesel sorumluluğun beş şartı bulunmaktadır. Bunlar;

- a. Hasta-hekim arasında geçerli bir sözleşme ilişkisinin mevcudiyeti,
- b. Bu sözleşmenin ihlal edilmesi,
- c. Yapılan ihlalden bir zarar doğmuş olması,
- d. İhlalin teşhis, tanı, tedavi hatası, dikkatsizlik ve tedbirsizlik kusurları, beceri kusuru şeklinde bir kusur oluşturması,
- e. Fiil ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunmasıdır⁴⁰⁵.

a. Sözleşmenin Varlığı

Hekimin sözleşmeden doğan bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için her şeyden önce hekim ile hasta arasında geçerli bir sözleşme bulunması gerekmektedir. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunmayı ve tedavisini yapmayı kabul etmesi ile kurulmuş olacaktır. Hekimin hastayı bir kez bile olsa muayene etmesi hastanın hekimi arayarak hastalığı

⁴⁰² Fatma Begüm Yeşiller, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s.6; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.29.

⁴⁰³ Demir, “Sorumluluğun Koşulları, s.154; Özçetin/Balaban, **a.g.e.**, s.191; Firdevs Arslan, Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:26, S:1, Haziran 2020, s.403; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.29.

⁴⁰⁴ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.29.

⁴⁰⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.147.

hakkında bilgi almak istemesi hekimin de buna uygun cevaplar vermesi hallerinde hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olacaktır⁴⁰⁶.

Hasta ile hekim arasındaki hekimlik sözleşmesi açık bir irade beyanı veya hastanın başvurusu üzerine hekimin hastayı muayene etmesi, bir teşhis koyması ve ona reçete yazması hallerinde olduğu gibi örtülü(zımnî) irade beyanı ile kurulabilir. Açık bir kabul beyanı bulunmayan hallerde dahi hekim hasta tarafından yapılan teklifi derhal reddetmezse, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 503 gereği hekim ile hasta arasında hekimlik sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır⁴⁰⁷. Acil bir tıbbi müdahale veya tedavinin yapılmasının gerekli olduğu haller hariç olmak üzere hasta hekime başvurduğu zaman hekimin hastayı kabul etme gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Hekim, uzmanlık alanı dışında olan bir hastalık için kendisine başvurulduğunda veya yeterli tıbbi teçhizatının olmadığı hallerde hastayı ret edebilir veya farklı bir hekime yönlendirebilir. Ancak hekim hastanın tedavisini yapmayı kabul etmiş ise, kabul ettiği andan itibaren hastanın tedavisini özenle, uygun tıbbi teçhizatla ve yeterli sağlık personeli ile yapmakla yükümlü olacaktır⁴⁰⁸.

b. Sözleşmenin İhlal Edilmesi

Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde, sözleşmede kararlaştırılan asli yükümlülükler gibi bazı yan yükümlülüklerde bulunmakta olup gerek asli gerekse yan yükümlülüklerin ihlal edilmesi, sözleşmenin ihlali anlamına gelecektir. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlalinin borcun hiç ifa edilmemesi, borcun gerektiği gibi ifa edilememesi, temerrüt hali gibi çeşitleri bulunmaktadır⁴⁰⁹.

Sözleşmeden doğan yan yükümlülükler objektif iyi niyet kuralına ve dürüstlük kuralına göre belirlenmekte olup bunlar asıl edimin hazırlanmasına, gerçekleştirilmesine ve güvenliğine ilişkindir. Yan yükümlülüklerin sözleşme içeriğinde açıkça belirlenmemesi bunlara uyulmayacağı ya da tarafların bunu ifasının istenmeyeceği anlamına gelmez. Hekimlik sözleşmesinde hekimin asıl borcu

⁴⁰⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.733-734; Özdemir, **a.g.e.**, s.147-148.

⁴⁰⁷ Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.224; Özdemir, **a.g.e.**, s.148.

⁴⁰⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.148.

⁴⁰⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, İstanbul, Yetkin Basımevi, 2019, s.224; Özdemir, **a.g.e.**, s.148-149.

hastanın tedavi olmasıdır. Bunun yanı sıra, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen borcu, dosya tutma ve sır saklama yükümlülüğü gibi hususlar da yan yükümlülükler olarak karşımıza çıkmaktadır. Hekim bu yükümlülüklerini ihlal ederse tıbbi müdahalenin kapsamına göre meydana gelecek zararı tazmin etmekle yükümlü olacağı gibi şartları varsa cezai bir sorumlulukla da karşı karşıya kalabilir⁴¹⁰.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.112'ye yer alan; *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”* şeklindeki düzenlemede kusurlu ifa imkânsızlığı yanında gereği gibi ifa edilmeme hali de yer almaktadır. Hekimin hekimlik sözleşmesinden doğan borçlarını hiç ya da gereği ifa etmemesi durumunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.112 vd. maddeleri gereğince hukuken sorumlu olacağı gibi bu durumda borcun gereği gibi yerine getirildiğinin ispat yükü de hekime ait olacaktır⁴¹¹.

Hekimlik sözleşmesinin ihlali sözleşmeye konu olan hizmetin hiç yapılmaması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi gerektiği gibi ifa edilmemesi şeklinde de karşımıza çıkabilir. Hekimlik sözleşmesinin konusu hekimin kusurlu davranışı neticesinde hiç ya da gerektiği gibi ifa edilemezse tazminat sorumluluğu hekime ait olacaktır. Zarar gören hasta tazminat davasını, sözleşmeye aykırılığa dayandırabileceği gibi, söz konusu davayı haksız fiile dayanarak da açabilir⁴¹².

c. Zarar Meydana Gelmesi

Zarar, bir kimsenin malvarlığı ya da şahıs varlığı haklarında, kendi iradesi dışında gelişen ve başka bir kişinin davranışı sonucu ortaya çıkan eksilmeyi ifade etmektedir. Zarar maddi olabileceği gibi manevi olarak da gerçekleşebilir⁴¹³. Tıbbi

⁴¹⁰ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, s.149; Aykırı/Çınarlı, *a.g.e.*, s.224; Özdemir, *a.g.e.*, s.149.

⁴¹¹ Özdemir, *a.g.e.*, s.149.

⁴¹² Gökcan, *Tıbbi Müdahale*, s.973-974; Özdemir, *a.g.e.*, s.149.

⁴¹³ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s.446; Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm*, 14.Basıdan Tıpkı 15.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s.94; Ali N. İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3.Baskı, Ankara, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1984, s.273; Belgesay, *a.g.e.*, s.116; Özdemir, *a.g.e.*, s.150; Aykırı/Çınarlı, *a.g.e.*, s.199; Eren, *Borçlar Genel*, s.589-590; Uğur Karacabey, “Hekimin Kusurundan Kaynaklanan Zararın ve Tazminatın Belirlenmesi”, *Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 3, S:1, 2015, s.45.

hata sebebi ile hekimin tazminat sorumluluğundan söz edebilmek için hastanın bedensel veya ruhsal bütünlüğünde veya malvarlığında bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Haksız fiil veya sözleşmenin ihlalinin varlığına rağmen bir zarar meydana gelmemiş ise hekimin sorumluluğu da olmayacaktır.

Yasal düzenlemelerde zarar ile ilgili bir tanımlama yapılmamış bu husus genel itibariyle doktrine ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Doktrinde Oğuzman/Öz zararı, “*malvarlığının zarar veren eylem söz konusu olmasaydı bulunacağı durumla, eylemin sonucu aldığı durum arasındaki farktır.*” şeklinde tanımlamıştır. Zarar malvarlığının aktifinde meydana gelen azalmadan, pasifin artmamasından veya mahrum kalınan kardan kaynaklanabilir⁴¹⁴. Doktrinde zarar geniş anlamda zarar ve dar anlamda zarar olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Dar anlamda zarar kişinin uğradığı maddi zararı, maddi zarar da kişinin malvarlığında meydana gelen zararı ifade eder. Geniş anlamda zarar ise, kişinin maddi zararının yanında manevi zararını da içine almakta ve kişinin malvarlığında ve şahıs varlığında meydana gelen zararı ifade etmektedir⁴¹⁵.

Tıbbi hata sebebi ile zarar gören kişinin yakınlarının da desten yoksun kalma tazminatı talep etme imkânı bulunmaktadır. Dolayısıyla maddi zarar kalemlerinin içine tedavi giderleri, çalışma gücünün kaybindan doğan zarar, destekten yoksun kalma tazminatı ve ölüm nedeni ile diğer maddi zararlar girmektedir. Yine hekimin hatalı tıbbi müdahalesi neticesi hastanın yaşadığı acı, üzüntü sebebi ile uğradığı manevi eksilmenin oluşturduğu manevi zarar daha iyi ve başka bir tazmin yolunun henüz bu konuda bulunamamış olması sebebi ile bir miktar para ödenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹⁶.

Tıbbi anlamda sorumluluk gerektiren maddi zarar, hekimin yasal yükümlülüklerine uygun hareket etmesi, tıbbi müdahale ve tedavinin tıp biliminin

⁴¹⁴Tunçomağ, **a.g.e.**, s.446; Eren, **Borçlar Genel**, s.591; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.109-110; İnan, **a.g.e.**, s.274-275; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s.42-43; Mağdurun, tazmin edilmesi gereken bir zarara uğradığını ispat etmesinin yanı sıra zararın maddi yani parasal karşılığının da belirtmesi gerekir.; Özdemir, **a.g.e.**, s.150.

⁴¹⁵Tekinav vd.,**a.g.m.**, s.735; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.446; Özdemir, **a.g.e.**, s.150; Eren, **Borçlar Genel**, s.590; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.43.

⁴¹⁶ Mustafa Fahrettin Yazıcı, **Malpraktis ve Tazminat Sorumluluğu**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, Aralık 2022, s.124-125.

kural ve standartlarına uygun yapılması halinde hastada gerçekleşecek sağlık durumu ile hatalı olarak yapılan tıbbi müdahale ve tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parasal farkı ifade eder. Manevi zarar ise, hatalı olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahale ve tedavinin hastada oluşturduğu fiziksel ve diğer tüm acıları, onun yaşama zevkinde meydana gelen azalmayı ifade eder⁴¹⁷.

d. Kusurun Mevcudiyeti

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kusurun tanımını yapılmamıştır. Doktrinde kusur; *“Kusur, hukuka aykırı bir sonucu istemek (kast), ya da hukuka aykırı durumu, sonucu istememiş olsa dahi hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeteri derecede kullanmamaktır (ihmal).”*olarak tanımlanmaktadır. Failin hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterince kullanıp kullanmadığının belirlenmesi oldukça zor bir durumdur⁴¹⁸.

Kusurdan söz edebilmek için öncelikle hukuka aykırı bir davranışın varlığı gerekecektir. Kusurlu bir davranış aynı zamanda hukuka da aykırı bir davranış⁴¹⁹ olup kusurlu bir davranışın hukuka aykırı olmaması mümkün değildir⁴²⁰.

Failin kusurunda sorumlu tutulabilmesi için failin kusur ehliyeti bulunmalıdır. Kusur ehliyetinden söz edebilmek için failde aranan en önemli özellik, temyiz kudretine sahip olmasıdır. Kişinin ayırt etme gücü yani temyiz kudreti yoksa kusur ehliyeti de yoktur. Bu yönden bakıldığında tam ehliyeti olan kişilerin, küçüklerin ve kısıtlıların temyiz kudreti olduğundan haksız fiil sorumlulukları ve kusur ehliyetleri mevcuttur⁴²¹.

Kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Failin, tazminat sorumluluğunun oluşması için zarara kast veya ihmal ile sebep olması yeterlidir. Kast sorumluluğun en ağır derecesi olup hukuka aykırı sonucun fail tarafından bilinmesi ve bu hukuka aykırı sonucun istenmesine kast denilmektedir⁴²². Hekimin daha fazla

⁴¹⁷ Yılmaz, **a.g.e.**, s.19; Özdemir, **a.g.e.**, s.150.

⁴¹⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.151; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.58; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.193.

⁴¹⁹ Eren, **Borçlar Genel**, s.643; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.1921; Koyuncu Aktaş, **a.g.e.**, s.278.

⁴²⁰ Yazıcı, **a.g.e.**, s.120-121.

⁴²¹ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.101; Özdemir, **a.g.e.**, s.151; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.193.

⁴²² Yazıcı, **a.g.e.**, s.121; Baysal, **a.g.e.**, s.66; Eren, **Borçlar Genel**, s.1190.

ücret alabilmesi için tedavi sürecini uzatması veya yanlış yönlendirmesi, gerekli olmayan tıbbi müdahalelerde bulunması hekimin kasıtlı davranışlarına örnek olarak gösterilebilir⁴²³. Kastta tasarlama ve isteme şeklinde iki unsur bulunmaktadır. Hukuka aykırı zararlı, sonucun meydana gelmesi istenmemesine rağmen bunu engellemek için gerekli özenin gösterilmemesine, tedbirlerin alınmamasına ihmal denmektedir⁴²⁴.

İhmal bir çeşit özen eksikliği anlamına gelmekte hekimin ihmalinin olup olmadığı değerlendirilirken somut olayın şartlarına göre ortalama bir hekimin göstermesi gereken özenin gösterilip gösterilmediği esas alınacaktır⁴²⁵. Roma Hukuku'na dayanan bir ayırıma göre ihmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ağır ihmal, hukuka aykırı neticenin meydana gelmesine sebep olan failin o şartlar içinde herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemesi halidir. Hekimin alerji olup olmadığını kontrol etmeden bu konuda gerekli testi yapmadan hastaya penisilin iğnesi vurmasını, ardından hastanın penisilin şokuna girmesini ağır ihmale örnek gösterebiliriz. Hafif ihmal de ise, hukuka aykırı sonucun meydana gelmesine sebep olan davranışta bulunulurken herkesin değil de özenli, tedbirli, dikkatli bir kişinin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi söz konusudur. Doktrinde bilinçli ihmal kavramından söz edilmiş ve ağır ihmalin en ağır şekli olduğu kabul edilerek failin davranışlarının muhtemel neticelerini öngörmesine rağmen gerekli tedbirleri almak konusunda dikkatsiz ve özensiz davranma hali bilinçli ihmal olarak adlandırılmıştır⁴²⁶.

İhmalin ölçüsü objektif olup esas olan, ortalama bir zekaya sahip akli başında makul bir kişinin alınması gereken tedbiri alıp almadığı, göstermesi gereken özenin ve çabanın gösterilip gösterilmediğidir. Bu çerçevede doğrultusunda hekimin, teknik ve mesleki bilgi, mesleki özen ve ahlak yönünden ortalama bir hekimin niteliklerine ve kabiliyetine sahip olması gerekir⁴²⁷. Somut bir olayda bir ihmalin olup olmadığı

⁴²³Yazıcı, **a.g.e.**, s.121.

⁴²⁴Eren, **Borçlar Genel**, s.649-651; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.101-102; Koyuncu Aktaş, **a.g.e.**, s.278.

⁴²⁵Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.72; Yazıcı, **a.g.e.**, s.121.

⁴²⁶Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.61-63, Özdemir, **a.g.e.**, s.152; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.102-103, Reşat Atabek/Merih Sezen, "Hekimin Mesuliyeti", **İBD.**, C:XXVIII, S:2, 1954; s.147-148; Koyuncu Aktaş, **a.g.e.**, s.278.

⁴²⁷Özdemir, **a.g.e.**, s.152.

değerlendirilirken, hekimin uykusuz, yorgun, aç veya az ya da çok yetenekli olup olmadığı gibi şahsi hususlar kıstas yani ölçüt olarak aranmayacak, ortalama düzeyde bilgi ve yeteneğe sahip bir hekimin kendisinden beklenen dikkat ve özeni gösterseydi zararı önlemiş olup olmayacağı ölçüt olarak alınacaktır. Değerlendirme yapılırken hekimin tıp eğitimi aldığı tarihte geçerli olan kurallar değil somut olayın yaşandığı tarihte tıp biliminde geçerli olan kurallar dikkate alınacaktır. Zira hekim tıp biliminin gelişen standartlarını ve kurallarını öğrenmek, uygulamak ve bu standart ve kurallara göre kendini geliştirmek zorundadır⁴²⁸. Bununla birlikte her tıbbi müdahale kendi içinde risk barındırmakta hekimlerin her türlü kusurunda sorumlu tutulması onların mesleklerinin gereklerini yerine getirirken kendilerini güvensiz hissetmelerine, insiyatif almada çekingen davranmalarına yol açabilecek ve bu durumda mesleğin icrasını zora sokacak hatta çekilme hale getirecek ve istenmeyen neticelere sebep olabilecektir. Ancak hekimler yasal olarak her çeşit kusurundan sorumludurlar⁴²⁹.

Tıbbi müdahale açısından kusur, hekimin tıbbi müdahale ve tedavi yükümlülüklerine ilişkin sorumluluklarını kasten veya ihmal ile ihlal etmiş olması halidir⁴³⁰. Hekimin tıbbi müdahale ve tedaviden doğan başlıca bazı kusurları teşhis (tanı) kusurları, tedavi yöntemine ilişkin kusurlar, dikkatsizlik ve tedbirsizlik kusurları (özen borcuna aykırılık), beceri kusurları şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴³¹.

(1) Kusur Kavramı Kapsamında Teşhis/Tanı Hatası Kavramı

Hastadan hekimin ilk planda beklentisi hastalığı ile ilgili doğru teşhisi koymak olup hekimin de temel amacı kendisine çeşitli şikayetler ile gelen hastanın şikayetine ve sorunlarının sebebini bulmak ve tedavisini gerçekleştirmektir⁴³². Teşhis, hasta üzerinde yapılan bir takım tetkik, tahlil ve muayene neticesinde

⁴²⁸ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1054-1055; Özdemir **a.g.e.**, s.152.

⁴²⁹ Yargıtay 13.HD'nin 2015/41488 E.,2018/4944 K. sayılı kararında vekilin hafif kusurundan dahi sorumlu olacağının belirtilmesi vekalet sözleşmesinin tarafı olan hekimin de hafif kusurundan dahi sorumlu olacağı anlamına gelmektedir. Aktaran: Yazıcı, **a.g.e.**, s.122.

⁴³⁰ Yılmaz, **a.g.e.**, s.19.

⁴³¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.153.

⁴³² Sunay Akyıldız/Ahmet Nezih Kök/A. Murat Tuncer/Berna Özpınar Gümrükçüoğlu /Ö. Özkan Özdemir, **Tıp Hukuku Atölyesi-III**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021, s.25; Yazıcı, s.103.

hastalığın tanımlanması işlemi olarak ifade edilir⁴³³. Hekimin doğru teşhisi koyabilmesi için öncelikler hastanın hastalık öyküsünü yani anamnezini ayrıntılı bir şekilde dinlemeli, beş duyu organı kullanmak sureti ile hastayı muayene etmeli, muayene neticesinde elde edilen bulgulara göre bir takım tetkik ve tahliller gerekiyorsa bunları eksiksiz yapılmasını sağlaması gereklidir. Hekimin eksik araştırma yapması kusurlu davranış teşkil eder⁴³⁴. Yapılan tetkikler neticesinde gerekli bulgular toplandıktan sonra bunların doğru bir şekilde değerlendirilmesi gerekmekte olup hekimin teşhise götüren bu aşamalarda dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranması gereklidir⁴³⁵.

Teşhis aşamasında hastanın hastalığının geçmişi, varsa kullanılan ilaçların tespiti gibi hususlar son derece önemlidir. Hastanın daha önce kullandığı ilaçları öğrenmemek ve yeni ilaçlar vermek suretiyle hastanın zarar uğramasına sebep olma halinde hekim tedavi için gereken dikkat ve özeni göstermemiş olacaktır. Hastanın hastalık öyküsünün yani anamnezinin eksik alınması⁴³⁶, yeterli bir ön muayene yapılmaması gibi durumlar teşhis hatasına neden olabilecektir⁴³⁷.

Hekimin teşhiste başarılı olma yükümlülüğü yoktur. Tanı işleminin zor ve karmaşık evreler içermesi, toplanan verilerde hata payının olma ihtimali ve bu nedenle mutlak, kesin ve doğru bir tanının sınırlarının olacağının kabulü⁴³⁸, hekimin

⁴³³ Doktrinde teşhis en doğru iyileştirme(tedavi) yolunu gösteren tıbbi işlem olarak da adlandırılmaktadır. Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.79; Yazıcı, **a.g.e.**, s.103.

⁴³⁴ Gürsel Çetin/Coşkun Yorulmaz, **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No:48, İstanbul, s.38; Yazıcı, s.104.

⁴³⁵ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.974, Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.789; Özdemir, **a.g.e.**, s.153; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.65; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.360-361; Yazıcı, **a.g.e.**, s.10.

⁴³⁶ Hastanın anamnezi yani hastalık öyküsü alınırken anamnez formu denilen bir kayıt tutulacaktır. Bu kayıt hastanın öyküsünün doğru alınıp alınmadığı ispatlamada en önemli belgedir. Bu anamnez formu, hekimin hastaya sormadığı soruların, irdelemediği konuların sorumluluğunu belirlemesini sağlayacağı gibi hastanın da sorulan sorulara yeterli cevaplar vermemesi sebebi ile onun da sorumluluğunu belirleyecek ve şartları varsa sorumluluk paylaşılacaktır. Özdemir. s.153-154; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2017 yılında verdiği bir kararında, mesleğin ifası sırasında her zaman karşılaşılabilen hata ve kusur boyutunun aşarak hatalı teşhis konulmasını hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali olarak öngörmüş ve hekimi meydana gelen ölüm neticesinden kusurlu ve sorumlu kabul etmiştir. YCGK'nun 16.05.2017 tarih, 2017/12-271 E., 2017/278 K. sayılı kararı, Aktaran: Yazıcı, **a.g.e.**, s.105.

⁴³⁷ Nurhan Demirhan, "Malpraktis ve Hekimin Taksirle Yaralama Suçu", **Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2011, s.15 vd.; Yazıcı, **a.g.e.**, s.104-105.

⁴³⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.791. Teşhis konulurken hekim tarafından uyulması zorunlu kesin kurallar yoktur. Özellikle aynı anda birden fazla hastalığa ait emarelerin bulunması, doğru teşhisi çok

bilgisi ve tecrübesinin onu her zaman teşhis/tanı hatalarından koruyamayacağı⁴³⁹ gibi sebepler her teşhis hatasının bir tedavi kusuru olarak değerlendirilmesine engel nitelikte olup her teşhis hatasında hekimin tıbbi malpraktis kaynaklı bir davaya muhatap olması ve yargılanması söz konusu olmayacak⁴⁴⁰ ancak hekim her halükarda ve her durumda uzmanlığının ve hastanın hastalığının gerektirdiği şekilde hareket etmekle yükümlü olacaktır⁴⁴¹. Hekimin görev aldığı hastane ve bu hastane şartları da teşhis açısından önem arz etmektedir⁴⁴².

Hekimin teşhis yükümlülüğü konusunda açık bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin madde 11'de "*Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.*" denilerek teşhisin modern tıbbi bilgi ve teknoloji imkânlarına uygun olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir. Hastalığın teşhisinde gerekli tüm tıbbi veriler (kan testi yapılması, MR, tomografi çekilmesi gibi.) ve bilgiler toplanıp, bu bilgiler ışığında bir kanıya varılmalıdır. Hekimin gerekli tüm tetkikleri doğru bir şekilde yapması sonrasında yanlış teşhis koyması veya teşhis koyamaması halinde sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁴⁴³.

Hekim, teşhis koymakta zorlanıyor ise teşhis için gerekli tıbbi verilerin ve tetkiklerin genişletilmesini istemeli veya başka bir meslektaşından da görüş almalıdır. Hekimin teşhis koyma sürecinde yararlandığı veriler genellikle o konuda uzman başka hekimlerin yaptığı tetkiklerden (kan, idrar, MR) ve bu tetkiklere göre

zorlaştıracaktır. Bu nedenle hekimin teşhis koyarken her şeyden önce hastalığın tam bir geçmişini öğrenmelidir. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.65; Özdemir, **a.g.e.**, s.155.

⁴³⁹ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.80; Akıncı, **a.g.e.**, s.104; Battal, **a.g.e.**, s.186.

⁴⁴⁰ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.80; Günday, **a.g.e.**, s.51-55; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.65-66.

⁴⁴¹ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.81; Akıncı, **a.g.e.**, s.104; 5013 Sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun'un 4. maddesi gereğince; "*Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükleri ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.*" Teşhisin tıbbın o an eriştiği seviye ve standartlara uygun olması gerekli olup bu kapsamda daha önceden bilinen ve uygulanan bir teşhis/tanı yönteminin kullanılmamasından meydana gelecek zarardan hekim sorumlu olacağı gibi artık kullanılması uygun bulunmayan veya henüz tıbbi bir faydası kanıtlanmamış bir teşhis ve tanı yönteminin uygulanmaması halinde meydana gelen zarardan hekim sorumlu olmayacaktır. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.790; Özdemir, **a.g.e.**, s.155; Günday, s.52-53; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.66.

⁴⁴² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.789-793.

⁴⁴³ Özdemir, **a.g.e.**, s.154; Yazıcı, **a.g.e.**, s.104; Olcay Işık, **Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuku Sorumluluğu**, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, Erzurum, 2010, s.142.

hazırlanan raporlardan oluşmaktadır. Bu tetkik ve raporlara göre konulan teşhisin hatalı olmasından teşhisi koyan hekim değil, tetkikleri hatalı yapan ve hatalı raporu hazırlayan hekim ve tıbbi personel sorumludur. Ancak teşhisi koyan hekimin de bilgi ve tecrübesi yani uzmanlığı ölçüsünde o tetkikleri ve raporları denetleme yükümlülüğü de bulunmaktadır⁴⁴⁴. Hekim, teşhis için gerekli araştırmaları yaparak bulguları toplama ve tanı koyma işlemlerinin her aşamasında hastayı bilgilendirmek ile yükümlüdür⁴⁴⁵.

Eksik araştırma yapılması, yapılan tetkiklere, inceleme ve araştırmalar neticesinde elde edilen bulgulara rağmen hekimin nitelendirme aşamasında hata yapması ve istenen ve yapılan tetkiklerin kontrol edilmemesi kaynaklı teknik kusur şeklinde üç aşamada hekimin teşhis/tanı hatası gerçekleşmektedir⁴⁴⁶.

Yargılama sırasında mahkeme teşhiste hata olup olmadığını tespitini yaparken konunun uzmanlık gerektiren bir konu olması sebebi ile konusunda uzman bilirkişilerin ve Adli Tıp Kurumunun bilgi ve görüşüne başvurmalıdır. Yargıtay hekimin teşhis hatasının olup olmadığını tespitinde Adli Tıptan rapor alınması gerektiği görüşündedir⁴⁴⁷.

(2) Kusur Kavramı Kapsamında Tedavi Hatası Kavramı

Tedavi⁴⁴⁸ kusuru, tedavi sürecinde tıp biliminin verilerine uygun şekilde gerekli özenin gösterilmediği, uzman hekim standardına uygun davranılmadığı her türlü bir tıbbi müdahaleyi ifade eder. Hekimin uzmanlık alanına ilgili olmayan bir cihazı tedavi sırasında kullanması, vücutta ameliyat esnasında hasta bedeni içinde gazlı bez unutulması gibi halleri Yargıtay tedavi hatası olarak nitelendirmiştir⁴⁴⁹.

Tedavi kusurundan söz edebilmek için hekimin yanlış tedavi yöntemini seçiminin kast veya ihmali davranışı neticesinde olup olmamasının bir önemi

⁴⁴⁴ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1055; Özdemir, **a.g.e.**, s.156; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.791.

⁴⁴⁵ Çetin/Yorulmaz, **a.g.m.**, s.38; Yazıcı, **a.g.e.**, s.104.

⁴⁴⁶ Günday, **a.g.e.**, s.53-56; Özdemir, **a.g.e.**, s.157.

⁴⁴⁷ Ulaş Can Değdaş, “Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, **Anadolu Üniversitesi Dergisi**, C:1, S: 6, 2008, s.55; Yazıcı, **a.g.e.**, s.105.

⁴⁴⁸ Tedavi kavramı hastanın iyileştirilmesi, sağlık sorununun çözülmesi ve bu soruna yani hastalığa sebep olan faktörün ortadan kaldırılması veya etkisinin azaltılmasını sağlayan süreçtir. Tunçer, **a.g.e.**, s.74; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.66.

⁴⁴⁹ Değdaş, **a.g.m.**, s.55; Yazıcı, **a.g.e.**, s.107.

olmayıp bu husus sadece tazminat miktarının belirlenmesinde önem arz etmektedir⁴⁵⁰.

Tedavi hatasını oluşturan en temel husus hekimin gerekli olan tıbbi müdahaleye hiç yapmaması veya tıbbi müdahalenin geç yapılması⁴⁵¹ halidir. Yargıtay, travmalı hastayı gözlem altında tutması gerekirken taburcu eden veya acil servise gelen hastayı bizzat görmeden başka bir sağlık personeline telefonla talimat vererek onun hastayı muayene etmesine ve başka hastaneye sevk etme kararı vermesi sonucunda hastanın ölümüne sebep olunmasına yol açan dava konusu olaylarda hekimin davranışını kusurlu kabul etmiştir

Hekim, teşhisi doğru koysa dahi yanlış bir tedavi yöntemi seçebilmektedir. Hekimin tedavi özgürlüğü ilkesi gereği tedavi sürecinde uygulayacağı yöntemini serbestçe tayin etmek hakkı olmakla birlikte⁴⁵² bu konuda takdir yetkisini, tıp biliminin genel kabul görmüş esas ve ilkelerine uygun olarak kullanması gerekmektedir. Hekim tarafından seçilmiş olan tedavinin gecikmeden, doğru kişi tarafından doğru yerde ve zaman diliminde yapılması gerekmekte aksi halde hekim kusurlu sayılmaktadır⁴⁵³. Hekimin mesleki bilgisindeki yetersizlik, dikkat eksikliği ve özensizliği sebebi ile yanlış bir tıbbi müdahalede bulunması mesleki kusur olarak kabul edilir. Tedavi yönteminin seçiminde dikkate alınacak en önemli kriter, hastaya en az acı veren ve hasta açısından en az tehlikeli olan tedavinin yapılmasıdır⁴⁵⁴. Örneğin daha tehlikesiz ve daha az yan etkisi bulunan bir anestezi yöntemi varken hasta açısından bunun seçilmeyip yeni bir anestezi yöntemini kullanan hekim hastanın kolunun kangren olması ve kesilmesinden sorumlu tutulmuştur⁴⁵⁵. Ancak hal ve şartların gerektirdiği durumlarda özellikle hastanın ve hastalığın kritikliğine göre bu prensip bazı durumlarda esnetilmekte ve hasta için tehlikeli ve daha fazla acıya sebep olabilecek tedavi yöntemi seçilebilmektedir. Ancak hastanın durumu böyle bir gerekliliği zorunlu kılmıyorsa daha tehlikeli ve daha fazla acıya sebep

⁴⁵⁰ Özpinar, *Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama*, s.46; Sarıbaş, *a.g.e.*, s.69.

⁴⁵¹ Aykırı/Çınarlı, *a.g.e.*, s.367; Özdemir, *a.g.e.*, s.159; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.800.

⁴⁵² Aykırı/Çınarlı, *a.g.e.*, s.373; Şengül, *a.g.e.*, s.133; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, s.106; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.798-799; Sarıbaş, *a.g.e.*, s.67.

⁴⁵³ Özdemir, *a.g.e.*, s.160; Sarıbaş, *a.g.e.*, s.68.

⁴⁵⁴ Aykırı/Çınarlı, *a.g.e.*, s.373; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.789-799.

⁴⁵⁵ Günday, *a.g.e.*, s.63; Sarıbaş, *a.g.e.*, s.69.

olacak tedavi yönteminin seçilmesi tedavi kusuru sayılacak ve bunu tercih eden hekim hukuka aykırı davranmış olacaktır. Yine abartılı ve gereksiz her türlü tıbbi müdahale ve tedavi de tedavi hatası kapsamına girmektedir⁴⁵⁶.

Hekimin uyguladığı tedavi yönteminin yanlış olduğunu tespit etmesi halinde başka bir hekimden yardım alması ya da standart genel yöntemlere dönmesi şarttır⁴⁵⁷. Tedavi sırasında gerekli ve yeterli tetkiklerin yapılmaması da tedavi hatası sayılacaktır. Örneğin, diş ağrısı şikâyetiyle gelen hastanın ağrıyan dişinin görüntüleme cihazları ile röntgen filmi çekilmeli ve film neticesinde uygun tedavi yöntemi belirlenmelidir. Bu yapılmayarak sadece kanal tedavisi gereken bir diş başka bir işlem örneğin protez yapılması hastayı mağdur edeceğinden hekimin sorumluluğundan bahsedilecektir⁴⁵⁸.

Tedavi hatası olarak kabul edilen bir diğer durum ise seçilen tedavi yönteminin hatalı uygulanması hususudur. İlaç tedavisi ile kurtulabilecek bir hastayı, ilaç tedavisini yapmadan ameliyat eden hekimin bu davranışı tıp biliminin kurallarına kesinlikle aykırı olacaktır⁴⁵⁹. Tedavi sadece hastalık meydana geldiğinde değil profilaksi⁴⁶⁰ denilen ve önleme amaçlı eylemleri de içermektedir. Aşılama ve karantina profilaksi denilen önleme eylemlerine örnek teşkil etmekte ve son dönemde yaşanan Covid 19 pandemileri gibi durumlarda aşılama veya karantina şeklinde önleme amaçlı tedavileri yapmayan hekim tedavi hatası kapsamında sorumlu tutulabilecektir⁴⁶¹.

Tedavinin doğruluğu hesaplanırken diğer tedavi yöntemleriyle de mutlaka karşılaştırma yapılmalıdır. Kesin olarak tedavi ettiği kabul edilen bir tedavi yöntemi olmasına rağmen bu yöntemi uygulamayan ve başka bir tedavi yöntemini seçen hekimin bu seçiminin objektif ve haklı sebeplere dayandığını ispat edilebilirse

⁴⁵⁶ Özdemir, **a.g.e.**, s.163.

⁴⁵⁷ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1055-1056; Özdemir, **a.g.e.**, s.159.

⁴⁵⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.807-809, Özdemir, **a.g.e.**, s.162.

⁴⁵⁹ Çetin, **a.g.e.**, s.39; Çakmut, **a.g.e.**, s.38; Günday, **a.g.e.**, s.63; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.807; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.66; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.373; Bu duruma örnek olarak sezaryen ile gerçekleştirilen doğum verilebilir. Öncelikli olan normal doğum olup, eğer zorunda kalınır ise sezaryen yapılacağı kabul edilmektedir. Özdemir, **a.g.e.**, s.161.

⁴⁶⁰ **Profilaksi** (önleyici tedavi ya da önleyici tıp), hastalık tedavisinin aksine hastalık meydana gelmeden hastalığın önlenmesidir. Wikipedia, Erişim Adresi, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Profilaksi>, E.T. 08.05.2023.

⁴⁶¹ Günday, **a.g.e.**, s.65; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.70.

sorumluluğu olmayacak aksi halde ise sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴⁶². Bu bağlamda kendisine başvuran hastanın hastalığının teşhis ve tedavisinde yeterli bilgi ve deneyime sahip olmadığını düşünen hekim bu hastayı konu ile ilgili başka bir uzman hekime yönlendirmelidir⁴⁶³.

2018-2019 tarihleri arasında mahkemelerce karara bağlanan dava dosyalarının incelendiği bir araştırmada davaların konusunun yüzde 96,2'sinin hatalı teşhis veya hatalı tedavi veya bunların her ikisinin de birlikte yapıldığı olayların oluşturduğu tespit edilmiştir⁴⁶⁴.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında Alman Hukuku'nda, tıbbi müdahalede bulunulurken standartların dışında tedavi metodu kullanılmış, alışılmış ve kabul görmüş tedaviden bilinçli sapmalar mevcut ise bu durum ihmal ve tedavi kusuru olarak kabul edilmektedir. Güncel tedavi yöntemlerinin kullanılmaması da modern tıp bilimine uygun tedavi ilkesine aykırılık teşkil ederek tedavi hatası sayılmakla birlikte bu durum hastalığın tedavisinde yalnızca yeni tedavi yöntemlerinin uygulanacağı anlamına gelmemekte şayet daha önceden uygulanan ilaç ve bir diğer tedavi yöntemin işe yaramadığı tecrübe edilmiş ise yeni yöntemlerin uygulanmasının tedavi hatası olmayacağı kabul edilmektedir⁴⁶⁵.

Amerikan Hukuku uygulamasında da hekimin tıp alanındaki gelişmeleri takip ederek güncel tedavi metotlarını uygulaması gerektiği kabul edilir. 21. yüzyıl ve sonrasında teknolojiye ki hızlı gelişmeye bağlı olarak tıp bilimi de oldukça hızlı bir gelişme göstermiştir. Hekimin de tıpta meydana gelen güncel gelişmeleri ve yenilikleri takip etmesi ve güncel tedavi metotlarını uygulaması gerekmektedir. Örneğin jinekolojik uygulamalarda, genetik testlerin, elektronik monitörlerin, ultrasonografinin ve benzer yeni teknolojilerin kullanılmaması, sonuçların yanlış yorumlanmasına yol açacak ve bu durum sorumluluk doğurabilecektir. Hekimlerin en son teknolojik yenilikleri benimsemedikleri ve kullanmadıkları yönündeki iddialar

⁴⁶² Hancı, **a.g.e.**, s.103; Özdemir, **a.g.e.**, s.161; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1056; Günday, **a.g.e.**, s.64.

⁴⁶³ Sarıbaş, **a.g.e.**, s.74.

⁴⁶⁴ Ceyhun Artar/Abdulkadir Güçlü;“Sağlık İşletmelerinde Yanlış Tedavi Sonucu Hasta Mağduriyetleri ve Hukuki Boyutunun İncelenmesi”,**Aydın Sağlık Dergisi**, Y:6, S:3, Ekim 2020, s.243; Yazıcı, **a.g.e.**, s.107.

⁴⁶⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.161-162.

ile de karşılaşılmakla birlikte bu iddialara yeni bir teknolojinin tıp alanında yanlış kullanımı ve hiç kullanılmaması konusundaki iddialardan daha az sıklıkta rastlanılmaktadır⁴⁶⁶.

Hekimin tedavi hatasının mevcut olduğu yönünde bir şüphesi varsa veya tedavi hatasının mevcudiyeti hakkında bir kesinlik var ve hastanın sağlığının korunması açısından ek tedbirler alınması da gerekli ise bu durumu hekim hastasına bildirmek ile yükümlüdür Hekimin tedavi hatasını hastasından saklaması kusurlu davranış olarak addedilir ve sorumluluğu söz konusu olur⁴⁶⁷

Tıbbi müdahale sonrası yapılması gerekli kontrollerin yapılmaması da hekimin sorumluluğuna neden olacaktır. Zira tıbbi müdahale bakımından özen yükümlülüğü tedavi sonrası için de geçerlidir. Hekimin tedavi sonrasına ilişkin tavsiye ve uyarılarda bulunmaması, hastanın kontrole çağrılmaması, ilaç kullanımının denetlenmemesi, kullanılan ilacın yan etkilerinin açıklanmaması, gibi tedavi sonrasına yükümlülüklerin ihlali özen yükümlülüğünün ihlali olup hekimin sorumluluğunu gerektirmektedir⁴⁶⁸. Penisilin alerjisi olan bir hastaya penisilin iğnesinin yapılması da tedavi hatası olarak değerlendirilecek ve hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴⁶⁹.

Tedavi hatasının tespiti de uzmanlık gerektiren bir husus olduğu için hastada gerçekleştirilen tedavinin neticesinde meydana gelen zararın hekimin kusurlu davranışından kaynaklı olup olmadığının belirlenmesinde uzman bir tıbbi bilirkişiden veya uygulamada olduğu gibi Adli Tıp'tan, Yüksek Sağlık Şurası, üniversitelerin anabilim dallarından rapor alınması yoluna gidilmelidir⁴⁷⁰. Bilirkişiler hekimin kusurunun tespitinde bakım standartlarına uygun davranışın sergilenip sergilenmediğini yani sağlıklı bir tıbbi müdahale için tedavinin gerçekleştiği yerin gerekli teknik donanıma sahip olup olmadığı, müdahalenin zaruri şartlar altında

⁴⁶⁶ Peter D. Jacobson, **Medical Liability and the Culture of Technology, Medical Malpractice and the U.S Health Care System**, Edited By William M. Sage/RoganKersh, ss.115-134, Cambridge UniversityPress, 2006, s.117-118; Özdemir, **a.g.e.**, s.163.

⁴⁶⁷ Sarıbaş, **a.g.e.**, s.75.

⁴⁶⁸ Melikşah Yasin, **Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu**, Sağlık Hukuku Sempozyumu, No.1, 2006, s.246; Yazıcı, **a.g.e.**, s.107; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.71.

⁴⁶⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.798-799; Özdemir, **a.g.e.**, s.158; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.373. Amerikan Hukukunda da hastanın alerji kayıtlarını kontrol etmeden yapılan penisilin iğnesi, iğneyi yapan hemşirenin ve onu istihdam eden doktorun sorumluluğunu gerektirmektedir. Dunham, **a.g.e.**, s.280.

⁴⁷⁰ Sarıbaş, **a.g.e.**, s.76.

yapılıp yapılmadığı vb. koşullarının mevcudiyetini ve tıbbi müdahalede bulunan hekimin yetkinlik seviyesini göz önünde tutarlar⁴⁷¹.

(3) Dikkatsizlik ve Tedbirsizlik Kusurları

Hekimlik sözleşmesi gereği, tıbbi müdahalede bulunulurken hekimin özenle davranma yükümlülüğü mevcut olduğu gibi hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisinin olmadığı hallerde dahi hekim mesleği gereği dikkatli ve özenli bir şekilde hareket etmek zorunda olup aksi halde hekim kusurlu sayılacaktır⁴⁷². Yargıtay insan vücudunda ameliyat esnasında yabancı madde unutulması gibi durumlarda hekimin özen eksikliği olduğunu belirtmekte ve hekimin kusurlu olduğuna karar vermektedir⁴⁷³.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda ise, Alman Hukukunda hastanın ameliyat sırasında vücudunda yabancı malzeme unutulmasından hekimin sorumlu tutulması için ameliyat ortamı ve şartları, ameliyat sırasında hekimin gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığı hususları da dikkate alınarak değerlendirme konusu yapılmaktadır.

Hekim ameliyat sırasında gerekli kontrolleri yapmalı ameliyat hemşiresinden operasyonda kullanılacak aletlerin tam sayıda olduğu yönünde teyit aldıktan sonra ameliyatı sonlandırmalıdır. Hekimin bu tedbirleri almadığı takdirde hastanın vücudunda tıbbi malzeme unutulması tedavi hatası olarak adlandırılacaktır⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Işıl Pakiş, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik”, **Adli Bilimler Dergisi**, C:13, S:3, s.51-59; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.76.

⁴⁷² Hastanın alerji vs.olup olmadığının tespiti için test yapılmada penislin iğnesi yapılması veya ameliyat sırasında hastanın vücudunda makas, sargı bezi gibi tıbbi malzeme unutulması tıbbi uygulamada en çok karşılaşılan dikkatsizliklerdir. Tedavi sırasında hasta vücudunda tampon, neşter, kompres gibi tıbbi malzeme unutulması doktrinde “tedaviye eşlik eden hata” olarak adlandırılmaktadır. Hakeri **Tıp Hukuku**, s.799,802-803; Özdemir, **a.g.e.**, s.163-164; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1057.

⁴⁷³ Yarg. HGK 13.04.2011 tarih ve 2010/13-717 E., 2011/129 K. sayılı kararında bu durumu “*vücutta yabancı cisim unutulması başlı başına kusur sayılacağı gibi bunun doktoru göstereceği özenin dışında olduğunu kabul etmek mümkün değildir.*” şeklinde belirtmektedir. Aktaran: Özdemir, **a.g.e.**, s.164, dpnt, 152.

⁴⁷⁴ Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.213; Hakeri **Tıp Hukuku**, s.803-805; Danıştay’da hastanın vücudunda tıbbi malzeme unutulmasını “*tıbbi müdahalede sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesi*” olarak belirtmek suretiyle bu durumu hizmet kusuru olarak kabul etmektedir. Danıştay 15. Dairesi’nin 14.12.2016 tarih ve 2016/5479 E., 2016/6117 K. Aktaran: Özdemir, **a.g.e.**, s.165.

Tıbbi müdahale bu anlamda cerrahi operasyonlar bir ekip işi olması nedeni ile hekim ile birlikte hemşire ve teknisyen de hastanın vücudunda ameliyat esnasında yabancı madde unutulmasından sorumluluğu bulunmalıdır. Ancak hemşire ve teknisyenin sorumluluğu gerekli özeni ve dikkati göstermemesinden, hekimin sorumluluğu ise yardımcı personelin sayım işlemi yapıp yapılmadığı hususunda gerekli denetim ve gözetimi yapmamasından kaynaklanmaktadır⁴⁷⁵.

Hekimin tıbbi müdahale açısından öngörülebilir risklere karşı gerekli önlemleri almaması gerektiği taktirdediğer hekimlerden veya hastaneden yardım talep etmemesi, tıbbi müdahale esnasında kullandığı araç ve gereçlerin sterilizasyon ve dezenfeksiyonuna özen göstermemesi, hastaya tedavisi için yapması gerekenleri hiç veya gerektiği şekilde bildirmemesi hekimin kusurlu sayılmasına yol açacaktır⁴⁷⁶.

(4) Beceri Kusuru

Hekimin acemiliği, yeteneksizliği, bilgi seviyesindeki yetersizlik, beceri kusuru olarak kabul edilmekte ve Türk Hukuku'nda hekimin beceri kusurundan sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Beceri kusuru daha çok operatör hekimler açısından söz konusu olmakta ve operasyonu gerçekleştiren cerrahın sahip olması gerekli tıbbi bilginin yanında el becerisi de ameliyat veya tedavinin başarılı olması için gerekli olmaktadır. Beceri kusuru belirlenirken, o uzmanlık alanındaki orta düzey bir hekimin becerisi ve tıbbi müdahaleye ilişkin risklerin dikkate alınması gerekmektedir⁴⁷⁷.

e. İlliyet (Nedensellik) Bağının Varlığı

Sorumluluktan bahsedebilmek için yalnızca özen yükümlülüğünü ihlal edilmiş olması yetmemekte, sorumluluk ister haksız fiilden ister sözleşmeden kaynaklansın fiil ile zarar arasında illiyet bağının yani sebep-sonuç ilişkisinin olması bu bağlamda zarara uğrayan kişinin zararının zarar veren kişinin fiilinin neticesinde

⁴⁷⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.804-805; Özdemir, **a.g.e.**, s.166.

⁴⁷⁶ Özdemir, **a.g.e.**, s.166; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1058.

⁴⁷⁷ Yılmaz, **a.g.e.**, s.213-214; Kürtaj yapan bir hekimin rahime zarar vermesi, göz ameliyatı yapmakta olan bir hekimin göz retinasına zarar vermesi, cerrahın neşteri kaydırarak sinir kesisine neden olması hekimin beceri kusuruna örnek olarak gösterilebilir Özdemir, **a.g.e.**, s.166-167; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.90; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1058.

gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁴⁷⁸. Bir zararın tazmin edilebilmesi için hukuka aykırı fiil ile gerçekleşen zarar arasında mutlaka illiyet bağının olması gerekmektedir⁴⁷⁹.

Doktrinde yer alan bir tanıma göre; “İllyet bağı, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre, ortaya çıkan bir sonucu meydana getirmeye elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme olasılığını önemli ölçüde arttıran zorunlu koşuldur”. İllyet bağının gerekliliği Türk Borçlar Kanunu madde 49’da “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklinde açıklanmıştır⁴⁸⁰. Hekim ancak hukuka aykırı fiilin yol açtığı zarardan sorumlu olacak, sebep olmadığı bir zararın tazmini hekimden istenemeyecektir. Bununla birlikte illiyet bağı bulunan tüm zararların hekime yüklenmesi bazı durumlarda adalete uygun bir çözüm olmayacağı için uygun illiyet bağı anlayışı kabul edilmiş bu anlayışa göre zarar doğuran fiil, olayın akışına ve genel yaşam tecrübesine göre, söz konusu zararı doğurmaya ya da doğması olasılığını artırmaya imkan verecek nitelikte ise uygun illiyet bağının varlığı kabul edilecektir. Yargıtay’da yerleşmiş içtihatlarında uygun illiyet bağının varlığını aramaktadır⁴⁸¹.

Hekimin haksız fiili veya sözleşmeyi ihlal eden davranışı ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının olması gerekmektedir⁴⁸². Hayatın olağan akışı içerisinde hekimin fiili o tıbbi vakada meydana gelen zararı ortaya çıkarmaya elverişli değilse hekim meydana gelen zarardan sorumlu olmayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’da 2004 tarihli bir kararında ameliyat sırasında hastanın damarının kesilmesi, bu durumun fark edilmemesi ve hastanın vefat etmesinde, ilgili damar kesişini zamanında farketmeyerek onarmayan hekimin davranışı ile hastanın vefatı arasında

⁴⁷⁸ Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.211; Sarıtaş, **a.g.e.**, s.101; Özdemir, **a.g.e.**, s.167; Özay, **a.g.e.**, s.120; Şengül, **a.g.e.**, s.137.

⁴⁷⁹ Baysal, **a.g.e.**, s.192; Eren, **Borçlar Genel**, s.605; Yazıcı, **a.g.e.**, s.125.

⁴⁸⁰ Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.211; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.876; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1063; Özdemir, **a.g.e.**, s.168-169; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.118; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.103.

⁴⁸¹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.37; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.211; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.48; Şengül, **a.g.e.**, s.137-138; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.875-876; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.103; Yarg. HGK 13.06.2019 tarih ve 2017/561 E., 2019/655 K. sayılı kararında haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının olması gerektiği belirtilmiştir. Özdemir, **a.g.e.**, s.168, dpnt, 163.

⁴⁸² Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.103; Yazıcı, **a.g.e.**, s.125.

uygun illiyet bağının bulunduğunu ve hekimin davranışının kusurlu olduğunu belirtmiştir⁴⁸³.

Tıbbi eser sözleşmelerinde hekim belli bir sonucun gerçekleşmesini taahhüt etmekte olup bu sebeple eser sözleşmelerinde illiyet bağının varlığı daha geniş bir şekilde yorumlanmaktadır. Eser sözleşmesinden taahhüt edilen sonuca ulaşamaz ise, illiyet bağı kurulmuş sayılacaktır⁴⁸⁴. Estetik operasyonlarda hastaya belirli bir şekilde kulak, dudak, burun veya göğüs estetiği yapılacağı taahhüt edilmekte ve operasyon neticesinde hekimin taahhüt ettiği neticeyi elde edememesi halinde zararlı sonuç meydana gelmiş kabul edilerek hekimin fiili ile zararlı netice arasında uygun illiyet bağı oluşmuş olacaktır⁴⁸⁵.

Somut olayın şartlarına özelliğine göre hekimin ağır kusurunun mevcut olduğu bir durumda hekimin fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağı açık olmasa bile hekimin tazminat sorumluluğunun olması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁸⁶.

Vekâlet sözleşmesi niteliğine haiz tıbbi müdahalelerde ise bir sonuç garanti edilmemekte olup bu sebeptendir ki hastalığın doğal seyri halinde ortaya çıkacak sonuçtan hekim sorumlu tutulamayacaktır⁴⁸⁷. Ama eğer hekimin kusurlu davranışı sonucu hastalığın seyri olumsuz bir şekilde seyretmiş ve zararlı neticenin meydana gelme ihtimalini artırmış ise hekimin kusurlu davranışı ile zararlı netice arasında illiyet bağı kurulmuş olacaktır. Ancak hekimin kusurlu fiil olmasa bile zararlı sonuç meydana gelecekse kusurlu davranış ile netice arasında bir illiyet bağı kurulamayacaktır. Tedavi hizmetlerinde meydana gelen zararlar için devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için illiyet bağının varlığı şarttır. İlliyet bağının

⁴⁸³ YHGK'nun 2004/13-291 E. 2004/370 k. sayılı kararı, Aktaran: Yazıcı, **a.g.e.**, s.125, dpnt, 94.

⁴⁸⁴ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1063.

⁴⁸⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.169-170.

⁴⁸⁶ Ayşe Betül Özcanoğlu/Zeynep Özcan, "Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis ve Komplikasyon Ayırımı Bağlı İspat Sorunları", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y:8, S:16, Aralık 2020, ss.289-315, s.305.

⁴⁸⁷ Zarife Şenocak, **Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat**, Ankara Barosu-Ankara Barosu Sağlık Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, ss.241-254, s.825; Hüseyin Amiklioğlu, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", **Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:3, S:1, 2015, s.100; Eroğlu, **a.g.m.**, s.1048; Özcan/Özel, **a.g.m.**, s.1; Özdemir, **a.g.e.**, s.170.

varlığını yani hekimin kusurlu davranışının zararlı neticeyi meydana getirdiğini ispat yükü hastaya aittir⁴⁸⁸.

İllyet bağıını kesen sebepler aynı zamanda hekimin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Hastanın muayenesi sırasında deprem olması ve hastanın zarar görmesi örneğinde olduğu gibi mücbir bir sebebin varlığı, hekimin ilacı nasıl kullanması gerektiğini ayrıntılı yazmasına ve hastayı bu konuda aydınlatmasına rağmen hatalı kullanım sebebi ile hastanın zarar görmesi örneğinde olduğu gibi zarar görenin ağır kusuru veya eczanede hekim tarafından yazılan ilaçtan farklı bir ilacı hastaya veren eczacı örneğinde olduğu gibi üçüncü kişinin ağır kusuru illiyet bağıını kesen ve hekimin de sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerdir. Üçüncü kişinin kusurunun illiyet bağıını kesebilmesi için üçüncü kişinin kusurunun hekimin kusurundan daha ağır olması gerekmektedir⁴⁸⁹.

2. Tedavi(Hekimlik) Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Tıp mesleğini icra ile yetkili kişiler tarafından doğrudan ve dolaylı olarak tedavi amacına yönelik her türlü tıbbi işlem ve faaliyet⁴⁹⁰ (ameliyat yapılması, aşı vurulması, kan, doku ve organ nakli⁴⁹¹, diş dolgusu yapılması, tüp bebek uygulaması *gebeliği engelleme veya sonlandırma, estetik operasyon gibi*.) tıbbi müdahale olarak kabul edilir⁴⁹². Bir hastalığın önlenmesi veya iyileştirilmesi amacıyla doğrudan veya dolaylı bir şekilde teşhis ve tedavi amacıyla yapılan tıbbi etkinlikler tıbbi müdahale olarak değerlendirilir⁴⁹³.

Açık bir kabul iradesinin olmadığı halde hekim hasta tarafından yapılan tedavi olma talebini derhal reddetmediği takdirde yine tedavi sözleşmesi taraflar

⁴⁸⁸ Ali Cem Budak, “Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller”, **YÜHFD**, C:3, S: 2, 2006; s.351; Belgesay, **a.g.e.**, s.129; Şengül, **a.g.e.**, s.139; Özdemir, **a.g.e.**, s.170; Yılmaz, **a.g.e.**, s.180. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.118; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1063 1064; Sarıtaş, **a.g.e.**, s.106; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.37.

⁴⁸⁹ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1069-1070; Özdemir, **a.g.e.**, s.171; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.915; Şengül, **a.g.e.**, s.141; Sarıtaş, **a.g.e.**, s.103; Özay, **a.g.e.**, s.121; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.212.

⁴⁹⁰ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s 5.

⁴⁹¹ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.21; Özdemir, **a.g.e.**, s.127; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.31.

⁴⁹² Kahraman, **Medeni Hukuk**, s.480-481; Gökcan, **Tazminat Hukuku**, s.45; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.268-269; Özdemir, **a.g.e.**, s.127; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.5; Sengül, **a.g.e.**, s.6; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.7; Sarıtaş, **a.g.e.**, s.17; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.45-45.

⁴⁹³ Özçetin/Balaban, **a.g.e.**, s.43; Güneş Kılıç, **a.g.e.**, s.45; Uygur, **Sözleşme**, s.50; Şatır, **a.g.e.**, s.15; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.15; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.31.

arasında kurulmuş olacaktır⁴⁹⁴. Yine hekimin hastanın tedavisini üstlenmesi veya hastanın muayene ve tedavi olmak için hekimi araması, ona hastalık ve tedavisi hakkında sorular sorması ve hekimin de buna cevap vermesi⁴⁹⁵ veya hekim tarafından hastanın bir kez dahi olsa muayene edilmiş olması veya hastanın hastalığının teşhis ve tedavisi için hekime başvurması ve muayeneye hazır olduğunu açıklaması hekimin de hastalığa ilişkin şikâyetleri dinlemesi ve bilgi alması veya hekimin hasta için reçete yazması örneğinde olduğu gibi hekimin hastayı örtülü bir irade ile de olsa kabulü⁴⁹⁶vb. hallerde hekim ve hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulmuş olur⁴⁹⁷.Sözleşmenin kurulması için tarafların iradelerinin sözlü olarak açıklanması ve örtülü kabul yeterli olacaktır⁴⁹⁸.

Hekimin tıbbi müdahalenin sonuçlarına ilişkin bir taahhütte bulunması, tıbbi müdahalenin sonucunun garanti edilmesi mümkün değildir. Tıbbi müdahalenin konusunun insan olması sebebi ile tüm dikkat ve özen gösterilmiş olsa dahi olumsuz netice ve tıbbi risklerin gerçekleşme ihtimali her zaman mümkündür⁴⁹⁹.

İki tarafa borç yükleyen hekimlik sözleşmesinde hekimin asli borcu olan tıbbi müdahalede bulunma borcunun karşılığında hastada bir ücret ödeme borcu altına girmektedir. Hastanın bir ücret ödemesinin sözleşmede kararlaştırılmış olması zorunlu olmadığı hallerde dahi hekimin mesleki faaliyeti olarak tıbbi müdahalesinin karşılığında hastanın ücret ödemesi teamül gereğidir⁵⁰⁰.Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 33 uyarınca; *“Her çeşit cerrahî müdahale, doğum, fizikoterapi, radyoterapi, diş tababeti tedavileri ve tabibin sıkınezaretini gerektiren sürekli kürler için hastalardan maktu bir ücret istenebilir. Bir kür evinde veya bakım ve tedavi*

⁴⁹⁴ Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.224; Özdemir, **a.g.e.**, s.127-128; Şengül, **a.g.e.**, s.9.

⁴⁹⁵ Telefonda hastanın sorularına cevap şeklinde bilgi veren hekim telefonda verdiği cevaplardan doğabilecek zarardan da sorumluluk altında olacaktır. Şengül, **a.g.e.**, s.8; Özdemir, **a.g.e.**, s.127; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.m.**, s.579; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.732.

⁴⁹⁶ Tuğçe Tekben, "Hekim ile Hasta ilişkisinin Vekalet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **YÜHFD**, C:8, S:2, 2011 ve C:9, S:1, 2012, s.861; Özdemir, **a.g.e.**, s.127; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.732; Şengül, **a.g.e.**, s.8; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.m.**, s.579.

⁴⁹⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s.127.

⁴⁹⁸ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.49; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.33.

⁴⁹⁹ Şenocak, **Özel Sorunlar**, s.242; Uygur, **Sözleşme**, s.88; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.32; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.49-50.

⁵⁰⁰ Şenocak, **Küçüğün Rızası**, s.69; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.32; Özçetin/Balaban, **a.g.e.**, s.192; Güneş Kılıç, **a.g.e.**, s.47.

*müessesesinde, tedavi için maktu bir ücret alınabilir. Diğer hallerde maktu ücretle hasta tedavisi yapılamaz*⁵⁰¹.

Hasta her ne kadar hekime tıbbi müdahale ve tedavi için başvurmuş ise de çok acil olmayan durumlarda hastanın şikâyet durumunun hekimin uzmanlık alanına girmemesi veya teçhizat eksikliğinin bulunması gibi sebeplerle hekim tarafından hastanın tedavisinin yapmayı reddedilebilir⁵⁰² veya onu başka bir hekime de yönlendirebilir. Ancak hekim reddetmek yerine hastayı kabul etmiş ise, artık hastanın tüm tedavi ve diğer süreçlerini tıp bilimi ve kurallarına uygun olarak takip etmek, uygun araç-gereci temin etmek ve yeterli sayıda yardımcı sağlık personeli bulundurmak yükümlülüğü altındadır⁵⁰³.

Hekimile hasta arasında karşılıklı, açık veya zımni bir irade beyanı ile kurulan hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde dört görüş bulunmaktadır. Bu görüşler şu şekildedir.

- Hekimlik sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü,
- Hekimlik sözleşmesinin vekaletsiz iş görme olduğu görüşü,
- Hekimlik sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olduğu görüşü,
- Hekimlik sözleşmesini kendine özgü yani suigenerisbir sözleşme olduğu görüşü⁵⁰⁴,
- Hekimlik sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olduğu görüşü,

⁵⁰¹ Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.32-33.

⁵⁰² Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 18 uyarınca; “ Tabip ve diş tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir. Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.33.

⁵⁰³ Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.m.**, s.579; Özdemir, **a.g.e.**, s.128; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 19’a göre, hekim, tedavi sürecine başlanan hastanın tedavisi mesleki veya kişisel sebeplerle bırakabilir. Hekim böyle bir durumda diğer bir meslektaşının tıbbi müdahalesine imkân verecek süreyi hesaplamak ve hastayı zamanında bu durumdan haberdar etmek zorundadır. Tedavi sürecine başlanan hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sağlığının zarara uğraması ihtimali söz konusu ise, tedaviye devam edecek başka bir hekim temin edilmedikçe, tedaviye başlayan hekim hastayı terk edemez. Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.33-34.

⁵⁰⁴ Karacabey, s.43; Öztürk Aydın, "Hekimin Sorumluluğunu Azaltan ve Kaldıran Nedenler", **Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:1, S:1, 2013, s.37; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.m.**, s.580; Özdemir, **a.g.e.**, s.128; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.968-970; Şengül, **a.g.e.**, s.10, Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.49-50.

a. Hekimlik (Tedavi) Sözleşmesinin Vekalet Sözleşmesi Olarak Adlandırılması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 502’de vekalet sözleşmesinin tanımı ve kapsamı yapılmış olup bu maddeye göre; “(1) *Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. (2) Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.*(3) *Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır* ⁵⁰⁵.”Vekâlet sözleşmesi, vekâlet veren ile vekil arasında akdedilen, vekilin vekâlet verenin yararına ve iradesine uygun bir sonuca yönelik iş görmeyi üstlendiği bir sözleşmedir⁵⁰⁶. Bir işin vekâlet verenin yararına ve iradesine uygun görülmesi, tarafların anlaşması, sözleşme taraflarının sözleşmeyi her zaman sona erdirmeye imkânının olması ve ücret vekalet sözleşmesinin unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁰⁷. Vekâlet sözleşmesinde vekil edim sonucunu değil edim fiilini borçlanmaktadır⁵⁰⁸. Vekil gereken dikkat ve özeni göstermek sureti ile sözleşme konusu işi yapmış ise istenilen sonuç gerçekleşmemiş olsa bile vekil borcunu ifa etmiş sayılır⁵⁰⁹.

Vekâlet sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle sürekli borç ilişkisi doğuran, rızai, eksik iki taraf borç yükleyen bir sözleşme olup vekilin iş görme edimi asli, vekâlet verenin ücret ödeme borcu ise tali nitelikte bir edimdir⁵¹⁰. Sözleşmede vekilin ücrete hak kazanacağı yönünde bir hüküm varsa ya da ücret teamül gereği ise vekâlet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğine haiz olur⁵¹¹.

⁵⁰⁵ Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.37.

⁵⁰⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.721-735; Özdemir, **a.g.e.**, s.130.

⁵⁰⁷ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.389; Veysel Başpınar, **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s.71; Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.776; Şebnem Akipek/ Erkan Küçükgüngör, **Sözleşmeler Rehberi**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s.956; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.38; Alpaslan Akartepe, **Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**, Sağlık Hukuku Sempozyum, Erzincan 2006, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s.18.

⁵⁰⁸ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.389; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.38.

⁵⁰⁹ Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.38.

⁵¹⁰ Şebnem Akipek, **Alt Vekalet**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.39; Başpınar, **Vekilin Özen Borcu**, s.78; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.38.

⁵¹¹ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.388; Aydoğdu/Kahveci, **a.g.e.**, s.794; Gümüüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, s.123; Mete Duman, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda**

Vekilin iş görme edimi zamana yayılmıyorsa ani edimli bir vekalet sözleşmesi söz konusudur. Vekâlet sözleşmesinin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe bir şekil şartına bağlı değildir⁵¹².

Doktrinde baskın olan görüş hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğini vekalet sözleşmesi olarak kabul etmektedir⁵¹³. Bunun sebebi olarak hizmet sözleşmesi açısından bakıldığında hekimin daha geniş bir hareket alanına sahip olması, hekim ile hasta arasında bir bağımlılık ilişkisinin bulunmaması⁵¹⁴ hizmet sözleşmesinde belirli bir süre için sözleşme kurulurken hasta ve hekim arasındaki ilişkide zaman kavramının yer almaması, bir süre ile bağlı olunmaması gösterilmektedir⁵¹⁵.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’de birçok kararında hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirmektedir⁵¹⁶. Vekâlet sözleşmesi ile bir şey meydana getirmek değil belirli bir amacın gerçekleştirilmesi söz konusudur. Hekimlik mesleğinin esası da hastanın tedavisinin tıp biliminin gereklerine uygun olarak yerine getirilmesi, onun sağlığını kazanmasının sağlanmasına dayanmaktadır. Bu yönleri ile bakıldığında hekimlik sözleşmesi vekalet sözleşmesi niteliğinde olup bunun sonucu olarak da hekim, kusuru olmadığı takdirde meydana gelen neticeden sorumlu olmayacaktır⁵¹⁷.

Uygulayıcı Gözüyle Vekâlet Sözleşmesi, Ankara Barosu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2011, ss.25-40, s.18; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.38.

⁵¹² Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.38.

⁵¹³ Uygur, **Sözleşme**, s.105; Belgesay, **a.g.e.**, s.76; Gümüş, **Özen Borcu**, s.221; Akartepe, s.22; Seçer, **a.g.m.**, s.118; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.40.

⁵¹⁴ Amiklioğlu, **a.g.m.**, s.100; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.735-736; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.226; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.53; Sarıal, **a.g.e.**, s.41; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, 3. Bası, İstanbul 2010, s.359-360; HansLangmack, “Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Çev. Erdener Yurtcan, **İÜHFİM**, C:39, S: 1-4, 1974, s.451; Şengül, **a.g.e.**, s.16; Türkmen, **a.g.e.**, s.48; Köprülü, **a.g.m.**, s.600; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.m.**, s.581; Yılmaz, **a.g.e.**, s.35; Türk ve İsviçre Hukuku’nda ortak bir görüş benimsenmiş ve hakim görüş olarak tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliği vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Özdemir, **a.g.e.**, s.129.

⁵¹⁵ Günday, **a.g.e.**, s.8; Tıbbi müdahalede bulunulurken işin yapılması için bir süre şartı yoktur. Tedavinin başarısız olması ve hastanın hastalığının tedavi edilememesi halinde, azami dikkat ve özenin gösterilmiş olması halinde hekimin sorumluluğu olmayacaktır. Şengül, **a.g.e.**, s.20; Özdemir, **a.g.e.**, s.129.

⁵¹⁶ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.971’den naklen; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.735-736; Yarg. 13. HD’nin 04.03.1994 tarih ve 1994/8557 E., 1994/2138 K., 12.06.2006 tarih ve 2006/6704 E., 2006/9459 K, sayılı kararları, Özdemir, **a.g.e.**, s.129 dpnt. 38.

⁵¹⁷ Koyuncu Aktaş, **a.g.e.**, s.56; Özdemir, **a.g.e.**, s.130; Yılmaz, **a.g.e.**, s.40; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.971; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.735-736; Şengül, **a.g.e.**, s.16-17.

Hekimlik sözleşmesi de vekâlet sözleşmesi gibi bir rızai nitelikte bir sözleşme olup, sözleşme konusu iş, hukuk işlem benzeri bir iş veya hekimin hastayı tedavi etmesi şeklindeki maddi bir fiil de olabilir. Hekimin tıbbi müdahalesi için bir süre belirlenmesi değil, teşhis ve tedavi süreci önem arz etmektedir. Hekim teşhisi koyabilir, bir tedavi süreci de başlatabilir fakat kesin bir çözüm ve mutlak iyileşmeyi garanti etmemektedir⁵¹⁸. Vekil sıfatında olan hekimin istifa etmesi ve azlimümkün olacaktır⁵¹⁹.

Tıbbi müdahale sebebi ile hekime ücret ödenmesi hukuki teamül gereği olduğundan hekimlik sözleşmesi hekimin borcunun hastalığı teşhis ve tedavi etmek olan hastanın borcu da ücret ödemek olan her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir⁵²⁰.

Vekâlet sözleşmesi niteliğindeki hekimlik sözleşmesinin unsurları riskin müvekkile ait olması, tarafların anlaşması, işin görülmesi ve bunun bir zaman ile sınırlı olmaması, işin bağımsız olarak yapılması, şeklinde karşımıza çıkar⁵²¹. Diğer bir unsur iş görme unsuru olup, iş hekimin yaptığı tedaviyi ifade etmektedir. Burada, hekim teşhis koymakta ve buna en uygun tedaviyi uygulamaktadır⁵²². Diğer bir unsur ise, görülecek işin niteliği gereği tıbbi müdahalenin belirli bir zaman kalıbı içerisine sıkıştırılmayacak olmasıdır. Hekim tıbbi faaliyetin önemi ve hastanın kişisel özelliklerini göz önünde tutacağından hastaya kesin bir tedavi süresi bildiremez. Hekim hastayı belirli veya belirsiz bir zaman aralığı ile sınırlı olmaksızın tedaviyi üstlenmiştir. Ancak hekimin hastalık için kullanılacak ilacın ne kadar süre ile kullanılacağı veya tedavinin ne kadar devam etmesi gerektiğini belirlemesi mümkündür. Dördüncü unsur ise bağımsızlık unsuru olup bu unsur hekimin tıbbi müdahale süresince bağımsızlığını ifade etmektedir. Hekimlik sözleşmesi boyunca hekim hastanın çalışanı veya hizmet sözleşmesiyle ona bağlı biri olmayıp; özen

⁵¹⁸ Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.584; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.969; Özdemir, **a.g.e.**, s.130; Şengül, **a.g.e.**, s.16-17.

⁵¹⁹ Yılmaz, **a.g.e.**, s.35; Er/Topaç/ Kaygusuz, **a.g.e.**, s.584; Özdemir, **a.g.e.**, s.130-131; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.59.

⁵²⁰ Özdemir, **a.g.e.**, s.131; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.40.

⁵²¹ Günday, **a.g.e.**, s.8; Tıbbi müdahalede ilk ve önemli unsur iradilik yani tarafların anlaşması olup hasta tıbbi müdahaleye zorlanamaz. Özdemir, **a.g.e.**, s.131.

⁵²² Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.65.

yükümlülüğü kapsamında tedaviyi yapan taraf konumundadır⁵²³. Tıbbi müdahalede bulunan ve vekil sıfatındaki hekim hasta adına ve hasta menfaatine bir iş görmekle birlikte tedavi sürecinde hasta iradesi doğrultusunda ancak kendi sorumluluğu altında bağımsız hareket edecektir⁵²⁴. Bu sebeple hekimlik sözleşmesi hizmet sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir⁵²⁵. Hastanın, hekime tıbbi müdahale için talimat vermesi gibi bir durum söz konusu olmasa da hastanın tedaviye ilişkin rızasının olması gerekmektedir⁵²⁶.

Son unsur ise, tıbbi müdahale neticesinde meydana gelecek riskin müvekkile ait olması, gerekli dikkat ve özeni gösteren hekimin neticeden sorumlu olmamasıdır. Hekimin hastaya karşın ağırlaştırılmış bir özen yükümlülüğü mevcuttur. Her ne kadar tıbbi sürece hastanın yararı doğrultusunda tedavisine yönelik olarak devam edilmekte ise de hekimin olumlu bir sonucu veya herhangi bir sonucu taahhüt etmesi mümkün değildir⁵²⁷. Başarısız veya istenmeyen sonuçların ortaya çıktığı tıbbi müdahalede hekimin kusuru yoksa risk hekime ait olmayacaktır. Hekim, tedavi süresince gösterebildiği en azami özeni ve dikkati göstermelidir⁵²⁸. Hekim bu yükümlülüğüne aykırı davrandığı taktirdesorumluluğu gerçekleştirecektir.

b. Hekimlik (Tedavi) Sözleşmesinin Vekaletsiz İş Görme Olarak Kabul Edilmesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunumadde 526 uyarınca;

“Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.” Aynı kanunun 527. maddesi uyarınca, “Vekâletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar

⁵²³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.735-736; Özdemir, **a.g.e.**, s.132; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.969; Günday, **a.g.e.**, s.8.

⁵²⁴ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.39.

⁵²⁵ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.973; Özdemir, **a.g.e.**, s.131; Şengül, **a.g.e.**, s.19; Şimşek, **a.g.m.**, s.3544.

⁵²⁶ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.40.

⁵²⁷ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.39.

⁵²⁸ Günday, **a.g.e.**, s.9; Yılmaz, **a.g.e.**, s.156; Özdemir, **a.g.e.**, s.132.

*tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir*⁵²⁹.

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, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.”

Vekâletsiz iş görmede esas olarak kabul edilen unsurlar, yapılan işin başkasına ait olması ve başkasına ait bu işin, iş sahibinin vekâleti olmaksızın, iş gören tarafından onun adına yapılmasıdır. Hekim acil durumlarda hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisi olmadan veya aralarında bir sözleşme ilişkisi mevcut olsa dahi hastanın yararı için onun iradesine başvurmadan yani aydınlatılmış onamını almadan tıbbi müdahalede bulunmak zorunda kalabilir. Hekimin, hastanın geçerli bir irade beyanı bulunmaksızın ona tıbbi müdahalede bulunması ve tedaviyi uygulaması vekâletsiz iş görme olarak değerlendirileceği gibi beklenmeyen bir hal sebebi ile ameliyatın kapsamının genişletilmesi örneğinde olduğu gibi hekimin tıbbi müdahalenin kapsamını tıbbi zorunluluk sebebi ile genişletmesi hali de vekaletsiz iş görme olarak değerlendirilecektir⁵³⁰.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 3'e göre gerekli bakımın sağlanmasının mümkün olmadığı acil vakalarda mücbir sebep olmadıkça uzmanlığı ve görevi ne olursa olsun hekim gerekli ilk yardımı yapmak zorunda olup haklı ve geçerli bir sebebi olmaksızın hastayı reddedemez. Hastanın bilincinin kapalı olduğu veya açık olsa dahi o an itibarıyla hastanın sağlıklı bir karar verme iradesinin bulunmadığı acil hallerde hekim hastanın rızasını almaya ihtiyaç duymaksızın onun yararına olacak tıbbi müdahalesini ve tedavisini yapmakla yükümlüdür. Bu halde hekimin, hastanın

⁵²⁹ Doktrinde bir görüş ameliyatın genişletilmesi ve acil hallerde hekimin tıbbi müdahalede bulunmasının vekâletsiz iş görme ile ilgili yasal düzenlemelerde yer alan sorumluluk sınırlamalarının uygulanmasını, Türk Medeni Kanunu madde2/1'de yer alan dürüstlük kuralı açısından hekimlik mesleğinin güven ve üstünlük yaratan niteliği ile bağdaşmadığı yönündedir. Aktaran: Şenocak, **Özel Sorunlar**, s.106; Subaşı, **a.g.e.**, s.131.

⁵³⁰ Özge Yücel, **Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları**, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, s.219; Öztürkler, **Tıbbi Sorumluluk**, s.191; Şengül, **a.g.e.**, s.27-28; Özdemir, **a.g.e.**, s.133; Sera Reyhani Yüksel, “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:21, S:2, 2015, s.799; Özçetin/Balaban, **a.g.e.**, s.53; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.48.

rızasını almaksızın hastanın menfaatine olacak şekilde müdahale etmesi hukuka uygun bir vekaletsiz iş görmedir⁵³¹. Hekim böyle bir durumla karşılaştığında, hasta için en doğru ve yararlı tedavi yöntemini seçecek ve onu hasta yararına olacak şekilde uygulayacaktır⁵³².

Hekimin vekâletsiz iş görmesi halleri Hasta Hakları Yönetmeliği madde 24/7’de;

“...Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir....” şeklinde, aynı yönetmelik madde 31/4’de ise *“...Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir...”* şeklinde düzenlenmiştir. Yine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 24/2’de yer alan; *“Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya dakanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”*

düzenlemesi gereği kişinin yani hastanın rızasının bulunmasa bile üstün nitelikte bir özel veya kamusal yararın mevcudiyeti yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracaktır⁵³³.

Karşılaştırmalı hukukta⁵³⁴ hekimin tesadüfen karşılaştığı ve aslen görevli olmadığı bu tarz bir acil vakaya müdahale ederken hatalı bir tıbbi uygulamadan (tıbbi

⁵³¹ Erzan Erzurumluoğlu, "Hastane Yönetimi ve Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, **ATIAD**, C: 8, S: 1-2, 1976, s.202; Özdemir, **a.g.e.**, s.134; Günday, **a.g.e.**, s.13; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.128; Seçer, **a.g.m.**, s.138.

⁵³² Seçer, **a.g.m.**, s.137; Şengül, **a.g.e.**, s.27; Özdemir, s.133; Günday, **a.g.e.**, s.10-13; Özay, **a.g.e.**, s.107.

⁵³³ Berna Özpınar, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluğun Türleri**, Ankara Barosu- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, s.284; İlhan Gülel, “Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C:1, Y:2, S:5, 2015, s.589; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.49.

⁵³⁴ Amerikan Hukuku’nda Good Samaritan Law şeklindeki düzenleme acil durumlarda insanlara yardımdan kaçınmayı önlemek için acil durumda bulunan kişilere yardım edenlerikorumu sağlamaktadır. Amerika Birleşik Devletleri’nde elli eyalette acil durumlar için hastaya makul bir şekilde yardım eden hekimin tıbbi malpraktisten sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. O. William

malpraktisten) sorumlu olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur. Türk hukukunda vekâletsiz iş görme halinin mevcudiyeti hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta⁵³⁵ ve hastaya acil bir durum bile olsa tıbbi müdahalede bulunan hekim her türlü tıbbi özen ve gayreti göstermekle yükümlü olmakta, vekâletsiz iş görme halinde de hekim hafif ihmalinden dahi sorumlu tutulmaktadır⁵³⁶.

Anayasa m.17 gereğince “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...*” Hastaya yapılacak tıbbi müdahalenin kapsamının genişletilmesi hastanın daha ağır bir zarara uğramasını veya ölmesini engel olmak amacına sahip olması gerekir. Bu şartların varlığı halinde tıbbi müdahalenin kapsamının genişletilmesinin anayasal bakımdan da hukuka uygunluğu sağlanmış olur⁵³⁷.

Bir cerrahi müdahalenin yapılması sırasında hekimin yeni ve farklı bir teşhise ve tıbbi müdahaleye sebep olan bir bulgu ile karşılaşması halinde olduğu gibi hekimin önceden tespit edilmiş ameliyat planını değiştirmesi veya ameliyatın yani tıbbi müdahalenin kapsamının genişletilmesi halinde hekim ile hasta arasında vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır. Tıbbi müdahalenin kapsamının genişletilmesi halinde önceden kararlaştırılmış olan tıbbi müdahale sırasında beklenmeyen, öngörülemeyen acil bir sorun ile karşılaşmış ve bu nedenle tıbbi müdahalenin kapsamı genişletilmek zorunda kalınmıştır. Tıbbi müdahalenin kapsamının genişletilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gereklidir; Bunlar – hastadan aydınlatılmış onam alınırken, onam alınmayan ikinci bir tıbbi müdahalenin gerekeceğinin öngörülememiş olması, -zorunluluk sebebi ile genişletilen tıbbi müdahalenin hastanın daha önce onam verdiği tıbbi müdahaleden daha büyük riskler barındırıyor olmaması, hastanın yeniden onam vermesini beklemenin onun sağlığı

Brown, **Good Samaritan statutes: A Malpractice defense for “doing the right thing”**, Vascular Legal Forum, s.1572-1573. (ET:18.10.2023); Günday, **a.g.e.**, s.11-12; Avustralya’da bazı eyaletlerde acil durumda hastaya makul bir şekilde tıbbi müdahalede bulunan hekimin tıbbi malpraktis sorumluluğunun olmayacağı kabul edilmiştir. Özdemir, **a.g.e.**, s.134-135.

⁵³⁵ Seçer, **a.g.m.**, s.137; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.49.

⁵³⁶ Şengül, **a.g.e.**, s.28; Özdemir, **a.g.e.**, s.134.

⁵³⁷ Günday, **a.g.e.**, s.13-14. Hekim, hastanın tedaviyi reddettiğini biliyor olmasına rağmen tıbbi müdahale bulunmuş ise meydana gelen beklenmedik halden, örneğin ortaya çıkan bir komplikasyondan dahi sorumlu olacak ve hekim, hastanın tedaviyi reddetmesinin mantıksız ve objektif olarak değerlendirildiğinde de kendi tıbbi müdahalesinin yararlı olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Seçer, **a.g.m.**, s.138; Özdemir, **a.g.e.**, s.136.

açısından büyük bir risk ile karşı karşıya kalınmasına sebep olması, tıbbi müdahalenin kapsamının genişletilmesinin hasta açısından hayati bir önem ifade ediyor olmasıdır⁵³⁸.

Ölüm riski mevcut olmadıkça önemli organların tıbbi müdahalenin genişletilmesi gerekçesi ile alınması kanunen mümkün değildir⁵³⁹.

c. Hekimlik (Tedavi) Sözleşmesinin Eser Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi

6098 s. Türk Borçlar Kanunu m. 470’de eser sözleşmesi düzenleme konusu yapılmıştır. Bu madde uyarınca eser sözleşmesi, iş sahibinin bir ücret ödemesine karşılık, yüklenicinin bir maddi veya gayri maddi bir eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir⁵⁴⁰. Eser sözleşmesi tam iki taraf borç yükleyen, ivazlı, rızaya dayalı, ani edimli bir sözleşme türüdür⁵⁴¹. Eserin meydana gelmesi zaman alsa bile edimin ifasında süreklilik unsuru devam etmektedir. Bu sözleşmenin unsurları bir eserin meydana getirilmesi, ücret ödenmesi ve tarafların anlaşmasıdır. Ücret unsurunun eksik olması halinde eser sözleşmesinden söz edilemez⁵⁴².

Sonuç garantisinin bulunması, eser sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsurdur. Vekâlet sözleşmesi ile eser sözleşmesini birbirinden ayıran en önemli fark, vekâlet sözleşmesinde vekil üstlendiği işin neticesi hakkında başarı garantisi vermemekte, hekimlik sözleşmesi açısından hekim sonuca ilişkin bir taahhütte bulunmamakta ancak tıbbi müdahaleyi sadakat ve özenle yerine getirmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Eser sözleşmesinde ise yüklenici bir eser meydana

⁵³⁸ Subaşı, **a.g.e.**, s.130; Özdemir, **a.g.e.**, s.135.

⁵³⁹ Yargıtay 4. HD’nin 05.03.1971 tarihli 1970/10853 E.,1971/2096 K. sayılı kararında böbrek taşının alınması için yapılan ameliyatta böbreğin iltihaplı olması sebebi ile alınmasının tıbbi zaruret neticesinde olduğu, tıbbın gereklerine göre hareket edildiği ve davalı hekimin bir sorumluluğu bulunmadığı yönündedir. Aktaran: Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.44; Subaşı, **a.g.e.**, s.130.

⁵⁴⁰ Seçer, **a.g.m.**, s.115; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.238; Özdemir, s.136; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 17. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2021, s.435-439; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s.442-443; Eren, **Borçlar Özel**, s.583-593; Özay, **a.g.e.**, s.40.

⁵⁴¹ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.334; Hüseyin Altaş, **Eserin Tesliminden Önce Telef Olması**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s.43; Doruk Gönen, **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2016, s.16; Yusuf Büyükay, **Eser Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.42; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.36.

⁵⁴² Aral/Ayrancı, s.340; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.36.

getirmeyi yani edim sonucunu borçlanmaktadır. Estetik müdahaleler açısından hekim estetik müdahalede bulunurken söz konusu müdahalenin neticesi hakkında başarı garantisi vermektedir⁵⁴³.

Türk Hukuku'nda hekimlik sözleşmesi genel olarak vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmekle birlikte bunun istisnasını estetik amaçlı yapılan tıbbi müdahaleler oluşturmaktadır⁵⁴⁴.

Eser sözleşmesi olarak kabul edilen tıbbi müdahale ve tedavilerde hekim bir ücret karşılığında hastaya estetik amaçlı müdahaleler, diş protezi, kol ve bacak protezi, kron, köprü gibi uygulamalar yapmakta ve hastanın beklentisi doğrultusunda sözleşme öncesi durumundan farklılık yaratmaktadır⁵⁴⁵.

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olarak kabul etmeyen ancak diş hekimliğinin alanına giren tıbbi müdahaleler ile estetik müdahalelerin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler mevcuttur⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Saibe Oktay, **Gezi Sözleşmesi**, İstannul, Beta, yayıncılık, 1997, s.42; Özdemir, s.137; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.238; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.969; Şengül, **a.g.e.**, s.23; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.m.**, s.591.

⁵⁴⁴ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.36; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.238-239; Hasan Petek, "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", **DEÜHFD**, C:8, S:1, 2006, s.189-190; Özdemir, s.137; Doktrinde estetik amaçlı tıbbi müdahaleler hastanın doğuştan ya da daha sonra bir kaza sonucu veya kendiliğinden meydana gelmiş olan ve kişinin dış görünümünü bozan ya da böyle olduğu kabul edilen deformasyonların ortadan kaldırılmasına yönelik müdahale olarak tanımlanmaktadır. Özay, **a.g.e.**, s.75; Serkan Çınarlı / Ezgi Avcioğlu / Seyit Ali Kızılkaya, "Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahinin İçerisinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukuki Olarak Nitelendirilmesi ve İdari Yargı Sürecine Etkileri", **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:1, S:1, 2013, s.23.

⁵⁴⁵ Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.m.**, s.591; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.993; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.52; Günday, **a.g.e.**, s.14; Şengül, **a.g.e.**, s.23; Özdemir, **a.g.e.**, s.136; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.736; Hekimin burun estetiği veya diş hekiminin protez yapması gibi estetik bir tıbbi müdahale de bulunması halinde hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Hatta, cinsiyet değişimi, kürtaj gibi tıbbi müdahalelerin de eser sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Estetik müdahalelerde hekim, hastaya fiziki değişikliğin ne şekilde olacağı konusunda bir taahhütte bulunmuş ise yani neticeyi taahhüt etmişse, eser sözleşmesinden söz edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zafer Zeytin, "Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi", **Tıp Hukuku Dergisi**, C:3, S: 6, 2014, s.111.

⁵⁴⁶ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.339; Kılıç Güneş, **a.g.e.**, s.55; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.37.

Estetik müdahalelerde hastanın rızası büyük önem taşımakta olup hayati risk taşıyan haller dışında estetik müdahalenin kapsamının genişletilmesi yasal düzenlemelere aykırılık teşkil edecektir⁵⁴⁷.

Eser sözleşmesi kapsamında hekim, üstlendiği işi özenle yapmak ve estetik müdahalenin hastanın yararına ve isteklerine uygun olacak şekilde meydana gelmesi için azami dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Hekim, estetik müdahaleyi yaparken gerekli dikkat ve özeni göstermemesi halinde ortaya çıkacak zarardan sorumlu olacaktır. Hekimin estetik müdahaleler kapsamında ortaya çıkabilecek önemli durumları, riskleri hastaya bildirme, hastayı aydınlatma, estetik müdahaleyi bizzat yapma, estetik operasyona uygun olan zamanda başlama ve bitirme ve sır saklama borcu gibi yükümlülükleri bulunmaktadır⁵⁴⁸.

Eser sözleşmesinin zorunlu unsurlarından birinin ücret olması ayrıca insan vücudunun yapısı itibarı ile tıbbi müdahalenin sonucunun kesin olarak taahhüt edilmesinin mümkün olmaması hususları hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olmadığını göstermekte ve kabul edilmektedir⁵⁴⁹.

d. Hekimlik (Tedavi) Sözleşmesinin Kendine Özgü(Sui Generis) Bir Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi

Kanunda düzenlenme konusu yapılmamış sözleşmelere isimsiz sözleşmeler denilmekte ve bu sözleşmelerin kaynağını Türk Borçlar Kanunu madde 26'da yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesi oluşturmaktadır⁵⁵⁰. İsimsiz sözleşmeler karma, bileşik ve kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılır⁵⁵¹. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını kısmen veya

⁵⁴⁷ Halide Savaş, "Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerinden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi", (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 08.07.2005 tarihli kararı çerçevesinde), **İstanbul Barosu Dergisi**, C:81, S:3, 2007, s.1006; Günday, **a.g.e.**, s.14-15; Özdemir, s.137; Yasemin Güllüoğlu, "Türk Hukukunda Hasta Hakları Kavramı (Hukuki Nitelik ve Sonuçları)", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s.60.

⁵⁴⁸ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.994-996; Özdemir, **a.g.e.**, s.139.

⁵⁴⁹ Kılıç Güneş, **a.g.e.**, s.56; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.37.

⁵⁵⁰ Aydoğdu/Kahveci, **a.g.e.**, s.264; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.53; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.41-42; Ayşe Arat, **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.243; İpek Yücer Aktürk, **İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.51.

⁵⁵¹ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.54; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s.40; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.42.

tamamen içemeyen yeni unsurlar içeren sözleşme tipidir. Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak kural sözleşmede mevcutsa bu kural değilse Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri sözleşmenin bünyesine uygun düşükçe uygulanacaktır⁵⁵².

Doktrinde bazı yazarlar, hekimlik sözleşmesini, kanunda düzenlenmiş bulunan sözleşme tiplerinin hiçbirine uymadığı için kendine özgü yani sui generis bir sözleşme olarak kabul etmişlerdir. Bu görüşe göre hekimlik sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması iyi niyet kurallarına ve teamüllere uygun olarak yapılacak⁵⁵³ ve bu sözleşmeye Borçlar Hukukunun genel hükümleri ve kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinin hükümleri niteliklerine uygun olduğu ölçüde uygulanacaktır⁵⁵⁴.

Tıbbi müdahale sözleşmesini sui generis bir sözleşme olarak kabul eden görüşe göre, bu sözleşmede klasik anlamda bir edimler alışverişi değil⁵⁵⁵; güven, anlayış ve yardım etme ve iyileştirme çabası söz konusudur. Bu sözleşmede hekim bilgi ve uzmanlık sahibi taraf olarak güçlü olan tarafta hasta ise çaresizlik, bilgisizlik, korku ve zayıf olma açısından güçsüz tarafta yer almaktadır. Hasta iyileşme çabası içinde olacağından hekim etik kurallar çerçevesinde hareket etmeyerek hastadan yüksek meblağlı taleplerde bulunabilir. Bu durumu Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş sözleşme tiplerine bakarak açıklamak mümkün olmadığı için bu görüşte bulunan yazarlara göre hekimlik sözleşmesi sui generis bir sözleşme olarak kabul edilmiştir⁵⁵⁶. Ayan'a göre ise hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin sui generis bir sözleşme olarak nitelendirilmesi bu sözleşmenin mahiyetine en uygun düşen iş

⁵⁵² Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinin uygulama alanı, aynı kanununda düzenlenen sözleşme tiplerinin esaslı unsurlarının hiçbirinin kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde bulunmaması sebebi ile yoktur. Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.42.

⁵⁵³ Atabek/Sezen, **a.g.m.**, s.144-145; Subaşı, **a.g.e.**, s.111; Özdemir, **a.g.e.**, s.139; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.969; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.51.

⁵⁵⁴ Kılıç Güneş, **a.g.e.**, s.56; Özcanoğlu/Özcan, **a.g.m.**, s.293; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.43; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.969; Şengül, **a.g.e.**, s.13; Özdemir, **a.g.e.**, s.139.

⁵⁵⁵ Doktrinde azınlıkta kalan bu görüşü Atabek ve Sezen savunmaktadır. Atabek/Sezen, **a.g.m.**, s.144-145; Tedavi sözleşmesini kendine has bir sözleşme olarak nitelendiren yazarlara göre, burada sözleşmenin içeriğini yardım, güven, anlayış, özen ve şefkatten oluşmakta olup bu yazarların bir kısmına göre, tedavi sözleşmesi insanın en gizli mahremetki ettiği için kendine has özelliklere sahiptir. Tedavi sözleşmesinde hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisi önemli rol oynadığından bu sözleşmeyi kanunda düzenlenen sözleşmelerden birine tabi kılmak isabetli olmayacaktır. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.51; Özdemir, **a.g.e.**, s.139.

⁵⁵⁶ Atabek/Sezen, **a.g.m.**, s.144-145; Özdemir, **a.g.e.**, s.139.

görme sözleşmesini düzenleyen kuralların kıyasen hekimlik sözleşmesine de uygulanmasını gerektirecek ve doğrudan uygulama olanağı varken, dolaylı yani (kıyasen) uygulamada karşılaşılabilecek sorunların çözümünde yetersiz kalacak, pratik ihtiyaçlara da uygun düşmeyecektir⁵⁵⁷.

e. Hekimlik (Tedavi) Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi

Hizmet sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun madde 393 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş olup madde 393 uyarınca; *“Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”* Hizmet sözleşmesinin tarafları işçi ve işveren olup bu sözleşme ile işçi, işverenin emir ve talimatı altında yani ona bağımlı olarak belirli veya belirsiz bir süre iş görme borcu altına girmekte, işveren de işçiye ücret ödemeyi üstlenmektedir⁵⁵⁸.

Hizmet sözleşmesi tam iki taraf borç yükleyen bir sözleşme olup bu sözleşmenin öne çıkan unsurları iş görme, bağımlılık⁵⁵⁹ zaman ve ücrettir⁵⁶⁰. İşçi iyi niyetli ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde sözleşme konusu işi yapmış ise işin olumlu veyahut olumsuz olduğuna bakılmaksızın borcun yerine getirildiği kabul edilir⁵⁶¹.

İsviçre Federal Mahkemesi eski içtihatlarında hekim ile hasta arasındaki ilişkiye hizmet sözleşmesi hükümlerini uygulamışsa da⁵⁶² daha sonradan görüş

⁵⁵⁷ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.54; Özdemir, **a.g.e.**, s.140.

⁵⁵⁸ Eren, **Borçlar Özel**, s.533-536; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.384-385; Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s.386-388; Nurten Fidan, "Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu", **TAAD**, C:1, S: 3, 2010, s.353; Yılmaz Yörtem, "Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu", **TAAD**, S:39, 2019, s.134; Koyuncu Aktaş, **a.g.e.**, s.50-51; Özdemir, **a.g.e.**, s.140; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.34.

⁵⁵⁹ Hizmet sözleşmesi boyunca işçi, işverene bağlı şekilde iş görme edimini yerine getirecektir. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974, s.88; Hizmet sözleşmesinde işçi ve işveren arasındaki hiyerarşik bir bağımlılık söz konusudur. Özcanoglu Görkey, s.35.

⁵⁶⁰ Yılmaz, **a.g.e.**, s.50; Sabahattin Yürekli, **Türk Borçlar Kanunu'na göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016; s.29; Özcanoglu Görkey, s.34.

⁵⁶¹ Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s.386-388; Özdemir, **a.g.e.**, s.140; Yılmaz, **a.g.e.**, s.33; Eren, **Borçlar Özel**, s.533-536; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s.384-385.

⁵⁶² Atabek/Sezen, **a.g.m.**, s.140; Koyuncu Aktaş, **a.g.e.**, s.53.

değiştirmiş ve bu ilişkiyi vekâlet akdi olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme bazı istisnai hallerde hizmet sözleşmesi hükümlerini de tatbik etmektedir⁵⁶³.

Hekimlik sözleşmelerinde hekim ve hasta yalnızca tıbbi müdahale ve tedavi için geçecek süre bakımından bir hukuki ilişki içindedirler ve hekim hiçbir zaman hastanın emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmemekte, hekim ile hasta arasında hiyerarşik bir bağıllık ilişkisi yani bağımlılık unsuru söz konusu olmamaktadır. Hekim kendisine teşhis ve tedavi için başvuran hastaya tıp biliminin esasları ve kurallarına uygun olarak serbest bir şekilde tıbbi müdahalede bulunur. Bu sebeple de hizmet sözleşmesinin unsurları ile hekimlik sözleşmesinin unsurları birbiri ile uyuşmamaktadır⁵⁶⁴.

Hizmet sözleşmesinin ayırıcı unsurlarını ve hekimlik uygulamaları dikkate alındığında hekim ile hasta arasındaki hukuk ilişkinin hizmet sözleşmesi niteliğini taşıdığını kabul etmek mümkün olmayacaktır⁵⁶⁵. Hekim hastasını belirli veya belirli olmayan bir süre için tedavi etmeyi değil; böyle bir zaman şartı ile sınırlı olmaksızın serbestçe tedavi etme yükümlülüğü altına girmektedir. Hizmet sözleşmesinde mevcut olan işverene bağımlılık unsuru hekimlik sözleşmesinde söz konusu olmayıp, hekim tıbbi müdahaleyi hastanın emir ve talimatı ile bağlı olmaksızın mesleğinin gerektirdiği şekilde yerine getirme borcu altındadır⁵⁶⁶.

Türk Hukuku'nda aile hekimliği sözleşmesini hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul eden bazı yazarlar vardır⁵⁶⁷. Bu görüşü savunan yazarlara göre, aile

⁵⁶³ Koyuncu Aktaş, **a.g.e.**, s.53.

⁵⁶⁴ Süheyl Donay, "Doktorun Hukuki Sorumluluğu", **İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi**, S: 10, 1968, s.48; Yördem, **a.g.m.**, s.134; Fidan, **a.g.m.**, s.353. Özdemir, **a.g.e.**, s.141; Belgesay, **a.g.e.**, s.76; Öz, **a.g.m.**, s.714; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.968; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.54; Sarıal, **a.g.e.**, s.41; Atabek/Sezen, **a.g.m.**, s.142.

⁵⁶⁵ Türk Hukuk doktrinde bazı istisnai hallerde hekimlik sözleşmesine hizmet sözleşmesinin esaslarının uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe gerekçe olarak da İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında yer aldığı gibi hekimin belirli veya belirsiz bir süre bağlanma niyeti ile ücret karşılığında bir kuruluştaki hizmet vermesi gösterilmiştir. Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1962, s.205.

⁵⁶⁶ Köksal Bayraktar, **Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları**, İstanbul Barosu 2. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2007, s.35; Kılıç Güneş, **a.g.e.**, s.52; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.35.

⁵⁶⁷ Reisoglu, aile hekiminin sağlık sorunlarıyla ilgilendiği aile bireylerine yönelik belirli veya belirsiz bir süre devam edecek şekilde hizmet vermesi sebebi ile aile hekimi ile aile bireyleri arasında

hekimliği belirli bir hastalığın tedavisi için değil, aile bireylerine düzenli sağlık hizmeti verilmesi için yapılmaktadır. Hizmet sözleşmesinin bağımlılık unsurunun aile hekimleri için söz konusu olmadığı ileri sürülerek bu görüş doktrinde eleştiri konusu yapılmıştır⁵⁶⁸. Aile hekimliğinde hekim ekonomik yönden aileye bağlı olmadığı gibi tedaviyi de ailenin emir ve talimatı ile yapmamaktadır⁵⁶⁹.

f. Özel Durumlar

(1) Kamuya Ait Hastanelerde Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Esasları

Kamuya bağlı olarak faaliyet gösteren (devlet, üniversite hastaneleri vb.) hastanelerde görev yapan hekim ile hastanın arasında hastanın, kamu hizmetinden yararlanan bir kişi konumunda olmasından dolayı⁵⁷⁰ özel hukuk bağlamında bir sözleşme ilişkisi kurulamamakta⁵⁷¹ kamu hukuku ilişkisi kurulmaktadır⁵⁷²

Kamu hastaneleri⁵⁷³ kar amacı olmayan ve devlet veya başka bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulup işletilen, vatandaşa bir kamu hizmeti olan sağlık hizmeti vermek amacıyla kamu idaresi tarafından kurulmuş⁵⁷⁴ ve kamu yönetimi içinde yer alan sağlık kuruluşlarıdır⁵⁷⁵. Özel hastanelerden farklı olarak kazanç elde etme amacı olmayıp kamu yararına hizmet verme amacı taşırlar⁵⁷⁶. Kamu hastanelerinde görev

sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olduğunu savunmuştur. Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s.12; Donay, **a.g.m.**, s.43-44.

⁵⁶⁸ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.53; Özdemir, **a.g.e.**, s.141; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.969; Sarıal, **a.g.e.**, s.43; Donay, **a.g.m.**, s.45-48.

⁵⁶⁹ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.35.

⁵⁷⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.743; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.46.

⁵⁷¹ Yılmaz, **a.g.e.**, s.45; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.46; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.743; Özdemir, **a.g.e.**, s.142.

⁵⁷² Türkmen, **a.g.e.**, s.59; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.45.

⁵⁷³ Bir hastanenin kamu hastanesi sıfatına haiz olabilmesi için kamu yararına yönelik hizmetin yanında kamu tüzel kişileri tarafından kurulmuş olması gereklidir. Sami Narter, **Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 2. Baskı, Ankara 2016, s.182; Tuğçe Kılıçgöl Çiçek, “Türk Hukuku Açısından Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, **Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Haziran, 2019, s.13; Işık, **a.g.e.**, s.42; Yazıcı, **a.g.e.**, s.65.

⁵⁷⁴ olarak ifade edilmiştir. Özdemir, **a.g.e.**, s.143-144.

⁵⁷⁵ Yazıcı, **a.g.e.**, s.64.

⁵⁷⁶ Güneş Kılıç, **a.g.e.**, s.62; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.45.

⁵⁷⁷ Güneş Kılıç, **a.g.e.**, s.62; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.45.

yapan hekim ve sağlık çalışanları kamu gevlisi sayılmakta⁵⁷⁷ hastanın rahatsızlığı ile ilgili teşhis, tedavi vb. tıbbi müdahaleler idari eylem olarak kabul edilmekte ve bu eylem dolayısıyla hastanın uğradığı zarar bakımından idare birincil derecede ve asli sorumlu sayılmakta⁵⁷⁸, zararın tazmini kamu hukukunun usul ve esasları yani idare hukuku ilkeleri çerçevesinde idare mahkemelerinde idareye karşı açılacak davalar ile mlenmektedir⁵⁷⁹. Başka bir ifade ile kamu hastanelerinde görev yapan hekim ve yardımcı sağlık personelinin kamu hukuku kurallarına tabi kamu gevlisi olup işledikleri kusur fiillerinden dolayı doğan zararlardan devlet ve diğer kamu tüzel kişileri (Sağlık Bakanlıđı⁵⁸⁰) sorumlu olacak ve tazminat davaları da tam yargı davası şeklinde idare mahkemelerinde aılacaktır⁵⁸¹. İdare tarafından hastaya uğradığı zarar sebebi ile ödenen tazminat şartları mevcutsa zararın meydana gelmesine neden olan hekime rücu edilebilir⁵⁸². Bu rcunun hangi nitelikte olduğu ise doktrinde tartışma konusudur. Bir görüşe göre hekime yapılacak rücu Borçlar Kanunu uyarınca haksız fiil hükümleri çerçevesinde olmalı⁵⁸³ diğer görüşe göre ise rcunun idare hukukunun esasları çerçevesinde yapılması gerektiđi⁵⁸⁴ yönündedir.

Kamu hastanelerinde görev yapan hekimlerin estetik operasyonlar da dahil olmak üzere tıbbi müdahaleleri esnasında meydana gelen zarardan idarenin bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için hizmet kusurunun varlığı, bir zararın

⁵⁷⁷ Tunçer, **a.g.e.**, s.335; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.45.

⁵⁷⁸ Subaşı, **a.g.e.**, s.150.

⁵⁷⁹ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1119-1120; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.46; Er/Topac/Kaygusuz, **a.g.m.**, s.616; Aşioğlu, **a.g.e.**, s.23; Kamu hastaneleri, amacı Anayasanın 56. maddesinin devlete yüklemiş olduğu vatandaşlara sağlık hizmeti sağlama ödevinin hayata geçirilmesi olan, kamu yönetiminin bir parçasını teşkil eden, gerek kuruluş gerekse çalışma ve sona erme prensipleri bakımından kamu hukuku kurallarına tabi devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulup işletilen sağlık teşekküllerini ifade etmektedir. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.172; zdemir, **a.g.e.**, s.142.

⁵⁸⁰ Yargıtay 13. HD'nin 19.04.2005 tarih,2004/15895 E.,2005/6610 K. sayılı kararında; "...Anayasanın 129/5 maddesi hükmünce kamu görevlilerinin yetki ve görevlerini yerine getirirken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabilir..." denilmektedir. Aktaran: Sarıbaş, **a.g.e.**, s.46.

⁵⁸¹ mit Gezder, "**Adam alıştırının Sorumluluğu Karşısında Hastane ve Hekimin Hukukİ Durumu (TBK m. 66)**", Tıp Hukuku Dergisi, S:9, 2016, s.64; Aşioğlu, **a.g.e.**, s.114; Yazıcı, **a.g.e.**, s.66.

⁵⁸² Subaşı, **a.g.e.**, s.150; Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s.291.

⁵⁸³ A. şeref Gözübüyük /Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Cilt:II, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.662; Yargıtay 4. HD'nin 14.11.1985 tarih ve 1985/7369 E., 1985/9399 K. sayılı kararı, Aktaran:Subaşı, **a.g.e.**, s.152, dpnt. 523.

⁵⁸⁴ Lütfi Duran, **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Tahsin Belkir Balta'ya Armağan, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s.44; Subaşı, **a.g.e.**, s.153.

meydana gelmesi, bu zararın hekimin bu bağlamda idarenin hukuka aykırı bir faaliyeti neticesinde gerçekleşmiş olması ve zarar ile hekimin yani idarenin faaliyeti arasında uygun illiyet bağının olması gerekmektedir⁵⁸⁵.

Bunun yanında kamu görevlisinin kişisel kusurlu sayılabileceği davranışları da olabilir. Kamu hastanelerinde kamu personeli olan hekimin veya diğer sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken tedbirsiz ve dikkatsiz hareket etmesi hali, mesleki konumunu kötüye kullanması, kasıtlı olarak genel uygulama kurallarına aykırı hareket etmesi durumları kişisel kusur⁵⁸⁶ sayılacak ve bu sebeple meydana gelen zararın tazmini için kamu görevlisi aleyhine haksız fiil sebebi ile dava açılabilir⁵⁸⁷.

(2) Özel Hastanelerde Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Esasları

Özel hastaneler, kamu hizmetinin dışında yer alan ve gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine ait hastaneler olup⁵⁸⁸, ücret karşılığında sağlık hizmeti sunmak amacı ile özel hukuk kuralları çerçevesinde kurulan devletin denetim ve gözetimi altında faaliyetini yürüten sağlık tesisini ifade eder⁵⁸⁹. Özel bir hastaneye tedavi olmak için başvuran hasta ile hekim arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi kurulmamakta, bu hastaya uygulanan tıbbi müdahaleden doğan hukuki sorumluluk

⁵⁸⁵ Kızılyel, **a.g.e.**, s.203 vd.; Subaşı, **a.g.e.**, s.150; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.174.

⁵⁸⁶ Yargıtay'ın 22.10.1979 tarihli 1978/7 E., 1979/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında kişisel kusur, kamu görevi yerine getirilirken hizmetin gerekleri ile ilgili olmayan ve bu sebeple idareye atfi mümkün görülmeeyen doğrudan kamu görevlisinin şahsına atfedilen ve kamu görevlisinin şahsi sorumluluğunu gerektiren fiiller olarak tanımlanmıştır. Özdemir, **a.g.e.**, s.200.

⁵⁸⁷ Kılıç Güneş, **a.g.e.**, s.64; Sarıtaş, **a.g.e.**, s.129; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.47.

⁵⁸⁸ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.128; Özel hastaneler bir gerçek kişi, dernek veya vakıf tarafından işletilebileceği gibi, bir şirket de özel hastane işleticisi olabilmektedir. Gülşah Karan Gözpınar, “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S: 119, Temmuz 2016, s.139; Yazıcı, **a.g.e.**, s.57.

⁵⁸⁹ 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1. maddesinde özel hastaneler, “Devletin resmi 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” olarak tanımlanmaktadır. Ferhat Canbolat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 80, 2009, s.157-158; Yazıcı, **a.g.e.**, s.65; Subaşı, **a.g.e.**, s.144.

özel hastaneye ait olmakta⁵⁹⁰, özel hastanede çalışmakta olan hekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 116 gereğince özel hastanenin ifa yardımcısı konumunda kabul edilmektedir⁵⁹¹. Çünkü hastanın tedavisini yapmak doğrudan doğruya hekimin değil, hastane işleticisinin yükümlülüğü altında olup hastane işleticisi, sözleşme ile üstlenmiş olduğu bu borcun yerine getirilmesini, kendi personeli yani çalışanı konumundaki hekime aktarmaktadır. Genelde özel hastanede tedavi olan hastanın tedavi olmak istediği hekimi bizzat seçme imkânı olmadığından hasta, tedavinin gerçekleştirilmesi sırasında gerek hekimin gerekse diğer yardımcı personelin kusurlu fiilleri yüzünden uğradığı zararları tazmin için hastane işleticisi aleyhine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 116 kapsamında dava açabilir⁵⁹².

Sağlık hizmetinin özel hastaneden alındığı durumlarda tıbbi müdahalede bulunan ve tedaviyi yapan hekimin sözleşmesel bir sorumluluğu olmayıp, sözleşme hasta ile özel hastane arasında kurulmakta, sözleşmenin ihlali halinde meydana gelen zarardan ilk planda sorumluluk özel hastaneye ait olmaktadır⁵⁹³. Ancak şartları varsa hasta tarafından somut olayın özelliklerine göre tedavinin bütünü yapan hekime haksız fiil veya ikame vekâlet hükümleri çerçevesinde doğrudan da dava açabilmektedir⁵⁹⁴.

Özel hastaneye teşhis, tedavi gibi bir tıbbi müdahale/işlem veya sadece estetik işlem/operasyon için başvuran hastayla hastane arasında yapılan “*hastaneye kabul sözleşmesi*” adı verilen⁵⁹⁵ doktrindeki baskın görüş göre de kombine sözleşmeler

⁵⁹⁰ Özel hastaneye başvuran hasta ile özel hastane arasında hukuki ilişki sözleşme ilişkisi, culpa in contrahendo, haksız fiil ve vekaletsiz iş görme şeklinde dört değişik şekilde ortaya çıkmaktadır. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.130; Uygur, **a.g.m.**, s.58; Subaşı, **a.g.e.**, s.144.

⁵⁹¹ Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.255; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.22-23; Sarıal, **a.g.e.**, s.89; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.135; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1035. Özdemir, **a.g.e.**, s.144; Hakan Hakeri, “**Hastane Yönetiminin Sorumluluğu**”, Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.163; Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008, s.338; Reşat Atabek, “Hastanelerin Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C:60, S:10,11,12, 1986, s.634; Subaşı, **a.g.e.**, s.144-146; Yargıtay bu tür durumlarda özel hastaneyi Türk Borçlar Kanunu madde 66 gereğince adam çalıştıran sıfatı ile sorumlu olarak kabul etmektedir. Yarg. 13 HD’nin 21.12.2002 tarih, E.9800/11883 K.. Aktaran: Kıcıoğlu, **a.g.e.**, s.473.

⁵⁹² Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.135; Özdemir, **a.g.e.**, s.144.

⁵⁹³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.740; Özdemir, **a.g.e.**, s.144; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.135.

⁵⁹⁴ Yılmaz, **a.g.e.**, s.255; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.742; Özdemir, **a.g.e.**, s.146; Ayan, **Tıbbi müdahale**, s.45; Subaşı, **a.g.e.**, s.147.

⁵⁹⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.145-146; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.740; Özel hastane ile hasta arasındaki hukuki ilişki, bağımsız çalışan hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkiye benzetilmektedir. Bu kapsamda hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak genel anlamda dört görüş

*sınıfında kabul edilen bir sözleşme yapılmaktadır*⁵⁹⁶. Bu sözleşme tipinde hastaya tıbbi müdahalede bulunacak hekim hastane tarafından belirlenmekte olup hastanın kendisini tedavi edecek hekimi belirleme imkânı genellikle yoktur⁵⁹⁷.

Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması kanunda aksi belirtilmediği için Türk Borçlar Kanunu madde 12 uyarınca herhangi bir şekil şartına bağlı değildir⁵⁹⁸. Özel hastane ile hasta arasında kurulan hastaneye kabul sözleşmesinin tıbbi tedavi edimi yanında barındırma, genel temizliğin sağlanması, yemek, malzeme temini gibi başka ve farklı bir takım edimleri de içermesi⁵⁹⁹ sebebi ile hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi/hizmet sözleşmesi/ satış sözleşmesi/ kira sözleşmesi/ eser sözleşmesi/ sui generis yani kendine özgü bir sözleşme şeklinde farklı sözleşme tipleri olarak nitelendiren çok çeşitli görüşler olduğu gibi⁶⁰⁰ tüm bunlardan ayrı olarak özel hastane-hasta arasında kurulan bu sözleşmenin hukuki niteliğinin özel durum ve şartlara göre tespit edilmesi gerektiğini ileri süren görüş de mevcuttur. Doktrinde

bulunmaktadır. 1-Hastaneye kabul sözleşmesinin hizmet akdi niteliğinde olduğu görüşü, 2 Hastaneye kabul sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü, 3- Hastaneye kabul sözleşmesinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü, 4- Hastaneye kabul sözleşmesinin kendine özgü (sui generis) bir sözleşme niteliğinde olduğu görüşü. Detaylı bilgi için bkz. Gültezer Hatırnaz Erol, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2017, s.60-70; İsviçre Hukukunda tam hastaneye kabul sözleşmesi ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi şeklinde ikili bir ayırımı gidilmiş, Alman Hukukunda ise tedavi ediminin yükleniliş şekline göre tam hastaneye kabul sözleşmesi, bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi ve hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi olmak üzere üç ayrı çeşidin olduğu öngörülmektedir. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.134, dpnt:27 ve 28; Subaşı, **a.g.e.**, s.145.

⁵⁹⁶ Savaş, **Özel Hastaneler**, s.10-12; Uygur, **a.g.e.**, s.58; Subaşı, **a.g.e.**, s.145; Kombine sözleşme: Bu sözleşmelerde taraflardan biri çeşitli sözleşme tiplerine ait bir edimde bulunma diğer taraf ise tek bir edimi yerine getirme, çoğunlukla da belli bir sözleşmeye özgü olmayan bir miktar para ödeme borcu altına girilmektedir. Hastane ile yapılan sözleşmede kira(oda tahsis), ard arda teslim şartı ile satış(yemek), hizmet(oda temizliği), tedavi veya ameliyat şeklinde kendini gösteren hizmet edimi mevcuttur. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.139.

⁵⁹⁷ Sarial, **a.g.e.**, s.89; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.118; Sibel Adıgüzel, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk”, **TAAD**, S:9, Ankara, TAAD Yayınları, 2012, s.145; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.134; Subaşı, **a.g.e.**, s.145.

⁵⁹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 04.06.20202 tarih ve 2017/13-669 E., 2020/346 K. sayılı kararı uyarınca; “Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır; hatta bu sözleşmenin zımni irade açıklaması ile kurulması dahi mümkündür.” Yazıcı, **a.g.e.**, s.58.

⁵⁹⁹ Halil Akkanat, “Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesinde Sorumluluk Düzeni”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:5, Aralık 2005, s.26; Adıgüzel, **a.g.e.**, s.142; Subaşı, **a.g.e.**, s.145.

⁶⁰⁰ İlgin, **a.g.e.**, s.55; Yazıcı, **a.g.e.**, s.58, Kılıçgöl Çiçek, **a.g.e.**, s.44.

baskın olan ve Yargıtay tarafından kabul edilen görüşe göre hastaneye kabul sözleşmesi vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁶⁰¹.

Bu sözleşme iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme⁶⁰² olup özel hastane hastaya teşhis ve tedaviye ek olarak yatak, ısınma, banyo gibi konaklama ve yemek hizmeti de sunuyor ise “*tam hastaneye kabul sözleşmesi*”, tedavi dışı tüm hizmetler ayrı bir sözleşme konusu ise “*bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi*” söz konusu olacaktır⁶⁰³.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde hastane işleticisi tedaviye ek olarak hastanın barındırılması, yeme-içme ve diğer hastane bakımlarını da üstlenmiştir⁶⁰⁴. Bu sözleşme tipinde hekim hastane tarafından belirlenecektir⁶⁰⁵.

Tam hastaneye kabul sözleşmesi de *hekimlik sözleşmesi olmadan kurulan tam hastaneye kabul sözleşmesi* ve *hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Hekimlik sözleşmesi olmadan kurulan tam hastaneye kabul sözleşmesinde, sözleşme ilişkisi özel hastane ile hasta arasında kurulmakta, tedaviyi yürüten hekim ve ona yardımcı olan sağlık personeli bu sözleşmenin tarafını teşkil etmemekte⁶⁰⁶, hasta tarafından talep edilen gerek hekimlik hizmeti gerekse barınma, yemek gibi diğer hizmetlerin borçlusu ve sorumlusu özel hastane olmakta, hastanın tek muhatabı özel hastane işleticisi olmaktadır⁶⁰⁷. Dolayısıyla gerek hekimlik hizmetinden doğan

⁶⁰¹Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1019; Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**,s.607-608;Yılmaz, **a.g.e.**, s.252-256; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.120-121; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.140; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.740-743; Şengül, **a.g.e.**, s.37-38; Özdemir, **a.g.e.**, s.191-192.

⁶⁰²Yasemin Durak, “Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi”, **Tıp Hukuku Dergisi**, C:3 S:6, 2014, s.148; Yılmaz, **a.g.e.**, s.256; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.118; Özdemir, **a.g.e.**, s.190; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1021-1024; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.740; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.46; Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.611-614.

⁶⁰³ Yılmaz, **a.g.e.**, s.256; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.118; Özdemir, **a.g.e.**, s.190; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1021-1024; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.740; Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.611-614; İsviçre Hukukunda ayırım “*tam hastaneye kabul sözleşmesi*”, “*bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi şeklinde, Alman Hukukundaki ayırım ise tam hastaneye kabul sözleşmesi*”, “*bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi ve hekimlik sözleşmeli ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi şeklindedir.* Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.134, dpnt. 27-28; Subaşı, **a.g.e.**, s.145.

⁶⁰⁴ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.134; Akkanat, **Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**, s.26; Adıgüzel, **a.g.m.**,s.142.

⁶⁰⁵ Adıgüzel, **a.g.m.**,s.145; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.134; Sarıal, **a.g.e.**, s.89; Subaşı, **a.g.e.**, s.145.

⁶⁰⁶ Narter, **Kusursuz Sorumluluk**, s.139; İlgün, **a.g.e.**,s.54; Yazıcı, **a.g.e.**, s.58.

⁶⁰⁷ Narter, **Kusursuz Sorumluluk**, s.141; ; Kılıçgöl Çiçek, **a.g.e.**, s.3; Yazıcı, **a.g.e.**, s.59.

zararlarda gerekse yemek, barınma gibi diğer edimlerden kaynaklı talebin muhatabı da özel hastanedir⁶⁰⁸. Bu sözleşme tipinde özel hastanenin bünyesinde çalışan hekim Türk Borçlar Kanunu madde 116 uyarınca ifa yardımcısı konumunda olup⁶⁰⁹ hekimlik hizmeti sebebi ile hastaya verdiği zarardan da Türk Borçlar Kanunu madde 116 kapsamında yardımcı kişilerin sorumluluğu kapsamında sorumlu olacaktır. Hasta şartları mevcutsa hekime haksız fiil sorumluluğu kapsamında başvurulabilir⁶¹⁰. Haksız fiilin mevcudiyeti halinde özel hastane de Türk Borçlar Kanunu madde 66 uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında kusursuz sorumlu olarak kabul edilecektir⁶¹¹.

Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinde ise hastane ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulurken bunun yanında hekim ile hasta arasında ayrıca hekimlik sözleşmesi yapılmakta ve iki bağımsız tedavi sözleşmesi kurulmakta⁶¹² ve hastane ve hekim tedavi sözleşmesini müştereken ve müteselsilen taahhüt etmektedir⁶¹³

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde öncelikle hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi kurulmakta daha sonra yemek, barınma vs. hizmetlerin hastane tarafından sağlanabilmesi için hastane ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulmaktadır⁶¹⁴. Bu sözleşmede hastane tedavi süreci ile ilgili herhangi bir sorumluluk yüklenmemekte, tedavi yükümlülüğü hekimde olmakta tedavi dışında kalan edimler bakımından özel hastane sorumlu olmaktadır⁶¹⁵. Sözleşme özel

⁶⁰⁸ Narter, **Kusursuz Sorumluluk**, s.141; Kılıçgöl Çiçek, **a.g.e.**, s.2; Yazıcı, **a.g.e.**, s.60.

⁶⁰⁹ Emine Dede, **Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.224; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.740; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.130-131; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.255; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1005; Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.605-606; Yılmaz, **a.g.e.**, s.251; Şengül, **a.g.e.**, s.33; Özdemir, **a.g.e.**, s.189; Atabek, **Hastanelerin Sorumluluğu**, s.634 vd.; Subaşı, **a.g.e.**, s.146; Sarıal, **a.g.e.**, s.89; Karşı görüş için bkz. Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.21-22.

⁶¹⁰ Gözpınar Karan, **a.g.e.**, 141-142; Yazıcı, **a.g.e.**, s.59.

⁶¹¹ Firdevs Arslan, **a.g.m.**, s.414; Yazıcı, **a.g.e.**, s.60.

⁶¹² Narter, **Kusursuz Sorumluluk**, s.143; Ebubekir Elmalı, “Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Sonuçları”, **Yüksek Lisans Tezi**, Ufuk Üniversitesi, Ankara, 2019, s.4; Yazıcı, **a.g.e.**, s.6.

⁶¹³ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.136-137; Yazıcı, **a.g.e.**, s.61.

⁶¹⁴ Narter, **Kusursuz Sorumluluk**, s.144; Gültezer Hatırnaz Erol, **Özel Hastaneler ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi**, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10/17 Eylül 2011, ss.191-220, s.196; Yazıcı, **a.g.e.**, s.61.

⁶¹⁵ Emine Arslan, “Türkiye’de Hasta Hakları”, **Yüksek Lisans Tezi**, Beykent Üniversitesi, İstanbul, 2010, s.415; Yazıcı, **a.g.e.**, s.61.

hastanenin bünyesindeki hekim ile kurulabileceği gibi dışından bir hekim ile de kurulabilir⁶¹⁶. Bu sözleşme tipinde hekim ifa yardımcısı konumunda olmayıp hekimin sorumluluğu bizzat tedavi sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sözleşme tipinde özel hastane hasta ve hastane bakımı ile ilgili eylemlerden kaynaklı zararlardan sorumlu olacaktır⁶¹⁷.

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 12 ve madde 26 ile Özel Hastaneler Tüzüğü madde 26/2 uyarınca hasta tıbbi müdahalenin ve tedavinin gerçekleştiği hastaneye dışarıdan hekim çağrılmasını ve tedavinin bu hekim tarafından yapılmasını talep edebilir. Bu halde dışarıdan çağırılan hekim ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesinden bağımsız olarak bir tedavi sözleşmesi kurulmuş olacak ve hekimin tedavi sözleşmesine aykırı hareket etmesi halinde hasta onu 6098 s. Borçlar Kanunu madde 112 çerçevesinde sorumlu tutabilecek, özel hastanenin ise 6098 s. Borçlar Kanunu madde 66 ve 116 hükümlerince bir sorumluluğu olmayacaktır⁶¹⁸.

Özel Hastanelerin hukuki sorumluluğunun doğduğu esas alan organizasyon kusurudur. Özel hastane işleticisi özen gösterme yükümlülüğü gereğince hastanede bulunması gerekli asgari unsurları bulundurmalı, tıp bilimindeki gelişmeleri takip etmeli, hekimleri ve diğer personelini özenle seçmeli ve denetlemeli, tıbbi teknik cihaz ve aletleri yen gelişmeler uygun hale getirmeli gerekirse yenileri ile değiştirmeli, dokümantasyon için gerekli arşiv vb. imkânları sağlamalıdır. Hastanın aydınlatma formunun gerektiği şekilde muhafaza edilememesi veya herhangi bir sebepten dolayı bulunamaması gibi hallerde özel hastanenin sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶¹⁹.

Özel Hastaneler Sağlık Bakanlığı tarafından gerek şikâyet üzerine gerekse olağan ve olağandışı denetimler ile denetlendikleri gibi İl Sağlık Müdürlüğü tarafından da altı ayda bir rutin olarak denetlenir. Bu denetim ve gözetim

⁶¹⁶ Kılıçgöl Çiçek, s.28; Yazıcı, **a.g.e.**, s.62.

⁶¹⁷ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.45; Subaşı, **a.g.e.**, s.146.

⁶¹⁸ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.152-153; Atabek, **Hastanelerin Sorumluluğu**, s.647-648; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.741; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.100-262; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1035-1037; Özdemir, **a.g.e.**, s.147; Subaşı, **a.g.e.**, s.147.

⁶¹⁹ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.156-162; Çağlar Özel/Doğan N. Leblebici, “Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış”, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, C:10, S:2, 2007, s.183; Subaşı, **a.g.e.**, s.148.

yükümlülüğünün kusurlu olarak ihmal edilmesi halinde meydana gelen zarardan idarenin sorumlu olabilmesi için hizmet kusurunun idareyi sorumlu tutacak yoğunlukta olması gerekmekte yani idarenin açık bir kusuru aranmaktadır⁶²⁰.

B. Sözleşme Dışı Sorumluluk Halleri

1. Genel Olarak

Hekimin sözleşme dışı sorumluluğu ile ifade edilmek istenen hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi olmadan hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunması veya hekimin hastaya tıbbi müdahale de bulunması gerekirken bunu yapmaması veya hastaya tıbbi müdahalesinin haksız fiil teşkil etmesi halleridir.

Sözleşme dışı sorumluluk halleri hem kendi muayenhanesinde serbest çalışan hekim açısından gerçekleştirilebileceği gibi özel bir hastanede hizmet sözleşmesi ile görev yapan ve ifa yardımcısı konumunda bulunan hekim de şartları varsa vekâletsiz iş görme veya 6098 s. TBK m. 49 kapsamında haksız fiilinden sorumlu olabilecektir. Kamu hastanelerinde görev yapan hekimlerin durumları ise farklılık arz etmekle birlikte bu hastanelerde görev yapan bir hekimin alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında muayene veya tedavi işlemi yapmaya çalışması halinde olduğu gibi kusurlu davranışı hizmet kusuru niteliğinde olmaıp kişisel kusur niteliğinde ise hekimin 6098 s. TBK m. 49'un şartları mevcutsa haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Hekimin sözleşme dışı sorumluluğundan söz edebilmek için; -Hastaya yönelik hukuka aykırı bir fiilin olması, -Hastanın zarara uğramış olması, -Hekimin kusurlu olması, -Hekimin kusurlu davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir⁶²¹.

⁶²⁰ Sait Güran, **Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, 12-13 Mart, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.77; M. Savaş Bayındır, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:9, S:1-2, 2007, s.562; Subaşı, **a.g.e.**, s.149.

⁶²¹ Nuriye Savaş, “**Hekimin Tazminat Sorumluluğu**”, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10-17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, s.158; Özdemir, **a.g.e.**, s.172-173.

2. Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğunun Koşulları

a. Hastaya Yönelik Hukuka Aykırı Bir Fiilin Mevcudiyeti

Kusura dayanan sözleşme dışı sorumluluğun ilk şart hukuka aykırı bir fiildir. Fiil yapmak veya yapmamak şeklinde ortaya çıkan iradi nitelikte ihmali veya icrayı kapsayan maddi bir eylemdir. Hekimin sorumluluğuna yol açan fiil olumlu ya da olumsuz bir şekilde ortaya çıkabilir. Hekimin olumlu veya olumsuz bir fiilinin olmaması sorumluluğunun da olmayacağını ifade eder.⁶²²

Hekimin hastanın vücut ve ruh bütünlüğüne yönelik gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmaması ve hukuka uygun kabul edilebilmesi için hastanın aydınlatılmış rızasının alınmış olması gereklidir.⁶²³

Hukuk düzeninin bireylere vücut bütünlüğünü ve sağlığını korumaya yönelik sağladığı hakların ihlal edilmesi, kişilerin zararlardan korunmasına yönelik emir ve yasaklara uyulmaması halinde hukuka aykırı bir fiilden söz edilebilecektir.⁶²⁴ İhlal edilen varlığın hukuken korunan bir değer olması ve meydana gelen zarar ile ihlal edilen değer arasında hukuka aykırılık bağının mevcut olması gerekmektedir.⁶²⁵ Hukuka aykırılık yalnızca kanuna aykırılık olarak değil; yönetmelik, tüzük gibi tüm yasal mevzuata aykırılık olarak anlaşılmalıdır.

Kanun koyucu hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumları Türk Borçlar Kanunu madde 63'te zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal

⁶²² Yapmak şeklindeki icra fiiller olumlu fiili, yapmamak şeklindeki ihmali fiiller de olumsuz fiiller olarak ifade edilir. Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, s.361; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2020, s.161; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s.288; Özcan Günergök/Şaban Kayıhan, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, İstanbul, Umuttepe Yayınları, 2020, s.378; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.187; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.167; Eren, **Borçlar Genel**, s.584; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.15; Mustafa Tiftik, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s.46; Özdemir, **a.g.e.**, s.173.

⁶²³ Kahraman, **Medeni Hukuk**, s.479; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.32.

⁶²⁴ Sarıbaş, **a.g.e.**, s.32.

⁶²⁵ Funda Çelebi, **"Haksız Fiil Sorumluluğu"**, (Unsurular, Tazminat, Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller, Zamanaşımı, Yargılama), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları- II, İstanbul Barosu Yayınları, 28 29 Nisan 2012, ss.13-28, s.14; Ayan, **Genel Hükümler**, s.290; Nomer, **a.g.e.**, s.161-162; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.364; Eren, **Borçlar Genel**, s.662-663; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.16; Tiftik, **a.g.e.**, s.47; Özdemir, **a.g.e.**, s.173; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.188.

yarar⁶²⁶, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması ve zorunluluk hâlleri olarak düzenlemiştir.

Bulaşıcı hastalıkların önlenmesi amacıyla kişinin vücut bütünlüğüne rızası dışında daha üstün bir kamusal yararın gerçekleştirilmesi için aşı yapılması halinde söz konusu bu tıbbi müdahale hukuka uygun kabul edilecektir⁶²⁷.

b. Hukuka Aykırı Fiilin Bir Zarar Meydana Getirmesi

Hekimin tazminat sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için hekimin hukuka aykırı fiilinin hastanın ruhsal ve bedensel bütünlüğünde maddi –manevi zarara yol açmış olması gerekmektedir⁶²⁸. Zarar hekimin sorumlu olabilmesi ve tazminat ödemekle yükümlü olabilmesi için en temel unsuru teşkil etmektedir.

Haksız fiilden kaynaklı bir zarar meydana geldiğinde doğrudan zararların tazmin edilmesi mümkün iken yansıma zararların tazmini destekten yoksun kalma ve manevi tazminat şeklinde ki iki istisnai durum haricinde mümkün değildir⁶²⁹. Hastanın haksız fiilden kaynaklı doğrudan veya dolaylı zararlarına ve yansıma zararlarına örnek olarak tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması veya kaybedilmesi, eşin veya yakının sağlığının bozulması ya da ölmesi nedeni ile destekten yoksun kalınması, ölüm sebebi ile yapılan cenaze masrafları verilebilir. Bunlar maddi zarar olarak nitelendirilmektedir. Hekimin tedavi hatası sonucunda hastanın yaşama istek ve hevesinde önemli derecede azalma meydana gelmesi hâli ise manevi zarara örnek olarak gösterilebilir⁶³⁰.

⁶²⁶ Yargıtay’a göre annenin yaşamının kurtarılması için ile bebeğin düşürülmesi, çocuğun ebeveynlerinin rızası dışında aşılması hallerinde olduğu gibi kişinin rızası olmasa bile kamusal yararın ağır bastığı hallerde yapılan tıbbi müdahale hukuka uygun kabul edilecektir. Y. 2. HD’nin 13.05.2015 tarih ve 2015/637 E.,2015/10057 K. Aktaran: Sarıbaş, **a.g.e.**, s.33, dpnt. 100.

⁶²⁷ Ahmet Saltık, **Aşı Reddinin Sağlık Hukuku Boyut**, Erişim Adresi:<https://deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/asireddipaneli/asireddininsaglikhukukuboyutu.pdf>, E.T:08.05.2023.

⁶²⁸ Elif Özdemir, **a.g.e.**, s.65; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.168; Tiftik, **a.g.e.**, s.51; Özdemir, **a.g.e.**, s.175; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.36.

⁶²⁹ Zarar malvarlığında eksilme şeklinde maddi olabileceği gibi ruh sağlığında bozulma şeklinde manevi olarak meydana gelebilir. Sarıbaş, **a.g.e.**, s.36.

⁶³⁰ Yörtem, **a.g.m.**, s.147-151; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.37.

Hekimlerin, hastalara iyileşme garantisi verme gibi bir yükümlülüğü olmadığı gibi hastanın iyileşme neticesinin gerçekleşmemesinin varlığı da tek başına bir zarar olarak kabul edilmeyecek ancak hastanın iyileşmemesi hali hekimin kusurlu davranışından kaynaklanıyor ise bu halde zararın varlığından söz edilebilecektir. Örneğin hastanın diş ağrısı sebebi ile diş hekimine başvurması ancak dişindeki çürük sebebi ile yapılan dolguya rağmen dişinin ağrısının geçmemesi halinde tedaviye rağmen bir iyileşme neticesi alınamamış olmaktadır. Hastanın başka bir diş hekimine gitmesi ve çürüğün kanala kadar ilerlediği tespit edilmesi üzerine yapılan kanal tedavisinde hastanın dişindeki ağrının ortadan kalması ve tedavinin başarılı olarak iyileşme neticesini vermesi halinde söz konusu bu iyileşme, çürük teşhisi konularak buna göre tedavisi yapılan bir önceki tedavi açısından tek başına zarar olarak kabul edilmez. Ancak önceki tedavinin başarısız olmasında diş röntgeninin çekilmeyerek çürüğün kanala kadar ilerlediğinin tespit edilmemesi gibi vb. hekiminin sorumluluğunu doğuracak bir kusur varsa o zaman hastanın zararından ve hekimin tazminat yükümlülüğünden bahsedilebilecektir⁶³¹.

Haksız fiilden dolayı zarara uğradığını iddia eden taraf zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükümlülüğündedir. Tıp Hukuku açısından ise hekimin meslek etik ve krallarına aykırı hareketi kusur unsuruna karine teşkil edeceğinden hastanın hekimin meslek etik ve kuralların aykırı hareket ettiğini ispat etmesi yeterli olacaktır⁶³².

c. Kusurlu Bir Davranışın Mevcut Olması

Kusur, hukuk düzeni tarafından hoşgörülme, kınanan birdavranış şekli olup⁶³³ kusurlu davranış aynı zamanda hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edilir.⁶³⁴

⁶³¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.875; Özdemir, **a.g.m.**, s.175.

⁶³² Sarıbaş, **a.g.e.**, s.37.

⁶³³ Habip Oğuz, “Sorumluluk Hukukunda Kusur”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C:7, S:28, s.273-286; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.34.

⁶³⁴ Kusurlu olmayan fiilin hukuka aykırılık özelliği yoktur. Günergök/Kayhan, **a.g.e.**, s.407; Nomer, **a.g.m.**, s.178; Özdemir, **a.g.e.**, s.175; Eren, **Borçlar Genel**, s.643; Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.403-404; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.58; Ayan, **Genel Hükümler**, s.313.

Sorumluluk hukuku açısından kusur unsuru kast ve ihmal olarak iki şekilde ortaya çıkmakta olup bu şekildeki ayırım tazminat miktarının belirlenmesinde önem kazanmaktadır⁶³⁵.

Kast hukuka aykırı neticenin bilinmesi ve bu neticenin gerçekleşmesinin istenmesi, ihmal ise hukuka aykırı netice istenmemekle birlikte meydana gelmesine engel olmak hususunda gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesidir. Hekimin tedavi süresini gerekmediği halde daha fazla ücret alabilmek için uzatması, gerekli olmadığı halde ameliyat, anjiyo yapması kasıtlı davranışa, ameliyat sırasında hastanın vücudunda gazlı bez, makas gibi yabancı madde unutulması ise ihmali davranışa örnek teşkil etmektedir⁶³⁶.

Hekimin hukuken sorumlu olabilmesi için kusurlu olması gerekmektedir. Kusur objektif kusur ve subjektif kusur olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkar. Objektif kusur, aynı durumda şartlarda bulunan orta seviyede bilgi ve tecrübe sahibi tedbirli bir hekimin göstereceği dikkatli ve özenli davranış biçiminin gösterilmemesidir. Subjektif kusur ise, hekimin isnat kabiliyetine sahip olması, yani kusurlu davranıştan hekimin sorumlu olabilmesi, kusurlu davranışın hekime yüklenebilmesidir. Hekimin isnat kabiliyetinden söz edebilmek için onun temyiz kudretine de sahip olması gerekmektedir⁶³⁷.

Hekimin hukuki sorumluluğu açısından meslek kusuru kavramı karşımıza çıkmaktadır. Meslek kusuru sadece meslek ilke ve kurallarına aykırı hareket değil aynı zamanda hekimin sahip olduğu tıbbi bilgi ve tecrübesine göre tıbbi müdahale esnasında gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olması anlamına gelmektedir⁶³⁸.

⁶³⁵ Oğuz, **a.g.m.**, s.282; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.34.

⁶³⁶ Sarıbaş, **a.g.e.**, s.34.

⁶³⁷ Eren, **Borçlar Genel**, s. 101,644; Özdemir, **a.g.e.**, s.176; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.873; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.100-101; Ayan, **Genel Hükümler**, s.313-314.

⁶³⁸ Hekimin meslek kusuru tıbbi müdahalede bulunurken objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesinde meydana gelmektedir. Atiye Uygur, "Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:144, s.379; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.35.

d. Kusurlu Davranış İle Hastanın Uğradığı Zarar Arasında Uygun İlliyet (Nedensellik) Bağının Bulunması

İlliyet bağı tazminat sorumluluğu açısından en temel şart olup hekimin sorumluluğu açısından da en önemli şarttır. Hekimin uyguladığı tıbbi müdahaleden doğan zarardan sorumlu olabilmesi için yalnızca özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olması yeterli olmayıp hekimin kusurlu davranışı ile hastanın uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir⁶³⁹.

İlliyet bağı mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin kusuru sebepleri ile kesildiği hallerde hekimin sorumluluğu söz konusu olmaz⁶⁴⁰.

Hekimin haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğunda hukuka aykırı fiilin genel hayat tecrübelerine, hayatın ve olayların olağan akışına göre sebep olabileceği zararlı neticelerinden sorumlu olacaktır⁶⁴¹.

İlliyet bağının tespitinde kullanılan ölçüt hekimin tıbbi müdahaleyi özenli bir şekilde gerçekleştirmiş olması durumunda zararlı neticenin kesin olarak meydana gelmeyecek olmasıdır^{642, 643}.

⁶³⁹ Özdemir, **a.g.e.**, s.176-177; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.110-111. Görevli hekim, tıbbın gerektirdiği tedavi ve müdahaleyi yapmamış ve bundan dolayı hasta hayatını kaybetmişse, görevli hekimin fiili ile ölüm neticesi arasında illiyet bağının varlığı kabul edilir ve hekim kusuru oranında ölüm neticesinde oluşan davacı zararlarından sorumlu olur. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.875; Doktrinde illiyet bağı kavramını yetersiz bularak bunun yerine hukuka aykırılık bağı kavramının kullanılması gerektiğini ileri süren görüş bulunmaktadır. Bahsi geçen görüşe göre zarar ile haksız fiil arasında illiyet bağı yeterli olmayıp hukuka aykırılık bağının da olması yani zararın kanuni bir normla koruma kapsamında olması gereklidir. Bu görüş için bkz: Ece Sindel, “Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C:11, S:119, s.243-255; Bu konuda ayrıca bkz: Haluk Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları-Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, Ankara 1977; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.38.

⁶⁴⁰ Kılıç Güneş, **a.g.e.**, s.81; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.38.

⁶⁴¹ Sarıbaş, **a.g.e.**, s.38.

⁶⁴² Mustafa Emir Üstündağ, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:2, S:2, s.87-93; Sarıbaş, **a.g.e.**, s.40.

⁶⁴³ Özdemir, **a.g.e.**, s.177; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1064; Ağır şekilde yaralanmış veya hastalığı çok ilerlemiş olan bir hastanın tedavisinde olduğu gibi bazı olaylarda hekimin kusurlu davranışı ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı kolayca belirlenemez. Bu nedenle bu tarz olaylarda illiyet bağının bulunup bulunmadığının ispatı bakımından kuvvetli bir ihtimal yeterli sayılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.112.

3. Sözleşme Dışı Sorumluluğun Çeşitleri

Sözleşme dışı sorumlulukdörde ayrılmaktadır; Bunlar haksız fiil sorumluluğu, sebep sorumluluğu (kusursuz sorumluluk), vekaletsiz iş görmeden doğan sorumluluk ve culpa in contrahendo sorumluluğudur.

a. Haksız Fiil Sorumluluğu ve Esasları

Haksız fiil sorumluluğu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 49-76 maddeleri arasında düzenlenmiş⁶⁴⁴ olup 6098 sayılı TBK madde 49 uyarınca; *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”*⁶⁴⁵ Haksız fiil sorumluluğu bir kimsenin kusurlu ve hukuka aykırı bir fiili bir başka kimseye sözleşme ilişkisi dışında vermiş olduğu zararın tazmini öngören sorumluluk türüdür⁶⁴⁶

Haksız fiilden kaynaklanan tazmin sorumluluğu genel bir sorumluluk türü olup bu sorumluluğun kurucu unsuru kusur olarak kabul edildiği için bu sorumluluk türüne kusur sorumluluğu da denilmektedir⁶⁴⁷. Hekimin tıbbi müdahale sebebi kaynaklı haksız fiil sorumluluğu da kusura dayanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu madde 49’a göre, haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için hukuka aykırı bir fiil, hukuka aykırı bu fiil ile bir kişiye zarar verilmesi ve zarar verenin yani failin kusurlu olması, failin hukuka aykırı fiili ile meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağının da bulunması gerekmektedir⁶⁴⁸.

Hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu haldeteşhis ve tedaviye yönelik tıbbi müdahale aynı zamanda kişinin kişilik hakkı kapsamında yer alan vücut bütünlüğü ve sağlığına yönelik müdahale de teşkil ettiği için

⁶⁴⁴ Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.185-186.; Özdemir, **a.g.e.**, s.178.

⁶⁴⁵ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.49.

⁶⁴⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.14.

⁶⁴⁷ Eren, **Borçlar Genel**, s.516; Özdemir, **a.g.e.**, s.177.

⁶⁴⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.14; Özdemir, **a.g.e.**, s.177-178; Subaşı, **a.g.e.**, s.134; Mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru veya hastanın kendi kusuru halinde fiil ile zarar arasında illiyet bağını kesilecek ve hekimin haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.10.

sözleşmeye aykırı davranış aynı zamanda haksız fiil de teşkil etmektedir.⁶⁴⁹ Bu durumda hekimin sözleşme kaynaklı sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu yarışacak yani sebeplerin yarışması söz konusu olacak ve hasta, hekime karşı açacağı tazminat davasını isterse Türk Borçlar Kanunu m. 49 ve devamı maddeleri uyarınca haksız fiile isterse Türk Borçlar Kanunu m. 112 ve devamı maddeleri uyarınca sözleşmeye aykırılık esaslarına dayandırabilecek⁶⁵⁰ ve bunlardan birinin seçilerek zararın tazmin edilmesi durumunda diğer seçimlik hak ortadan kalkacaktır⁶⁵¹. Türk Borçlar Kanunu m. 60'a göre sorumluluğun birden fazla nedene dayanması halinde, hâkim, zarar görenin yani hastanın zararını en iyi şekilde karşılama olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir⁶⁵².

Haksız fiil sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğunun birlikte bulunduğu bir uyuşmazlıkta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda öncelikle uyuşmazlığın hukuki nitelendirmesinin tespitinin önemi vurgulanmış ve uyuşmazlığın hukuki niteliğinin tespitinden sonra o hukuki kuruma ilişkin kuralların ve ilkelerin uygulanacağı belirtilmiştir⁶⁵³.

Hastanın hekime karşı açacağı tazminat davasını ister haksız fiile isterse sözleşmeye aykırılığa dayandırması tazminat miktarı hesaplanırken çok önemli bir fark yaratmamakta nitelendirme hukuki ilişkinin niteliği, kusuru ispat yükü, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk ve zamanaşımı açısından önem arz etmektedir. Sözleşmeye aykırılık halinde ispat külfeti hekime ait olup yine sözleşmeye aykırılık halinde zamanaşımı süresi 10 yıldır. Haksız fiil sorumluluğuna dayanıldığı taktirde ise ispat yükümlülüğü hastaya ait olup, hastanın haksız fiilin mevcudiyetini ve bu kapsamda zararı, hekimin kusurunu ve aralarındaki illiyet bağıını ispat etmesi

⁶⁴⁹ Yördem, **a.g.m.**, s.129-155; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.50; Murat Doğan, **Psikiyatristlerin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara Barosu IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2012, s.39; Güneş Kılıç, **a.g.e.**, s.80.

⁶⁵⁰ Yılmaz, **a.g.e.**, s.179; Özdemir, **a.g.e.**, s.179; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.61; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.50; Mehmet Demir, **Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayırımı**, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, 2009, s.270; Zafer Kahraman, "Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu", **Banka ve Finans Hukuku Dergisi**, C:8, 2019, s.32, Yördem, **a.g.m.**, s.136.

⁶⁵¹ Fulya Çankaya, **Estetik Diş Hekimliği ve Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.249; Özdemir, **a.g.e.**, s.179.

⁶⁵² Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.50.

⁶⁵³ Yargıtay HGK'nın 11.12.2022 tarih ve 2002/13-1011 Esas, 2002/1047 Karar, Aktaran: Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.51.

gerekecektir. Haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı süresi Türk Borçlar Kanunu m. 72’de düzenlenmiş olup bu maddeye göre haksız fiil sebebi ile tazminat talebi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her halükarda haksız fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır.⁶⁵⁴.

Hekimin haksız fiili ölüme sebebiyet vermiş ise meydana gelen zarar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 53 kapsamında tazmin edilecektir. Ölüm halinde; cenaze giderleri, ölenin desteğinden yoksun kalan yakınlarının uğradığı zarar, ölüm hemen gerçekleşmemiş ise tedavi için yapılan giderler, çalışma gücünün azalmasından veya kaybindan doğan zararların tazmini gerekecektir. Hekimin haksız fiili sonucu kalan bedensel zarar meydana gelmiş ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 54 kapsamında tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya kaybindan doğan zararlar, ekonomik geleceğin sarsılması sebebi ile oluşan zararlar giderilecektir⁶⁵⁵.

Hekimin hukuka aykırı fiili neticesinde hastanın kişilik hakları ihlali sebebi ile yaşadığı elem, acı, ızdırap ve yaşama sevincindeki eksilme nedeniyle meydana gelen zarar manevi zarar olarak telakki edilecek ve bu zarar manevi tazminatın konusunu oluşturacaktır⁶⁵⁶.

b. Kusursuz Sorumluluk (Sebep Sorumluluğu) Hali ve Esasları

Sorumluluğun esası kusur olmakla birlikte gerek sosyal gelişmeler ve sosyal hukuk devletine geçişin etkisi gerekse teknoloji ve tıp biliminin geldiği aşama kusur sorumluluğunun yetersiz kalması sonucunu doğurmuş ve kusurun bulunmadığı bazı durumlarda da sorumluluğun olacağı kabul edilmiştir. Kusurun bulunmadığı bu tür sorumluluğa sebep sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk denilmektedir⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ Özay, **a.g.e.**, s.113-114; Tazminatın sebebi ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiil ise daha uzun olan bu zamanaşımı süresi geçerli olacaktır. Özdemir, **a.g.e.**, s.180.

⁶⁵⁵ Çankaya, **a.g.e.**, s.258; Özdemir, **a.g.e.**, s.180-181; Yılmaz, **a.g.e.**, s.125-126.

⁶⁵⁶ Özay, **a.g.e.**, s.119-120; Özdemir, **a.g.e.**, s.181.

⁶⁵⁷ Doktrinde kusursuz sorumluluk hallerini “*tehlike sorumluluğu*” ve “*olağan sebep sorumluluğu*” şeklinde ikili ayırıma tabi tutan görüşün yanında “*hakkaniyet sorumluluğu*”, “*tehlike sorumluluğu*” ve

Kusursuz sorumluluk, kişinin zararın meydana gelmesinde şahsen bir kusuru olmasa bile sorumluluğunun bulunması halidir. Bu sorumluluk türünde ortaya çıkan zarardan sorumluluk açısından kusur kurucu unsur olmaktan çıkarılmakta ve sorumluluğa yol açan olay ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı yeterli görülmektedir. Sebep sorumluluğu teorisinde sorumluluk doğuran olay ön sıraya, olayı gerçekleştiren kişinin kişiliği ise geri plana atılmakta ve sorumlunun subjektif niteliği mümkün olduğunca geriye itilmektedir⁶⁵⁸.

Kusursuz sorumluluk türleri Türk Borçlar Kanunu madde 66 uyarınca hekimin işveren yani istihdam eden olarak yanında çalıştırdığı kişilerin eylem ve işlemleri neticesinde meydana gelen zarar sebebi ile sorumluluğu ve Türk Borçlar Kanunu madde 116 uyarınca hekimin yardımcı kişilerin fiillerinin sebep olduğu zararlardan sorumluluğu, özel hastane işleticisinin hizmet sözleşmesi ile çalışan personelinin eylem ve işlemleri neticesinde meydana gelen zarar sebebi ile sorumluluğu, teşhis ve tedavi cihazlarının kurulumlarındaki hatalar ya da bakım eksikliklerinden kaynaklanan zararlardan sorumluluğu şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁶⁵⁹.

Özel bir kliniği olan hekimin işveren sıfatı ile o klinikte çalıştırdığı kişinin (hekim-hemşire, hastabakıcı vb.) aydınlatılmış onamı olmadan hastaya tıbbi müdahalede bulunması neticesinde hastanın uğradığı zarardan sorumlu olması örneğinde olduğu gibi hekim yanında istihdam ettiği çalışanın verdiği zarardan adam çalıştıran yani istihdam eden sıfatı ile Türk Borçlar Kanunu madde 66 uyarınca sorumlu olacaktır. Hekimin bu sorumluluk hali kusursuz sorumluluk olup⁶⁶⁰ hekimin çalıştırdığı kişinin hastayı aydınlatma veya onam alma yetkisinin bulunup bulunmamasının hekimin hukuki sorumluluğu açısından bir önemi yoktur⁶⁶¹. Bu sorumluluk türünde adam çalıştıran hekime yardımcı kişiler üzerinde objektif ve genel nitelikte bir özen, denetim ve gözetim yükümlülüğü yüklenmiş olup adam

“nezaret ve ihtimam(gözetim ve özen) gösterme yükümünden doğan sorumluluk” şeklinde üçlü ayırıma tabi tutan görüş de mevcuttur. Subaşı, **a.g.e.**, s.135.

⁶⁵⁸ Subaşı, **a.g.e.**, s.135; Mustafa Kılıçoğlu, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Uyarlı Tazminat Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2014, s.19; Özpınar, **Sorumluluk Türleri**, s.58.

⁶⁵⁹ Özpınar, **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama**, s.82-83; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.218; Özdemir, **a.g.e.**, s.181.

⁶⁶⁰ Subaşı, **a.g.e.**, s.137; Özdemir, **a.g.e.**, s.181-182.

⁶⁶¹ Subaşı, **a.g.e.**, s.137.

çalıştırmanın yani istihdam eden hekimin gözetim, denetim ve özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek yardımcısının işin görüldüğü sırada başkasına zarar vermesi halinde bu zarardan adam çalıştırıcı sıfatı ile sorumlu olması hususuna dayanmaktadır⁶⁶².

Hekimin adam çalıştırıcı sıfatı ile 6098 sayılı TBK madde 66 anlamında sorumlu olabilmesinin birinci şartı yardımcı şahısla hekim arasında bir bağımlılık ilişkisinin olması, yardımcı şahsın hekimin işlerini, onun gözetimi altında emir ve talimatı ile yapması gereklidir. Bu tarz bir ilişki sözleşme ilişkisi olabileceği gibi sözleşme dışı bir ilişki de olabilir ve bağımlılık ilişkisinin devamlılık niteliğinin olup olmaması veya ivazlı olup olmamasının bir önemi yoktur⁶⁶³. Hekimin adam çalıştırıcı sıfatı ile 6098 sayılı TBK madde 66 anlamında sorumlu olabilmesinin ikinci şartı istihdam edilen şahsın hizmetini yerine getirirken hukuka aykırı bir davranış ile zarar vermesi ve bu zararın çalıştırılan kişi tarafından işin görülmesi esnasında meydana gelmiş olmalıdır⁶⁶⁴. Hekimin adam çalıştırıcı sıfatı ile 6098 sayılı TBK madde 66 anlamında sorumlu olabilmesinin üçüncü şartı Türk Borçlar Kanunu madde 66/2 kapsamına bir kurtuluş beyyinesi mevcut olmamalı yani hekim zararın ortaya çıkmasını engellemek için gerekli tüm dikkat ve özeni objektif olarak göstermiş olduğunu ispat edememiş olmalıdır. Hekim örneğin tıbbi faaliyeti gerçekleştiren hemşirenin gerek seçiminde gerekse talimat verilmesinde gerekli özen ve dikkati gösterdiğini, hemşirenin tıbbi faaliyete uygun yetenek, bilgi ve beceri ve tecrübeye sahip olduğunu bu hususta gerekli sınavların yapıldığını ispat ederek sorumluluktan

⁶⁶² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.06.2004 tarih ve 2004/13-291 E., 2004/370 K. sayılı kararında; *“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 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.”* demek suretiyle hekimin ve özel hastane işleticisinin açısından kusursuz sorumluluğun hal ve şartlarına ilişkin görüşünü bildirmektedir. Subaşı, **a.g.e.**, s.137.

⁶⁶³ Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998, s.114; Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, 1. Baskı, Ankara, 1981, s.56; Subaşı, **a.g.e.**, s.138.

⁶⁶⁴ Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s.114; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s.56; Subaşı, **a.g.e.**, s.138.

kurtulabilir. Hekim bütün dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesine engel olamayacağını ispat ederse de sorumluluğu ortadan kalkar⁶⁶⁵.

Hekimin hastaya ödediği tazminat için kusuru oranında istihdam ettiği kişiye rücu etme hakkına sahiptir⁶⁶⁶.

Hastaya tıbbi müdahalenin hekim tarafından bizzat gerçekleştirilmesi gerekli ise de hekim tıbbi müdahalede bulunurken örneğin hastanın ameliyata hazırlanması, hastaya iğne yapılması, vücudunda kan alınması, serum verilmesi, ameliyathaneye ilişkin temizlik ve sterilizasyon hizmetlerinin yapılması, röntgen, MR, tomografi çekimi gibi tedaviye ilişkin işlerin bir kısım işlemlerin yapılmasını yardımcı kişilere bırakabilir⁶⁶⁷. Hekimin yardımcı kişilerin fiilinden doğan zarardan sorumluluğu da kusursuz sorumluluktur. Böyle bir durumda söz konusu yardımcı kişilerin kusuru ile hastaya verdikleri zarardan Türk Borçlar Kanunu madde 116 uyarınca hekim kusursuz olarak sorumlu olacaktır⁶⁶⁸.

Hekimin yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olması için hasta ile yardımcı kişiyi kullanan hekim arasında bir borç ilişkisi olmalı, hastanın uğradığı zarar ile yardımcı kişinin eylemi arasında illiyet bağı bulunmalı, zarar yardımcı kişinin hukuka aykırı fiilinden ve tedavi hizmetinin görülmesi sırasında hizmetle ilgili olarak meydana gelmelidir⁶⁶⁹.

Hekimin yardımcı kişilerin fiilinden doğan zarardan sorumluluğunda kurtuluş beyyinesi mevcut olmadığı gibi hekimlik mesleği uzmanlık gerektiren ve kanun veya yetkili makamın izni ile yürütülen bir faaliyet olduğu için hekimin yardımcı kişilerin fiilinden doğan zarardan sorumlu olmayacağı yönündeki sorumsuzluk anlaşmaları da kesin olarak hükümsüzdür⁶⁷⁰.

Hekimle yardımcı kişi arasında sözleşme mevcutsa hekim hastaya ödediği zararı bu sözleşme ilişkisine dayanarak yardımcı kişiye rücu edebilir. Sözleşmenin

⁶⁶⁵Özpınar, **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama**, s.84; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s.115; Subaşı, **a.g.e.**, s.138.

⁶⁶⁶ Subaşı, **a.g.e.**, s.138.

⁶⁶⁷Subaşı, **a.g.e.**, s.139; Hemşire, röntgen asistanı, laborant, hastabakıcı, anesteziist, tıp öğrencileri, asistan hekimler yardımcı kişi sayılırlar. Işık, **a.g.e.**, s.129.

⁶⁶⁸ Özdemir, **a.g.e.**, s.182.

⁶⁶⁹ Zarife Şenocak, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara 1995, s.170 vd. ; Subaşı, **a.g.e.**, s.139; Subaşı, **a.g.e.**, s.139.

⁶⁷⁰ Subaşı, **a.g.e.**, s.141.

olmadığı durumda yardımcı kişinin fiili haksız fiil teşkil ediyorsa diğer şartların bulunması halinde haksız fiil hükümlerine göre hekim yardımcı kişiye rücu edebilir⁶⁷¹.

Hekimin tıbbi müdahale sırasında kullandığı araç ve gereçlerin bakımının eksik olması, hatalı kurulmuş veya tamir edilmiş olması sebebi ile hastanın zarar görmesi halinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 69 uyarınca yapı eserinin sorumluluğu kapsamında kusursuz olarak sorumlu olabilir⁶⁷².

Hastanın tedavi için kullandığı ilaçtan dolayı sorumluluk esas olarak ilaç firmasına ait olmakla birlikte hekim, ilaç hakkında tüm bilgileri ve kullanım detaylarını hastaya eksiksiz olarak aktarmak zorundadır. Hekim, ilacın olası yan etkilerini hiç veya gereği gibi açıklamaması gibi hastaya bilgi vermede gerekli özeni göstermez ise bu durumun meydana getireceği zarardan sorumlu olacaktır. İlacın içerisinde yer alan prospektüsün hasta tarafından okunmamış olması hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak, hastalığa doğru teşhis konulmuş olsa bile verilen ilacın dozunun doğru ayarlanmaması, damar yerine deri altına enjeksiyon halleri gibi ilaç kullanımından kaynaklı hatalar hekim hatası olarak değerlendirilecek ve hekimin sorumluluğuna yol açacaktır⁶⁷³.

Bazen hastanın tıbbi müdahale neticesinde zararı hem 6098 sayılı TBK madde 66 hem de 6098 sayılı TBK madde 116 koşulları birlikte gerçekleşmiş olabilir. Böyle bir durumda hasta zararının giderilmesi hususunda seçimlik hakkı mevcut olup dilerse yardımcı şahsın sorumluluğu hükümlerine dilerse adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine dayanabilir⁶⁷⁴.

Kusursuz sorumluluk tali ve istisnai olup esas olan kusurlu sorumluluk halidir. Önce kusur sorumluluğunun olup olmadığına bakılacak yoksa daha sonra kusursuz sorumluluğun olup olmadığı değerlendirilecektir.

Kusursuz sorumluluğu gerektiren şartların varlığını ispat yükü zarar gören hastaya aittir. Zararın ve tazminat miktarının tespiti, yetkili mahkeme ve zamanaşımı

⁶⁷¹ Subaşı, **a.g.e.**, s.142.

⁶⁷² Özpınar, **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama**, s.85; Özdemir, s.182.

⁶⁷³ Özpınar, **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama**, s.88; Özdemir, **a.g.e.**, s.183.

⁶⁷⁴ Subaşı, **a.g.e.**, s.141.

gibi konularda kanunda aksine hüküm bulunmadıkça kusur sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır⁶⁷⁵.

c. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk Hali

Vekâletsiz iş görme 6098 s. Türk Borçlar Kanunu madde 526'da; "*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.*" şeklinde düzenlenmiştir. Vekâletsiz iş görme sözleşmesi iş görenin başkasına ait bir işi vekâleti olmadan onun yararına olacak şekilde görmesi halinde olduğu gibi gerçek vekâletsiz iş görme sözleşmesi⁶⁷⁶ ve iş görenin başkasına ait bir işi vekâleti olmadan kendi yararına olacak şekilde görmesi halinde olduğu gibi gerçek olmayan vekaletsiz iş görmesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Vekâletsiz iş görmeden söz edebilmek için, bir iş görme, görülen işin başkasına ait olması, iş görenin vekâletinin olmaması ve iş görme iradesinin varlığı mevcut olmalıdır⁶⁷⁷.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, yapılan müdahaleye hasta rıza göstermelidir. Ancak yüksekten düşerek bayılan bilinci kapalı hastaya hekimin müdahalesi⁶⁷⁸ veya trafik kazası geçiren hastaya o sırada orada bulunan hekimin tıbbi müdahalede bulunması⁶⁷⁹ gibi bazı acil durumlarda veya hasta ameliyata alındıktan sonra beklenmeyen bir durum sebebi ile tıbbi müdahalenin kapsamının genişletilmesi zorunluluğunun ortaya çıktığı hallerde hastanın rızasının alınması mümkün olmayacağından bu gibi durumlarda hastanın varsayılan iradesinin söz konusu tıbbi müdahalenin yapılması yönünden olacağı kabul edilecek ve tıbbi müdahale o esnada hastanın rızası olmadan hekim tarafından gerçekleştirilecek ve bu müdahale vekâletsiz iş görme olarak kabul edilerek hekimin sorumluluğunun kapsamı tayin edilecektir⁶⁸⁰.

⁶⁷⁵ Subaşı, **a.g.e.**, s.135.

⁶⁷⁶ Musa Furkan Şahin, "Hekimin Gerçek Vekaletsiz İş görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu", **ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi** 2019, S:1, s.135; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.113; Hekimlerin yaptığı tıbbi, müdahaleler açısından en çok karşılaşılan vekaletsiz iş görme gerçek vekaletsiz iş görmedir. Özdemir, **a.g.e.**, s.183-184.

⁶⁷⁷ Çankaya, **a.g.e.**, s.261; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.113; Özdemir, **a.g.e.**, s.183-184.

⁶⁷⁸ Eren, **Borçlar Özel**, s.897-909; Özdemir, **a.g.e.**, s.184.

⁶⁷⁹ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1000; Özdemir, **a.g.e.**, s.184.

⁶⁸⁰ Yüksel, **a.g.m.**, s.799; Yücel, **a.g.e.**, s.219; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.48.

Vekâletsiz iş görme şeklinde gerçekleşen tıbbi müdahalelerde hekim hastanın ihtimal dâhilinde olan iyileşmesinin sağlanması yönünde davranış sergilerse yapılan tıbbi müdahale hukuka uygun ve haklı kabul edilecektir.⁶⁸¹

Vekâletsiz iş görme sayılan bazı durumlar Hasta Hakları Yönetmeliği'nde düzenleme konusu yapılmıştır. Yönetmeliğin 24. maddesi uyarınca hastanın bilinci kapalı ve rızası alınamıyor ve hayati tehlikesi de mevcut ise bu tarz acil durumlarda veya hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu yerine getiremez hale gelmesine yol açacak bir durumun varlığı halinde, hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunması hastanın rızasına bağlı değildir. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 31 uyarınca tıbbi müdahale esnasında müdahalenin kapsamının genişletilmesi zorunluluğu doğmuş ise ve müdahalenin kapsamı genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu yerine getiremez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi bir gereklilik hâlinde hastanın rızası aranmaksızın tıbbi müdahalenin kapsamı genişletilebilir⁶⁸². Bu durumda tıbbi müdahalenin sonradan genişletilen bölümü için hasta ile hekim arasında bir sözleşme mevcut olmayıp tıbbi müdahalenin sonradan genişletilen bölümü vekâletsiz iş görme olarak kabul edilecektir⁶⁸³.

Şayet hekim yapılacak tıbbi müdahalenin devam eden süreç içerisinde genişletilmesi gerektiğini önceden öngörebiliyorsa bu konuda hastayı mutlaka aydınlatmak ve genişletilecek kısım ile ilgili rızasını almak zorundadır. Hekimin tıbbi müdahalenin genişletmesine dair öngörüsünün tıp biliminin kabul görmüş kural ve ilkelerine de uygun olması gerekmektedir. Buna ek olarak tıbbi müdahalenin genişletilmesi riski, hastanın rızası beklenerek alınacak riskten az olmalıdır⁶⁸⁴.

Vekâletsiz iş görme halinde hekimin sorumluluğu ortadan kalkmaz⁶⁸⁵. Türk Borçlar Kanunu madde 527/1 uyarınca; “*Vekâletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, iş gören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.*” Vekâletsiz iş gören hekim her türlü kusurundan sorumlu olacaktır. Vekâletsiz iş

⁶⁸¹ Özay, **a.g.e.**, s.105; Özdemir, **a.g.e.**, s.184.

⁶⁸² Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.48-49.

⁶⁸³ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1000; Özdemir **a.g.e.**, s.184-185.

⁶⁸⁴ Günday, **a.g.e.**, s.13; Özdemir **a.g.e.**, s.185-186; Şahin, **a.g.e.**, s.153; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.243.

⁶⁸⁵ Seçer, **a.g.m.**, s.137; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.49.

gören hekimin sorumluluğu ile tedavi sözleşmesine dayanarak tıbbi müdahalede bulunan hekimin sorumluluğu arasında bir fark yoktur⁶⁸⁶. Hekim vekâletsiz iş görürken göstereceği özen⁶⁸⁷, sözleşmeye dayalı olarak tıbbi müdahalede bulunduğu sırada gösterdiği özenle aynı olacak⁶⁸⁸ hatta vekâletsiz iş görme hastanın rızası alınmadan gerçekleşen bir durum olması sebebi ile hekimin daha yoğun bir özen borcunun varlığı söz konusu olacaktır⁶⁸⁹. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu madde 527/1 uyarınca hekim veya diğer sağlık personelinin hastanın hayatı ve sağlığı açısından tehlike arz eden bir durumu ortadan kaldırmak için tıbbi müdahalede bulunmaları sebebi ile hastanın uğradığı zararlardan sorumluluğu da hafif olacaktır⁶⁹⁰.

Hekim, hastanın tıbbi müdahaleyi reddettiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde tedaviyi reddetme hali hukuka ve ahlaka aykırı değilse hekimin bu durumda tıbbi müdahalede bulunması halinde meydana gelecek tüm zarardan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu durumda hekimin, tedavinin reddedilmesinin saçma ve hasta açısından objektif olarak faydalı olduğunu ileri sürmesi onu sorumluluktan kurtarmaz⁶⁹¹.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 18’de hekimin hastayı reddetme hakkı⁶⁹² düzenlenme konusu yapılmıştır. Bu maddeye göre hekim ve dış hekimi acil yardım, resmi veya insani bir görevin yerine getirilmesi halleri hariç olmak üzere, mesleki veya kişisel sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir. Hastaya acil durumda

⁶⁸⁶ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.113; Özdemir, **a.g.e.**, s.184.

⁶⁸⁷ Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk ve Özellikle İsviçre-Türk Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme**, Ankara, 1957, s.208; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.49.

⁶⁸⁸ Özay, **a.g.e.**, s.106; Özdemir, **a.g.e.**, s.186.

⁶⁸⁹ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.49.

⁶⁹⁰ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1001; Özdemir, **a.g.e.**, s.186.

⁶⁹¹ Yılmaz, **a.g.e.**, s.189-190; Özdemir, **a.g.e.**, s.187.

⁶⁹² Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 25 uyarınca; “*Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür*”.<https://hekimsen.org/gonderiler/gonderi/detay/hekimin-hastayi-reddetme-hakki/56> E.T: 22.05.2023

müdahale etmek zorunda olan hekimin gereğini yapmaması halinde sorumlu olacaktır⁶⁹³.

d. Culpa İn Contrahendo (Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk) Hali

Culpa in contrahendo sorumluluğu (sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk), sözleşme kurulmadan önceki aşamada sözleşme taraflarından birinin veya yardımcısının sözleşmenin diğer tarafına veya onun koruması altındaki kişiye yönelik, dürüstlük kuralı kapsamında tesis edilmiş güven ilişkisine aykırı davranmak suretiyle vermiş olduğu zarardan doğan sorumluluk demektir⁶⁹⁴. Kanunumuzda özel bir düzenlemesi bulunmamakla birlikte bu sorumluluğun temelini Türk Medeni Kanunu madde 2’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralı oluşturmaktadır⁶⁹⁵.

Sözleşme öncesi görüşmeler esnasında sözleşme henüz kurulmamış ve sözleşme kaynaklı bir zarar da yoktur. Bununla birlikte taraflar arasında sözleşme kurulmamış olsa da bir güven ilişkisi mevcuttur. Bu güven ilişkisi sözleşmenin taraflarına, sözleşmenin görüşmeleri sonrası sözleşmenin kurulup kurulmasına bağlı olmaksızın özen, aydınlatma, koruma ve uyarıda bulunma gibi yükümlülüklerini yerine getirmelerini,⁶⁹⁶ sözleşmenin içerik ve koşulları konusunda birbirlerini doğru bir şekilde bilgi vermeleri, dürüstlük kuralına uymaları, kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek hususunda gerekli dikkat ve özeni göstermelerini ve sözleşmede yer alan borçlarında bağımsız olarak birbirlerinin hak ve menfaatlerini korumalarını ifade eder. Taraflardan herhangi birisi, kusurlu olarak bu

⁶⁹³ Günday, **a.g.e.**, s.10; Özdemir, **a.g.e.**, s.186.

⁶⁹⁴ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s.511; Eren, **Borçlar Genel**, s.1254-1255; Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku(Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, Ankara, 1961, s.403; Nomer, **a.g.m.**,s.437; Günergök/Kayıhan, **a.g.e.**, s.36-37; Özdemir **a.g.e.**, s.187; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.46-47.

⁶⁹⁵ Elif Özdemir, **a.g.e.**, s.36; Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, s.512; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.403; Nomer, **a.g.m.**, s.437; Günergök/Kayıhan, **a.g.e.**, s.36-37; Özdemir, **a.g.e.**, s.187-188; Erol Cansel/Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.315; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s.107; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.47.

⁶⁹⁶ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**,s.47.

yükümlülükler aykırı davranarak güven ilişkisine zarar verirse, meydana gelecek zarardan sorumlu olacaktır⁶⁹⁷.

Hekim-hasta ilişkisinde esas olan sözleşme ilişkisi olmakla birlikte hekimin culpa in contrahendo kapsamında sorumluluğu söz konusu olabileceği gibi sözleşme öncesi gerekli açıklamaların yapılması yükümlülüğünün ihlâlinin varlığı halinde culpa in solvendo sorumluluğu da gündeme gelebilecektir. Hekim sözleşme görüşmeleri esnasında hastaya karşı aydınlatma kapsamında gerekli tüm bilgileri vermemesi⁶⁹⁸ ve yapılacak tıbbi müdahaleden kaynaklanma ihtimali olan zararlı sonuçlar konusunda uyarmaması halinde hekimin culpa in solvendo sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶⁹⁹; kalp damarlarında tıkanıklığı olmadığı halde gereksiz yere anjiyo yapılması örneğinde olduğu gibi hekim hastasını sözleşme görüşmeleri sırasında yapılması gerekli olmayan bir işlem açısından yanıltırsa, hastasına sağlığı ile ilgili yanlış veya yanıltıcı bir bilgi verirse, uzmanlığı olmayan bir konu hakkında uzmanlığı varmış gibi davranırsa hekimin culpa in contrahendo kapsamında sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷⁰⁰. Hekimin muayenehanesine acil müdahale gerektiren bir hastanın gelmesi ve bu hastanın hekimin yardımcı şahsı ile görüşmesi neticesinde hekim tarafından kendisine tıbbi müdahalede bulunulacağı kanaati ile beklemesi, bekleme süresinin makul süreyi aşması bu arada tıbbi müdahalede bulunulmaması ve hastanın şikâyetlerinin artması sebebi ile başka bir tıbbi kuruluşa hastanın başvurmak zorunda kalması ve hastaya daha önceki beklemesi sebebi ile daha kapsamlı bir tıbbi müdahalede bulunulmak zorunda kalınmış olması halinde meydana gelen zarardan dolayı gecikmeye sebep olan ilk başvuru hekimin culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷⁰¹.

Hasta ile hekim veya hasta ile hastane arasında sözleşmenin kurulmadığı aşamada yan sözleşme görüşmeleri sırasında hastanın tıbbi hizmet verilmesi talebinin

⁶⁹⁷ Subaşı, **a.g.e.**, s.125; Özdemir, **a.g.e.**, s.188; Firdevs Arslan, **a.g.m.**, s.420; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.47.

⁶⁹⁸ Subaşı, **a.g.e.**, s.126.

⁶⁹⁹ Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği böyle durumlarda culpa in contrahendo bulunsu dahi culpa in solvendo'nun (sözleşmenin ödenmesinde kusurun) varlığı culpa in contrahendo kurallarını uygulama dışı bırakacak ve culpa in contrahendo sorumluluğu ikinci planda kalacaktır. Ayfer Kutlu Sungurbey, **Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar**, İstanbul 1988, s.113.

⁷⁰⁰ Elif Özdemir, **a.g.e.**, s.37; Özdemir, **a.g.e.**, s.188.

⁷⁰¹ Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.47.

reddedilmesi ve bu sebeple hastanın yaşamının tehlikeye girmesi hali insan haklarına aykırılık teşkil ettiği gibi aynı zamanda culpa in contrahendo sorumluluğunu da oluşturmaktadır⁷⁰². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde görülen Asiye Genç/Türkiye davasında prematüre doğan bebeğin farklı hastanelere sevk edildiği ancak sevk yapılan hiçbir hastane tarafından kabul edilmediği ve birkaç saat sonra da bebeğin yaşamının sona ermesi olayında mahkeme yaşam hakkının ihlal edildiği yönünde hüküm kurmuştur⁷⁰³.

Hekimin culpa in contrahendo sebebi ile meydana gelen zarardan sorumlu olduğunu ispat yükü hastaya değil; hekime ait olup; hekim,culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açan bir fiilin olmadığını ispat etmek zorundadır.⁷⁰⁴

Haksız fiil sorumluluğunun şartları ile culpa in contrahendo sorumluluğunun şartlarının aynı olayda gerçekleşmesi ve haksız fiil sorumluluğu ile culpa in contrahendo sorumluluğunun yarışması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda zarar gören kişi zararının tazmini talebini isterse isterse haksız fiil sorumluluğuna isterse, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayandıracaktır. Culpa in contrahendo sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu yanında ikincil (tâli) bir nitelik taşımadığından somut bir olaya haksız fiil hükümlerinin uygulanabilir olması aynı olayda şartları mevcutsa culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanabilirliğine engel olmayacak hatta alternatif oluşturacaktır⁷⁰⁵.

IV. TIBBİ HATA HALİNDE SORUMLULUK SEBEPLERİNİN YARIŞMASI

Bir kişinin bir sorumluluğu birden çok sebebe dayanabileceği gibi zararlı sonuç birden fazla nedenden kaynaklanabilir. Sebeplerin yarışması kenar başlığını taşıyan Türk Borçlar Kanunu madde 60’a göre aynı olayda borç doğuran birden fazla

⁷⁰² Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**,s.48.

⁷⁰³ Selam Karakul, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:3, S:2, 2016, s.181; Asiye Genç/Türkiye, Tarih:27/01/2015, Başvuru No: 24109/07, E.T. 23.05.2023, <http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/asiye-genc-turkiye>; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**,s.48.

⁷⁰⁴ Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, s.490-491; Özdemir **a.g.e.**,s.188-189.

⁷⁰⁵ Huriye Reyhan Demircioğlu, **Culpa In Contrahendo Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s.354-356.

sebeup varsa zarar gören aksini talep etmiş olmadıkça veya kanunda aksi düzenlenmemişse hâkim zarar gören açısından en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir⁷⁰⁶.

Birden fazla sorumluluk nedeninin aynı olayda mevcut olması halinde dava açılırken dava dilekçesinde esas sorumluluğa yol açan olayın belirtilmesi yeterli olacaktır. Davacının maddi vakıayı yani olayı dava dilekçesinde belirtmesi yeterli olup hukuki nitelendirme hâkim tarafından yapılacaktır. Zarara sebep olan olayın hem borca aykırılık hem de haksız fiil teşkil ettiği hallerde 6098 s. TBK m. 66 uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu ile 6098 s. TBK m. 116 uyarınca ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk kurumları yarışabilmekte⁷⁰⁷ bu halde borçluya karşı hem 6098 s. TBK 66 hem de 6098 s. TBK 116 hükümleri uyarınca başvurabilme imkânı doğmaktadır. Zarar her halükarda zarar görenin başvurduğu sorumluluk tiplerinden birine göre tazmin edilecek her iki sorumluluk tipinden hüküm kurulamayacaktır. Bu iki sorumluluk tipinin yarıştığı halde zarar gören davasını 6098 s. TBK madde 66'ya yani adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine dayandırırorsa adam çalıştırın kişi özen yükümlülüğünü yerine getirirse dahi zararın meydana gelmesine engel olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin özel hastane hekimin seçiminde mesleki, ahlaki ve nitelik olarak uygun kişiyi seçmiş, hekime işi ile ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken gerekli özeni gösterdiğini ve buna rağmen zararın meydana geldiğini ispat ederse 6098 s. TBK m. 66 anlamında sorumluluktan kurtulacaktır⁷⁰⁸. Ancak zarar görenin davasını 6098 s. TBK m. 116'ya dayandırması halinde borcun ifasında yardımcı şahıs kullanan borçlunun bu imkânı mevcut olmayıp bu durumda borçlu ancak borcu kendisi ifa etmiş dahi olsa dahi aynı zararın gerçekleşeceğini ve kendisinin de bundan sorumlu tutulamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁷⁰⁹. Yine hastanın vücudunda tıbbi malzeme unutulması sebebiyle hasta tarafından zararının giderilmesi için özel hastane ve hekim aleyhine açılacak davada hâkim vekalet

⁷⁰⁶ Hekimin sorumluluğunun aynı anda birden çok nedene dayanması halinde sebeplerin yarışması hali mevcuttur. Eren, **Borçlar Genel**, s.620, Tandoğan, **Mesuliyet**, s.84; Ayan, **Genel Hükümler**, s.377; Özdemir, **a.g.e.**, s.202-203; Başak Baysal, **Haksız Fiil Hukuku BK 49-76**, 1. Baskı, İstanbul 2019, s.595.

⁷⁰⁷ Gezder, **(TBK.m.66)**, s.58; Yazıcı, **a.g.e.**, s.56.

⁷⁰⁸ Gezder, **(TBK.m.66)**, s.69; Yazıcı, **a.g.e.**, s.56.

⁷⁰⁹ Narter, **Kusursuz Sorumluluk**, s.158; Yazıcı, **a.g.e.**, s.56.

sözleşmesi yani sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil hükümlerinden hangisi davacı hastanın yararına olacaksa o sorumluluk sebebine göre karar verecektir⁷¹⁰.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun madde 3 uyarınca vekâlet ve eser sözleşmelerinin konusu olan tıbbi müdahalelerden kaynaklı uyuşmazlıklar tüketici işlemi sayılmaktadır. Doktrinde, kamu ve diğer tüzel kişilerin sağladığı sağlık hizmetlerinin tüketici işlemi olarak kabul edilebilmesi için bu hizmetten bir ücret alınması ve kazanç elde etme amacının olması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak kamu hastanelerinde ve kamuya ait diğer sağlık birimlerinde kamu hukukundan doğan ve ticari nitelikte olmayan bir sağlık hizmeti tüketici işlemi sayılmadığı gibi 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır⁷¹¹.

Bir hukuki işlemin Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanundan başka bir kanunda düzenlenmiş olması o işlemin Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında bir tüketici işlemi sayılmaması anlamına gelmemektedir. Zira eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve satış sözleşmesi genel olarak Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlemiş olsalar da bu sözleşme kapsamına giren bazı işlemler tüketici işlemi niteliğinde de olabilmektedirler. Bu husus Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun madde.83'te şu şekilde düzenlenmektedir. *"(1)Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. (2) Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez."* 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun madde 83'de yer alan düzenleme tamamlayıcı bir hüküm niteliğine sahip olmak yanında tüketiciyi diğer yasal düzenlemeler göre daha koruyucu hükümler içermektedir⁷¹².

Özel hastane bünyesinde tedavi hizmeti veren hekimin uyguladığı tıbbi müdahalenin bir zarara sebep olması halinde hastane işleticisinin birden fazla sebebe

⁷¹⁰ Özdemir, **a.g.e.**, s.203.

⁷¹¹ Hasan Petek, "Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:15, Özel Sayı, 2013, (Basım Yılı:2014), s.981; Özdemir, **a.g.e.**, s.274.

⁷¹² Gökcan **Tıbbi Müdahale**, s.1088; Petek, **Tıbbi Müdahale**, s.1014; Özdemir, **a.g.e.**, s.204.

dayanan hukuki sorumluluğu söz konusu olabilir⁷¹³. Örneğin hekimin sebep olduğu zarar hastanenin organizasyon kusurunun katkısı ve hekimin fiili ile gerçekleşmiştir. Hastane işleticisi bu durumda hem 6098 s. TBK m. 66 uyarınca adam yani hekimi istihdam edenin sorumluluğu ve 6098 s. TBK madde 116 uyarınca ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk kapsamında hem de hastane ile hasta arasında yapılmış hastaneye kabul sözleşmesinden kaynaklı özen borcunun ihlali sebebi ile 6098 s. TBK m.112 uyarınca sorumlu olacaktır. Görüldüğü üzere bu durumda zarardan sorumlulukta hukuki sebepler yarış halinde olup hasta bu hukuki sebeplerden dilediği birine dayanarak hastane işleticisine karşı zararının tazmini talebinde bulunabilir⁷¹⁴.

V. SORUMLULUĞU KALDIRAN VEYA AZALTAN HALLER

Hekimin tıbbi müdahaleler sebebi ile sorumluluğunun kalkabildiği veya azaldığı bazı haller bulunmaktadır. Bu haller hastanın rızası, komplikasyon, sorumsuzluk anlaşması, mücbir sebep, zarar gören kişinin kusuru, üçüncü kişinin davranışı şeklindedir.

A. Hastanın Rızası ve Kusurunun Etkisi

İnsan vücuduna yönelik olarak yapılan tüm tıbbi müdahaleler kural olarak hukuka aykırı olup hekimin yaptığı tıbbi müdahaleler hukuken yaralama olarak kabul edilmektedir. Bu durum Anayasa ile de düzenleme altına alınmış olup Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesi gereğince tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller dışında rızası alınmadan kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, bilimsel veya tıbbi deneylere maruz bırakılamaz. Tıp hukuku açısından hekimin hastanın vücut bütünlüğü üzerinde yaptığı tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren durum hastanın aydınlatılmış onama dayalı yani serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak

⁷¹³ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.68; Subaşı, **a.g.e.**, s.148.

⁷¹⁴ Yazıcı, **a.g.e.**, s.148.

verdiği geçerli bir rızasının olmasıdır⁷¹⁵. Hastanın rızası tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren hukuka uygunluk sebeplerinden biridir⁷¹⁶.

1219 s. Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 70 uyarınca hekimler ve diş hekimleri her türlü işlemleri için hastanın rızasını almak zorundadırlar. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 31/1 uyarınca hastadan veya kanuni temsilcisinden rıza alınırken tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında açık ve anlaşılır biçimde bilgilendirilip aydınlatılması gerekir. Bu aydınlatma neticesinde eğer hasta tıbbi müdahaleye izin vermez ise o tıbbi müdahale yapılmayacak, hastanın rızası olduğu hallerde ise hastaya aydınlatılmış onam belgesi imzalatılacaktır⁷¹⁷.

Kişinin vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf hakkı yalnız kendisine aittir. Tıbbi müdahaleler ve insan vücudu üzerinde gerçekleştirilecek tüm işlemler de vücut bütünlüğüne yönelik olacağı için, bunların yapılmasına rıza gösterecek, izin verecek kişi yine söz konusu tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişi olacaktır. Bu nedenle, akıl sağlığı ve bilinci yerinde olan bir hastaya kendi rızası dışında tıbbi müdahalede bulunmak, ceza hukuku anlamında müessir fiil, tazminat hukuku anlamında da haksız fiil olarak kabul edilecektir. Tedaviyi reddetmesi halinde hayatını kaybedecek olan kişi dahi yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermek zorunda değildir. Tedavi olmak istemediğini açıkça bildirmesine rağmen hastaya hekim tarafından tıbbi müdahalede bulunulması hukuka aykırıdır⁷¹⁸.

Türk Ceza Kanunu madde 26/2 uyarınca kişinin rızası, genel bir hukuka uygunluk sebebi olup kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak açıkladığı rızası kapsamında işlenen fiilden dolayı o fiili işleyen kimseye ceza verilmez⁷¹⁹.

⁷¹⁵ Aslanova, **a.g.e.**, s.36-37; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.11; Özdemir, **a.g.e.**, s.205; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.324-326; Yılmaz, **a.g.e.**, s.48; Kaya, **Kişilik Hakkı**, s.46; Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.296.

⁷¹⁶ Yılmaz, **a.g.e.**, s.252; Özpınar, **Sorumluluk Türleri**, s.105; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.115.

⁷¹⁷ Anayasa Mahkemesi' 15/10/2015 tarihli 2013/2084 E. numaralı Ahmet Acartürk kararında hastanın tıbbi uygulama, uygulamanın sonuçları ve muhtemel riskleri konusunda tamamen bilgilendirilmemesini Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edilmesi olarak kabul ederek hukuka aykırı bulmuştur. Özdemir, **a.g.e.**, s.206.

⁷¹⁸ Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.11; Özdemir, **a.g.e.**, s.206; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.326-327.

⁷¹⁹ Akyıldız, **a.g.e.**, s.11-12; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.11; Özdemir, **a.g.e.**, s.207; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.203; Aslanova, **a.g.e.**, s.36-37.

Tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler her türlü tıbbi müdahaleye tek başına rıza gösterebilirler. Rıza, şahsa bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan sınırlı ehliyetsizlerin de tek başlarına rıza beyanında bulunabilecekleri kabul edilse de, önemli tıbbi müdahalelerde kanuni temsilcinin de ayrıca yazılı rızasının alınması gereklidir⁷²⁰.

Hastanın rızasının varlığı tıbbi müdahale açısından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilse de tek başına rızanın olması hekimin sorumluluğunun ortadan kaldırmaz. Geçersiz bir rızaya dayalı olarak yapılan tıbbi müdahale her halükarda hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca meydana gelen zarar sebebi ile hükmedilecek tazminatta sadece hastanın rızasının varlığı sebebi ile indirim yapılması da mümkün değildir⁷²¹. Hastanın rızasının tazminatta indirim sebebi olabilmesi için de hastanın rızasının geçersiz olması ve hukuka aykırı durumun kaynağının hastanın rızası olması halinde mümkündür⁷²². Doktrinde şiddetli bir şekilde dişi ağrıyan hastayı dolgu veya kanal tedavisi ile iyileştirme imkânı varken hastanın ısrarları üzerine diş hekimi tarafından dişinin çekilmesi halinde olduğu gibi hasta rızasının geçersiz olduğu hallerde tek başına rızanın varlığının hiçbir şekilde hekimi sorumluluktan kurtarmayacağı⁷²³ ve tazminattan indirim sebebi de olmayacağı yönünde görüşler olduğu gibi⁷²⁴ diğer bir görüş kanuna aykırı olarak organ nakli yapılması, yasal süresi geçtiği halde kürtaaj işleminin uygulanması, hallerinde olduğu gibi hastanın geçersiz rızasının varlığı olayın şartlarına göre tazminattan bir indirim sebebi olarak kabul edilebileceğini ancak hasta rıza göstermesi sebebi ile tazminatın tamamen kaldırılmasının mümkün olmayacağı yönündedir⁷²⁵.

Türk Borçlar Kanunu madde 52 uyarınca tıbbi müdahale neticesinde zarar gören hastanın kusuru⁷²⁶ yani zararın doğmasında veya artmasında hastanın etkisinin olması tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak ve kusurun ağırlığına

⁷²⁰ Sarıal, **a.g.e.**, s.66; Belgesay, **a.g.e.**, s.70; Özdemir, **a.g.e.**, s.207; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.324; Ayan, **Tıbbi Müdahale**, s.11.

⁷²¹ Yılmaz, **a.g.e.**, s.252; Özpınar, **Sorumluluk Türleri**, s.105; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.115; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.128.

⁷²² Yılmaz, **a.g.e.**, s.252; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.115; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.128.

⁷²³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.446-447.

⁷²⁴ Yılmaz, **a.g.e.**, s.276.

⁷²⁵ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.128; Özpınar, **Sorumluluk Türleri**, s.106.

⁷²⁶ Yılmaz, **a.g.e.**, s.253; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.116; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.129.

göre tazminattan indirim yapılabileceği gibi tazminata hiçbir şekilde hükmedilemeyebilecektir. Yargıtay hekim tarafından ameliyat edilen hastanın daha sonra mikro cerrahi alanında tedavi görmesi gerekirken bu tedaviyi yaptırmayan hastanın meydana gelen zararın artmasında payı olması ve zararın sadece hekimin tıbbi müdahalesinden kaynaklanmadığı gerekçesi ile TBK m. 51 gereğince tazminatta indirim yapılması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur⁷²⁷. Yargıtay tazminat miktarını tespit ederken zararın meydana gelmesinde veya artmasında hasta yakınlarının kusurunu da dikkate almaktadır. Yargıtay hastane tarafından verilen hizmet neticesinde ücretin talep edildiği ve ücret ödenmeden hastanın hastaneden ayrılamayacağı ifade edildiği dava konusu bir olayda hastanın ücret konusunda muhatap kılınmasını hasta yakınlarının ağır kusuru olarak kabul etmiş ve tazminat talebinin reddi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur⁷²⁸.

B. Komplikasyon (İzin Verilen Risk)

Komplikasyon, kusur bulunmaksızın gerçekleşen, ortaya çıkabileceği tahmin edilen ancak önüne geçilemeyen, istenmeyen zararlı sonuçlardır⁷²⁹. Hastaya uygulanan standart tedavi esnasında veya tedavi sonrasında, öngörüldüğü halde önlenemeyen, istenmeyen bir zararlı sonuç ile karşılaşılması haline komplikasyon denir. Tıp bilimi kendi içinde riskler içeren ve bu risklere rağmen gerçekleştirilmesine izin verilen bir bilim dalı olup yapılan tıbbi müdahalenin her zaman hasta açısından bir yarar sağlama ve onu tedavi ederek iyileştirme garantisi verilmesi gibi bir durum mümkün değildir. Tıbbi müdahalenin barındırdığı risklerle ilgili olarak hastanın aydınlatılmış ve rızasının alınmış olması halinde, ortaya çıkan komplikasyondan hekimlerin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Komplikasyon ve tıbbi hata kavramları birbirine zıt iki kavram olup komplikasyon tek başına hukuki hatayı ortadan kaldırır ve komplikasyonun olduğu yerde tıbbi hata olmaz.

⁷²⁷ Yarg. 4. HD'nin 07.04.2009 tarih ve 9140/5131 sayılı kararı, Aktaran: Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**,s.117.

⁷²⁸ Yarg. 13. HD'nin 27.02.2006 tarih ve 1533/2454 sayılı kararı, Aktaran: Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**,s.117.

⁷²⁹ Keskinbora, **a.g.m.**,s.48; Er/Topaç/Kaygusuz, s.413; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.328; Özdemir, **a.g.e.**, s.208; Savaş, **Malpraktis**, s.271-272; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.511; Şengül, **a.g.e.**, s.117.

Eğer tıbbi müdahale sonucu hastada meydana gelen zarar bir komplikasyondan kaynaklanmışsa hekimin hukuki veya cezai sorumluluğu doğmaz⁷³⁰.

Komplikasyon gerçekleşmiş ise hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu kural olarak olmamakla birlikte komplikasyon süreci iyi yönetilememişse, hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu nedenle hasta açısından öngörülebilir risklere ilişkin olarak gerekli tedbirlerin alınması, ilaç tıbbi araç-gereç tahsisinin doğru ve planlı bir şekilde yapılması gerekmektedir⁷³¹. Komplikasyon yönetimi iyi yapılmış yani gereken tüm tedbirler alınmış ve tıbbi müdahalede bulunan hekime atfedilecek bir kusur da bulunamıyor ise hekimin bir sorumluluğu olmayacak ancak gerekli tedbirlerin alınmaması veya tedbir almakta gecikilmesi halleri komplikasyon yönetiminde gerekli özenin gösterilmemiş olduğuna işaret edecektir. Bu durumda, komplikasyon tıbbi hata olarak kabul edilecek ve hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷³².

C. Sorumsuzluk Anlaşması

Sorumsuzluk anlaşmaları ile borçlu olan tarafın kusurlu fiili ile meydana gelen zararlı neticeden sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir⁷³³. Sözleşme ilişkisi içinde, sözleşme serbestisi kuralı ve sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü kapsamında borçlu ile alacaklı anlaşıp, borcun borçlu veya yardımcısı tarafından hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebi ile meydana gelecek zarardan borçlunun sorumlu olmayacağı yönünde anlaşabilirler⁷³⁴. Sözleşmenin tarafları yapacakları bir sorumsuzluk sözleşmesi ile sorumlu olacakları miktar ve kapsamı sınırlandırma

⁷³⁰ Erol, **a.g.e.**, s.234; Savaş, **Malpraktis**, s.271-272; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.511; Şengül, **a.g.e.**, s.117; Er/Topaç/Kaygusuz, **a.g.e.**, s.413; Özdemir, **a.g.e.**, s.208; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.328; Keskinbora, **a.g.m.**, s.48.

⁷³¹ Pervin Somer, **Komplikasyon Yönetimi**, Tıp Hukuku Atölyesi-1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.112-113; Özdemir, **a.g.e.**, s.209; Erol, **Hasta Hakları**, s.234; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.331; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.818.

⁷³² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.818-819; Özdemir, **a.g.e.**, s.209.

⁷³³ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.115.

⁷³⁴ Ömer Oğuzhan Meral, "Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof.Dr.Şeref Ertaş'a Armağan, C:19, Özel Sayı, 2017, s.1145; Özdemir, **a.g.e.**, s.210; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1002-1003; Erol, **Hasta Hakları**, s.148; Eren, **Borçlar Genel**, s.1208-1209.

yoluna gidebilirler⁷³⁵. Sorumsuzluk sözleşmesi, zararın gerçekleşmesinden önce, alacaklı ile borçlu arasında yapılan, ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına tamamen veya kısmen engel olan, bağımsız ya da asıl sözleşmeye ek olarak yapılan Türk Borçlar Kanunu madde 115’de şartları düzenlenmiş bir sözleşme türüdür. Türk Borçlar Kanunu madde 115 uyarınca;“*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. 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.*”⁷³⁶ Bu düzenleme uyarınca uzmanlık gerektiren bir hizmet yürüten hastanelerin ve hekimlerin tıbbi müdahale öncesi yapılan, sorumluluklarını ortadan kaldıran ve sorumlu olmayacakları yönündeki sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüz olacaktır⁷³⁷.

Kanunun veya yetkili makamın izni ile yapılan ve uzmanlık gerektiren bir meslek olan hekimlikte, hekim vekil sıfatı ile hareket ettiği için sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eden hastaya karşı hafif kusurundan dahi sorumlu olacak⁷³⁸, hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisini de zedeleyeceğinden hekimin hafif kusurundan sorumlu olmayacağı veya sorumsuzluğuna ilişkin yapılacak anlaşmalar kesin hükümsüz olacaktır⁷³⁹.

Türk Borçlar Kanunu madde 116 uyarınca; “....*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*

⁷³⁵ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3.Cilt, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, 7.Baskı, İstanbul, 2016, s.272; Özdemir, **a.g.e.**,s.210-211; Eroğlu, **a.g.m.**, s.1049; Eren, **Borçlar Genel**, s.1208-1209; Meral, **a.g.m.**, s.1144.

⁷³⁶ Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**,s.115;Eroğlu, **a.g.m.**, s.1049; Özdemir, **a.g.e.**, s.211; Aydın, **a.g.e.**, s.57.

⁷³⁷ Meral, **a.g.m.**,s.1163; Özdemir, **a.g.e.**, s.211; Eroğlu, **a.g.m.**, s.1049.

⁷³⁸ Yılmaz, **a.g.e.**, s.251; Seçer, **a.g.m.**, s.138; Sarıtaş, **a.g.e.**, s.137; Kıcılioğlu, **a.g.e.**, s.101; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.115.

⁷³⁹ Yılmaz, **a.g.e.**, s.251; Kılıç Güneş, **a.g.e.**, s.86; Seçer, **a.g.m.**, s.139; Sarıtaş, **a.g.e.**, s.137; Özcanoğlu Görkey, **a.g.e.**, s.115.

kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” Bu düzenleme uyarınca hekimlik mesleği uzmanlık gerektiren ve yetkili mercilerin izni ile yürütülebilen bir meslek olduğu için hekimin yanındaki yardımcı kişilerin fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüz olacaktır⁷⁴⁰.

D. Mücbir Sebep

Mücbir sebep sorumlu veya borçlunun faaliyeti veya işletmesinin dışında meydana gelen, öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan, borcun ihlaline kaçınılmaz bir şekilde yol açan, illiyet bağıını keserek zarar vereni sorumluluktan kurtaran olağanüstü nitelikte bir olaydır. Mücbir sebep konusunda subjektif ve objektif olmak üzere iki teori söz konusudur. Subjektif teoriye göre, mücbir sebepten bahsedebilmek için azami özen gösterilmiş olsa bile beklenmeyen halin ortaya çıkmasına önlenmesinin mümkün olmaması gerekir. Doktrinde daha çok kabul gören objektif teoriye göre ise beklenmedik hali açık şekilde aşan, kaynağını sorumlu olan işletme ve faaliyeti dışında kalan her olay mücbir sebep olarak kabul edilir. Beklenmeyen hal mücbir sebepten farklı bir kavramdır. Mücbir sebep, beklenmeyen hale kıyasla daha büyük bir şiddet ve mutlak olarak kaçınılmazlık içerir. Mücbir sebep, borçlunun işletme ve faaliyeti dışında olup, beklenmeyen hal, borçlunun işletme ya da faaliyeti ile ilgili de olabilir. Mücbir sebep tek başına illiyet bağıını kesebiliyor iken, beklenmeyen hal tek başına illiyet bağıını kesmeyebilir⁷⁴¹.

Bir olayın mücbir sebep sayılması için haricilik, öngörülmezlik ve karşı konulmazlık şartlarının bulunması gerekir. Deprem, sel, fırtına, heyelan, yıldırım düşmesi gibi doğal afetler mücbir sebep teşkil ettiği gibi, savaş, ayaklanma gibi olaylar da mücbir sebep teşkil ederler⁷⁴².

İdare hukuku açısından mücbir sebep, idarenin iradesi dışında gelişen, öngörülmesi ve azami bir dikkat ve özenle dahi önlenememesi mümkün olmayan ve

⁷⁴⁰ Kılıç Güneş, **a.g.e.**, s.87; Seçer, **a.g.m.**, s.139; Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s.115.

⁷⁴¹ Eren, **Borçlar Genel**, s.628-629; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.693-694. Özdemir, **a.g.e.**, s.212; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.463-465; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1145-1146.

⁷⁴² Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.693-694, Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1145-1146; Özdemir, **a.g.e.**, s.212; Eren, **Borçlar Genel**, s 628-629; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.463 465.

de bir kamu hizmetinin yürütülmesini imkânsızlaştıran olaylardır. Yer sarsıntısı, sel, aşırı yağış ya da yıldırım düşmesi, toprak kayması gibi. Mücbir sebep halinde, idari bir davranış ile zarar arasında illiyet bağı kurulamayacağından, idarenin de hem kusur hem kusursuz sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırır.⁷⁴³ Zira mücbir sebep halinde zarar ya idareye yüklenebilen bir eylem veya işlemten kaynaklanmamış ya da idarenin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilmiştir⁷⁴⁴

Tıbbi müdahale sırasında meydana gelen ve hastayı zarara uğratan olay mücbir sebep kaynaklı ise hekim kusurlu sayılmayacak ve mücbir sebep illiyet bağını kestiği için meydana gelen zarar sebebi ile hekimin herhangi bir tazminat yükümlülüğü de olmayacaktır⁷⁴⁵.

E. Zarar Görenin Ağır Kusuru

Zarar görenin bu şekilde zarar verici olayda kusurunun bulunmasına ortak (müterafik-birlikte) kusur denilmektedir⁷⁴⁶. Müterafik (birlikte) kusur söz konusuysa yani zarar görenin fiili, borçlunun fiili ile zarar arasındaki illiyet bağını kesmeyip zayıflatırsa, bu durum borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak sadece azaltacaktır. Tıbbi müdahale nedeniyle zarar gören hastanın kusuru varsa yani hastanın zarara sebep olan bir fiili söz konusuysa ve bu durum illiyet bağını kesmişse, hekim sorumluluktan ve tazminat yükümlülüğünden kurtulur⁷⁴⁷.

⁷⁴³ Turan Yıldırım, “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, C: 25, S: 2, Aralık 2019, s.1522.

⁷⁴⁴ Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet Kitabevi, Ankara 2013, s.560-561; Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Yayıncılık, 2013, s.789; Ender Ethem Atay, **İdare hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.724; Sami Narter, **Uygulamada Manevi Tazminat**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s.633; A. Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 33. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s.360; Beklenmeyen hal idarenin faaliyeti içinde veya sırasında meydana gelen ancak öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olaydır. Beklenmeyen hal sonucu meydana gelen zarardan kusur sorumluluğu halinde idare sorumlu olmaz Kusursuz sorumluluk halinde ise beklenmeyen halde idarenin sorumluluğu devam eder. Beklenmeye hali mücbir sebepten ayıran şart içsellik şartıdır. Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.788-789; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.554-555,563; Atay, **a.g.m.**, s.724-726; Narter, **Manevi Tazminat**, s.633,635

⁷⁴⁵ Tandoğan, **Mesuliyet**, s.463-465; Özdemir, **a.g.e.**, s.212; Gökcan **Tıbbi Müdahale**, s.1145; Eren, **Borçlar Genel**, s.628-629.

⁷⁴⁶ Narter, **Manevi Tazminat**, s.230.

⁷⁴⁷ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1146; Özdemir, **a.g.e.**, s.213; Eren, **Borçlar Genel**, s.636; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.701-702.

Yasal düzenlemeler uyarınca hiç kimse kendi kusurundan faydalanamaz. Bu nedenle zarar verici olayda zarar görenin kusurunun bulunması halinde sadece zarar verenin sorumlu tutulması dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmiştir⁷⁴⁸. Dürüstlük kuralına göre, kimse kendi kusuru ile neden olduğu zarar için başkasını suçlayarak onu bu zarardan sorumlu tutarak tazminat talep edemez. Dolayısıyla zarar gören hastanın kendi tam kusurunun illiyet bağıını kesmesi ve hekimi sorumluluktan kurtarması Türk Medeni Kanun madde 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanır⁷⁴⁹. Yargıtay bunu "*kimse kendi kusurundan yararlanamaz*" şeklinde ifade etmiştir⁷⁵⁰.

Zarar görenin zararın meydana gelmesine kusuru ile sebep olmuşsa bu durum idarenin sorumluluğunu da zarar ile idarenin fiili arasındaki illiyet bağının kesilmesi sebebi ortadan kaldırır. Zarar görenin davranışı zararın artmasına veya meydana gelmesine yardım etmişse bu durumda zarar görenin müterafik (birlikte) kusurundan söz edilir ve müterafik (birlikte) kusur oranında idarenin tazmin yükümlülüğü hafifler⁷⁵¹.

F. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

Üçüncü kişinin kusuru genel olarak teknik bir kusur olarak kabul edildiği için kast şeklinde kendini gösterebileceği gibi ihmal şeklinde de ortaya çıkabilir⁷⁵². Üçüncü kişinin kusurlu davranışı hekimin fiili ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağıını kesiyorsa hekim de sorumluluktan kurtulacaktır. Üçüncü kişiden kasıt fail yani hekimle hukuki bir ilişki içinde olmayan kişidir. Zarara sebep olan üçüncü kişi ile hekim arasında bir hukuki ilişki mevcutsa (yardımcı sağlık personeli, ifa yardımcısı, çalışanı olma gibi) hekimin sorumluluğu devam edecektir⁷⁵³.

⁷⁴⁸ Zarar görenin yardımcı kişilerinin kusuru da zarar görenin kusuru olarak kabul edilir. Narter, **Manevi Tazminat**, s.231.

⁷⁴⁹ Dürüstlük kuralı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Hasan Erman, **Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku**, 9 Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2023, s.101-106.

⁷⁵⁰ Özdemir, **a.g.e.**, s.213; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.702; Eren, **Borçlar Genel**, s.638;

⁷⁵¹ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.791-792; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.564-565; Atay, **a.g.m.**, s.727,729; Narter, **Manevi Tazminat**, s.635-636; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.361.

⁷⁵² Özdemir, **a.g.e.**, s.214.

⁷⁵³ Narter, **Manevi Tazminat**, s.231.

⁷⁵⁴ Elif Özdemir, **a.g.e.**, s.66; Eren, **Borçlar Genel**, s.637; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.701-702; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1146-1147; Özdemir, **a.g.e.**, s.214.

Üçüncü kişinin kusurundan söz edebilmek için temyiz kudretine sahip olması gerekmektedir. Aksi halde davranış kusurlu olarak nitelendirilemez⁷⁵⁴.

Üçüncü kişinin davranışı ile verdiği zarar hekimin verdiği zararın önüne geçiyor ve zarar üçüncü kişinin davranışı neticesinde ortaya çıkıyorsa hekimin sorumluluğundan söz edilemez⁷⁵⁵. Üçüncü kişinin davranışı tek başına zarara sebep olmayıp da zararın meydana gelmesine katkıda bulunuyorsa bu katkı ölçüsünde hekimi sorumluluktan kurtaracaktır. Netice itibari ile hukuki illiyet bağı üçüncü kişinin kusurlu davranışı ile kesiliyorsa hekimin tazminat yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir⁷⁵⁶.

Zarar idarenin eylem ve işlemleri neticesinde değil de üçüncü bir kişinin davranışı sebep olmuşsa bu durumda idarenin söz konusu zarardan sorumluluğu olmaz⁷⁵⁷. Ancak hem idarenin hem de üçüncü kişinin birlikte zarara sebep olduğu hallerde sorumluluk idare ve üçüncü kişi arasında paylaştırılır. Zarar gören ancak idarenin sorumlu olduğu kısım için idareden tazminat talebinde bulunabilir⁷⁵⁸. Üçüncü kişinin kusurunun idarenin sorumluluğunu azalması veya ortadan kaldırması ancak kusur sorumluluğunda geçerlidir. Kusursuz sorumluluk halinde zarara üçüncü kişinin fiili sebep olmuş olsa dahi idare tazminat yükümlülüğü altında olacaktır. Zira kusursuz sorumluluk halinde idare kusursuz olsa dahi sorumludur⁷⁵⁹.

⁷⁵⁴ Narter, Manevi Tazminat, s.231.

⁷⁵⁵ Eren, **Borçlar Genel**, s.639-640; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.704-705; Özdemir, **a.g.e.**, s.214; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1146.

⁷⁵⁶ Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1146-1147; Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.701-702; Özdemir, **a.g.e.**, s.214; Elif Özdemir, **a.g.e.**, s.66; Eren, **Borçlar Genel**, s.637.

⁷⁵⁷ Narter, **Manevi Tazminat**, s.636; Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.793-794; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.570-571; Atay, **a.g.m.**, s.729-730; Gözübüyük **Yönetim Hukuku**, s.361.

⁷⁵⁸ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.793-794; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.570-571; Atay, **a.g.m.**, s.29-730; Narter, **Manevi Tazminat**, s.636.

⁷⁵⁹ Narter, **Manevi Tazminat**, s.637.

VI. İDARENİN (DEVLETİN) TIBBİ HATALARDA MANEVİ TAZMİNAT SORUMLULUĞU

A. İdare Hukukunda Sorumluluk Kavramı

1. Genel Olarak

Sorumluluk bir iş veya faaliyet kaynaklı olumsuz ve başarısız sonuçlara katlanma gereğini⁷⁶⁰, bir başka anlatımla meydana gelen zarardan kimin sorumlu olduğunu gösteren ve bu amaçla zarar görenin zarar verene karşı zararının karşılanması talep hakkını düzenleyen kurallar silsilesidir⁷⁶¹.

İdare Hukukunda sorumluluk⁷⁶² ise bir yükümlülük, yetki, özel bir görev anlamında ya da gerçekleştirilen fiilin neticelerine katlanması olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Verilen zararın nedenine ve niteliğine göre meydana getireceği yükümlülük ve tabi olacağı hukuki düzenlemeler farklılık gösterecektir⁷⁶³.

İdarenin sorumluluğu kavramı idari eylemler neticesinde yönetilen malvarlığında eksilme veya çoğalmanın önlenmesi için aranılan şartları ve uygulanması gereken kuralları kapsamaktadır⁷⁶⁴. İdarenin sorumluluğu özel hukuktaki sorumluluktan ayrılmakta ve zarara neden olan idarenin tazmin yükümlülüğünün içeriği idare hukukunun ilkelerine göre belirlenmektedir⁷⁶⁵.

⁷⁶⁰ Ali Güneren, **İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.541; Narter, **a.g.m.**,s.621.

⁷⁶¹ Mustafa Kılıçoğlu, **Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2002, Ankara, s.1; Narter, **Manevi Tazminat**, s.621.

⁷⁶² Genel olarak hukuk düzenindeki sorumluluklar siyasi sorumluluk, cezai sorumluluk, mali sorumluluk ve hukuki sorumluluk şeklinde ortaya çıkmaktadır. Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.488; Narter, **Manevi Tazminat**, s.622.

⁷⁶³ Atay, **a.g.e.**, s.664. Narter, **Manevi Tazminat**, s.622.

⁷⁶⁴ Fatma Ebru Gündüz/Hakan Gündüz, “İdare hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XV, 2011, s.226; Narter, **Manevi Tazminat**, s.622.

⁷⁶⁵ Atay, **a.g.e.**,s.664; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.347; Narter, **Manevi Tazminat**, s.622.

2. İdarenin Sorumluluğu

a.İdarenin Sorumluluğu Kavramı

Yürütme oranı içerisindeki kamu makam ve otoritelerinin kamu yararını sağlamak amacı ile yürüttükleri faaliyetlere yerine getirdikleri görevlere idari etkinlik veya idari faaliyet denilmektedir⁷⁶⁶.

İdarenin sorumluluğu karşılaştırmalı hukukta ve Fransız Hukukunda kamu kudretinin sorumluluğu olarak tanımlanmaktadır. Kamu görevlilerine veya bir kamu yararını ya da kamu kudretine ilişkin bir ayrıcalığın kullanımına doğrudan katılan kişilere uygulanan kurallar bütünü idarenin sorumluluğu kavramının katı anlamını teşkil etmektedir⁷⁶⁷.

Geniş anlamda idari sorumluluk devletin mali sorumluluğunu⁷⁶⁸, dar anlamda idari sorumluluk ise idarenin kamu hukukuna tabi eylem ve işlemlerinden doğan zararın tazmin edilmesine yönelik kurallar ve ilkeleri ifade etmektedir⁷⁶⁹.

Devletin hukuki sorumluluğu devletin yasama, yürütme(bu bağlamda idare) ve yargı organlarının faaliyetleri sebebi ile mali sorumluluğunu ifade etmekte ve idarenin özel hukuk sorumluluğu ve idari sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İdarenin özel hukuk- kamu hukuku ayrımı yapmaksızın mali sorumluluğunu ifade eden Anayasasının 125. maddesinde düzenlenmiş olup bu madde uyarınca; “İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

Bir davanın konusunu teşkil eden olayın idarenin özel hukuk sorumluluğu mu yoksa kamu hukuku sorumluluğu olduğunu kanunda bu konuda bir düzenleme yoksa işin mahiyetine göre hâkim tespit edecektir. İdarenin özel hukuka tabi

⁷⁶⁶ İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner, **İdare hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2006, s.8; Narter, **Manevi Tazminat**, s.623.

⁷⁶⁷ Atay, **a.g.e.**,s.665; Narter, **Manevi Tazminat**, s.623.

⁷⁶⁸ İdarenin sorumluluğu mali nitelikte bir sorumluluk olup esasında malvarlığı sorumluluğudur.Atay, **a.g.e.**, s.704.

⁷⁶⁹ Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.489; Narter, **Manevi Tazminat**, s.623.

faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğu özel hukuk hükümleri tabi olup uygulanacak ve bu tür uyuşmazlık adli yargıda görülecektir⁷⁷⁰.

b. İdarenin Sorumluluğunun Özellikleri

İdarenin sorumluluğunda asıl olan tazmin etme özelliği⁷⁷¹ olmakla birlikte zaman zaman cezalandırıcı, eğitici ve ahlaki yönü de ön plana çıkabilmektedir. İdarenin sorumluluğu, kamu hizmetinin gerekleri ve idare ile kişilerin haklarının ortak bir noktada uzlaştırılması ihtiyacına uygun olarak özel hukuktan ve adli yargıdan bağımsız kendine özgü ilkeleri olan bir sorumluluk türüdür⁷⁷².

Hukuk devleti zarar doğurucu faaliyetlerden kaçınan, bu tarz faaliyetleri önleyici bir sistem kurmayı amaçlayan ve zarar doğurucu fiillerini de telafi etmeyi görev bilen bir devleti ifade etmektedir. Bu bağlamda hukuk devleti ilkesi idarenin mali sorumluluğunu temelini teşkil etmektedir⁷⁷³.

İdare Hukukunda tıbbi hata sebebi ile manevi tazminatın belirlenmesi hususunda özel bir yasal düzenleme bulunmamakta, bu konuda mahkemelerde karar verilirken benzer olaylardaki yargı içtihatları, idare hukukunun objektif kriterleri göz önünde tutulmakta⁷⁷⁴ kısmen de olsa belirli hallerde Türk Borçlar Hukuku hükümlerine başvurularak özel hukuk kuralları da uygulama alanı bulabilmektedir⁷⁷⁵. Zaten Türk Borçlar Kanunu'nun 55.maddesinde yer alan düzenleme de adli ve idari yargıda birliği sağlamaya yönelik olup bu madde ile vücut bütünlüğünün zarar görmesi yani bedensel zarar ya da ölüm sebebi ile meydana gelen zararlarda idarenin sorumluluğunun doğduğu ve Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili maddelerinin uygulanması gerektiği düzenleme konusu yapılmıştır.Bu sayede idari yargı

⁷⁷⁰ Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.490; Atay, **a.g.e.**,s.678; Gündüz/Gündüz, **a.g.m.**, s.226; Narter, **Manevi Tazminat**, s.623-624.

⁷⁷¹ İdarenin sorumluluğuna ilişkin Türk İdare Hukukunun kaynağını Fransız Hukuku ve Fransız Danıştay kararları oluşturmaktadır. Atay, **a.g.e.**,s.665; Narter, **Manevi Tazminat**, s.624.

⁷⁷² Gözler/ Kaplan, **a.g.e.**, s.781; Çağlayan, **İdare Hukuku** s.491-492; Narter, **Manevi Tazminat**, s.624.

⁷⁷³ Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.494-495; Atay, **a.g.e.**,s.670; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.349; Narter, **Manevi Tazminat**, s.624-625.

⁷⁷⁴ Zehra Odyakmaz/Bayram Keskin, **Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Gerekliliği**, Yetkin Yayınları, 2020, s.375.

⁷⁷⁵ O. Gökhan Antalya, **Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması**, İstanbul, 2017, s.38; Yakup Gökhan Doğramacı, **Türk Hukukunda Tıbbi Uygulamadan Kaynaklanan Manevi Tazminat**, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2022, s.169.

hâkiminin tıbbi hata sebebi ile vücut bütünlüğünün zarar görmesi yani bedensel zarar ya da ölüm sebebi ile meydana gelen zararlar ve buna bağlı olarak manevi tazminatı tespit etmesinde uygulamakla yükümlü olduğu kanun hükümleri belirlenmiş olmaktadır⁷⁷⁶. Anayasa Mahkemesi de 2014 yılında verdiği bir kararda⁷⁷⁷ idarenin sorumluluğunun idari hizmet kusuru esaslarına göre belirleneceğini, zarar ve miktarının tespitinde ise Türk Borçlar Kanunun hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür.

3. İdarenin Sorumluluğunun Şartları

İdarenin eylem ve işlemleri neticesinde zarara uğrayanlarının zararlarının idare tarafından tazmin edilmesi için idari bir davranış, bu davranış neticesinde meydana gelen bir zarar, zarara yol açan eylem veya işlemin idareye yüklenebilir olması ve zarar ile idarenin eylem ve işlemi arasında illiyet bağının olması gereklidir. Bu şartlar hem kusur hem de kusursuz sorumluluk için geçerli olan genel koşullardır.

a. İdari Davranışın Mevcudiyeti

İdarenin sorumluluğunda söz edebilmek için idari eylem veya işlem şeklinde ortaya çıkan bir idari davranış söz konusu olmalıdır. İdari işlem tek taraflı olabileceği gibi iki taraflı da olabilir. Tek taraflı idari işlemler düzenleyici ve bireysel idari işlem, iki taraflı idari işlemler de idari sözleşmeler şeklinde ortaya çıkar⁷⁷⁸. İdari

⁷⁷⁶ Serkan Çınarlı/ Fidan Erumcu/ Orhan Meral/ Kerim Azak, **Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı (Tam Yargı) Davaları**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s.277

⁷⁷⁷ "İtiraz konusu kural, Kanun'un ölüm ve bedensel zararlara ilişkin tazminatın nasıl hesaplanacağını düzenleyen 55. maddesinde yer almaktadır. Kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı dikkate alındığında, Borçlar Kanunu'na yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kuralın, idarenin sorumluluk esasları yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılması söz konusu değildir. Buna göre, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zararın miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın idarenin sorumluluğunu Borçlar Kanunu'nda sayılan kusur ve kusursuz sorumluluk sebepleriyle sınırladığı söylenemez. AYM 2014 / 94E, 2014 / 160 K, 22.10.2014, RG : 04.03.2015 / 29285; Doğramacı, **a.g.e.**, s.169.

⁷⁷⁸ Narter, **Manevi Tazminat**, s.626; Gözler/Kaplan, , **a.g.e.**,s.780; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.545; Giritli/Bilgen/Akgüner, **a.g.e.**, s.457-458.

eylem de idarenin görevlileri olan kişiler tarafından gerçekleştirilen olumlu veya olumsuz her çeşit davranış ve tutumu içerir⁷⁷⁹.

b. İdari Davranışın İdareye Yüklenebilir Nitelikte Olması

Zarara yol açan eylem ve işlem idarenin görevlileri tarafından yapılmamış ise idarenin sorumluluğu da olmayacaktır. İdarenin görevlisi olmamakla birlikte gerek idarenin talebi ile gerekse gönüllü olarak idare ile işbirliği içerisinde olanların eylem ve işlemleri de neticesinde meydana gelen zararlar da idareye yüklenebilir. Yine kamu hizmetlerini imtiyaz yolu ile işleten özel hukuk kişilerinin fiilleri kural olarak idareye atfedilemezse de bu kişilerin fiillerinde kaynaklı zararlardan idare, imtiyaz sahibinin aczi halinde tamamlayıcı nitelikte sorumlu tutulabilmektedir⁷⁸⁰.

c. Zarar

Zarar güncel ve kesin olması yani fiilen gerçekleşmiş veya gelecekte gerçekleşeceği kesin olması gereklidir. Zarar tehlikesi idareyi tazminat borcu altına sokmaz. Hatalı tedavi veya ameliyat neticesinde kişinin kolunun kesilmesi veya verimli bir şekilde kullanamaması halinde olduğu gibi mevcut bir durumun devamı niteliğinde olan ve bundan kaynaklı manevi zararlar da kesinlik şartına sahiptir ve idarenin tazminat sorumluluğunu doğurur⁷⁸¹. Gelecekte meydana gelen zarar olarak kabul edilen ciddi nitelikte şans kayıpları örneğin kamu hastanesinde görevli hekimin hatalı tedavisi sebebi ile hastalığın bir türlü iyileşmemesi veya başka hastalıklara sebebiyet vermesi gibi hallerde idarenin tazminat sorumluluğu söz konusudur⁷⁸².

İdare hukukunda aynen tazminat ilkesi istisnai nitelikte olup geçerli olan nakden tazminat ilkesi gereğince⁷⁸³ zararın para ile ölçülebilir olması gereklidir.

⁷⁷⁹ Narter, **Manevi Tazminat**, s.626; Giritli/Bilgen/Akgüner, , **a.g.e.**,s.457-458; Gözler/Kaplan, , **a.g.e.**, s.781; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.545.

⁷⁸⁰ Atay, **a.g.e.**, s.681; Gözler/Kaplan, , **a.g.e.**, s.781; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.545; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.358-359; Narter, **Manevi Tazminat**, s.627.

⁷⁸¹ Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.359; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.549; Narter, **Manevi Tazminat**, s.628-629; Gözler/Kaplan, **a.g.e.**,s.782; Atay, **a.g.e.**, s.675-676.

⁷⁸² Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.550; Narter, **Manevi Tazminat**, s.629.

⁷⁸³ Safiye Yılmaz, “İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011, s.97; Ahmet Akkoca, “Türk İdari Yargı Sisteminde Maddi ve Manevi Tazminat”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2008, s.131.

Malvarlığı zararları açısından para ile ölçülebilme mümkün iken şahıs varlığı zararlarında yani manevi zararlar da para ile ölçülebilme imkanı kolay olmamakla birlikte manevi zararında para ile ölçülebilir olduğu kabul edilmektedir⁷⁸⁴.

Hatalı tedavi gören kişinin tedavi masrafları, belli bir süre çalışamaması örneğinde olduğu gibi idarenin eylem ve işlemleri sonucunda meydana gelen zarar maddi olabileceği gibi⁷⁸⁵ hatalı estetik ameliyat neticesinde vücut bütünlüğünün zarar görmesi hatta kişinin hayatını kaybetmesi örneğinde olduğu gibi kişinin hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref vs kişilik değerlerini oluşturan şahıs varlığı haklarına yönelik manevi yönden zarar verici idari eylem ve işlemlerinden doğan manevi zararlar da idarenin tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷⁸⁶.

İdare Hukukunda manevi tazminat konusunda kusur belirlenirken özel hukuk esasları değil; kamu hukuku esasları temel alınmaktadır⁷⁸⁷. Türk Borçlar Kanunu m.55/2'nin idari yargıda uygulanmasını işaret ettiği hükümler tıbbi hata sebebi ile vücut bütünlüğünün zarar görmesi yani bedensel zarar ya da tıbbi hata kaynaklı ölüm sebebi ile meydana gelen manevi zararlar da manevi tazminatın hesaplanması ile ilgilidir. İdari yargı hâkiminin önüne gelen tıbbi hata sebebi ile vücut bütünlüğünün zarar görmesi yani bedensel zarar ya da tıbbi hata kaynaklı ölüm sebebi ile meydana gelen manevi zararlar ile ilgili davalarda Türk Borçlar Kanunu m. 53-56 hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁷⁸⁸. Buna göre örneğin estetik ameliyatlar özel hukukta eser sözleşmesi olarak değerlendirilmekte iken idare hukukunda hizmet kusurunun tespitinde diğer tıbbi müdahaleler ile aynı şekilde değerlendirilmektedir. Yine özel hukukta hekim, sözleşme ilişkisi açısından hafif kusurundan dahi sorumlu iken idare hukukunda tıbbi hatalı uygulamalardan kaynaklı sorumlulukta hekimin ağır kusurlu olması aranmaktadır⁷⁸⁹. Tüm bu örnekler kamu tarafından sunulan sağlık hizmetlerinde kusur değerlendirilmesinin idare hukuku kurallarına göre yapıldığını,

⁷⁸⁴ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**,s.783-784; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.550; Atay, **a.g.e.**, s.676; Narter, **Manevi Tazminat**, s.629.

⁷⁸⁵ Narter, **Manevi Tazminat**, s.629; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.359; Gözler/Kaplan, **a.g.e.**,s.784; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.550-551; Atay, **a.g.e.**, s.676-677.

⁷⁸⁶ Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.550-551; Gözler/Kaplan, **a.g.e.**,s.784; Atay, **a.g.e.**, s.676-677; Narter, **Manevi Tazminat**, s.630; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.359.

⁷⁸⁷ Çınarlı/ Ermumcu/ Meral/ Azak, **a.g.e.**,s.277; Doğramacı, **a.g.e.**, s.170.

⁷⁸⁸ Doğramacı, **a.g.e.**,s.170.

⁷⁸⁹ Çınarlı/ Ermumcu/ Meral/Azak, **a.g.e.**,s.279; Doğramacı, **a.g.e.**,s.170.

Türk Borçlar Kanunu m. 55'in Türk Borçlar Kanunu maddelerinin uygulama alanını manevi zararın buna bağlı olarak da manevi tazminatın tespiti ve belirlenmesi ile sınırladığı görülmektedir.

d. İlliyet Bağının Mevcudiyeti

İdarenin sorumluluğundan söz edebilmek için meydana gelen zarar idarenin fiilinden kaynaklanmış olması, zarar ile idarenin fiili arasında doğrudan bir sebep-sonuç ilişkisinin yani illiyet bağının olması gereklidir⁷⁹⁰. İstisnai haller hariç idare hukukunda illiyet bağını ispat yükü zarar görene aittir. Ancak ispat yükümlülüğü özel hukukta ki kadar ağır olmayıp delil başlangıcı ibraz eden davacı ispat yükünü yerine getirmiş sayılır⁷⁹¹.

4. İdarenin Sorumluluğunun Tespiti

Devlet tüzel kişiliği tarafından üstlenilen kamu hizmetleri genel olarak bakanlıklar aracılığı ile yürütülür. Bu nedenle zarar hangi bakanlığın faaliyeti neticesinde meydana gelmiş ise sorumluluk da Devlet tüzel kişiliği adına o bakanlığa ait olur. Yasama, yargı ve uluslararası sözleşmelerin uygulanmasından kaynaklı zararlardan da Devlet tüzel kişiliği sorumludur. Uluslararası sözleşmelerin uygulanması hangi bakanlığın görev alanına giriyorsa meydana gelen zarardan o bakanlık, yargı faaliyetlerinin neticesinde meydana gelen zarardan da Adalet Bakanlığı sorumlu olacaktır⁷⁹².

⁷⁹⁰ Atay, **a.g.e.**, s.676-677; Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.784; Narter, **Manevi Tazminat**, s.630; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.359; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.550-551; Tıbbi uygulamalarda idarenin sorumluluğu konusunda Danıştay'ın yaklaşımı, hukuka aykırı bir bedensel müdahale varsa fiziksel bir zarar olmasa bile sorumluluğun doğduğu yönündedir. Abdullah Hızal/ Serkan Çınarlı, "Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı", **İMÜHFD**, C:2, S:1, 2015, s.153.

⁷⁹⁰ Zararla idari eylem ve işlem arasına giren bazı olaylar illiyet bağını keserse idarenin sorumluluğu da ortadan kalkar. Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.786; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.552; Atay, **a.g.m.**, s.682-683; Narter, **Manevi Tazminat**, s.631; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.359.

⁷⁹¹ Narter, **Manevi Tazminat**, s.631.

⁷⁹² Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.573; Narter, **Manevi Tazminat**, s.631.

Bir kamu görevlisi birden fazla kamu tüzel kişisi adına görev üstlenmiş ise zarar meydana geldiği anda kamu görevlisi hangi kamu tüzel kişisi adına faaliyet yürütüyor ise o kamu tüzel kişisi sorumlu olacaktır⁷⁹³.

Bir kamu kurumunun yürüttüğü faaliyete başka bir kamu kurumu geçici olarak yardım ediyorsa o faaliyet esnasında meydana gelen zarardan yardım eden kamu kurumu değil faaliyeti esas olarak yürüten kamu kurumu sorumlu olacaktır⁷⁹⁴. Yine bir kamu hizmetinin yürütülmesine geçici olarak iştirak eden kişilerin bizzat kendilerinin gördüğü zarar ile üçüncü kişilere verdikleri zararlardan yürütülen kamu hizmetinin ait olduğu kamu tüzel kişisi sorumlu olur. İdari vesayet denetimine tabi işlem ve eylemlerden kaynaklanan zararlardan denetime tabi idare sorumludur⁷⁹⁵.

B. İdarenin Kusur Sorumluluğu

İdarenin kusuru sorumluluğu, idarenin kamu hizmeti veya faaliyetlerini yürütürken kusurlu davranışı ile zarara sebep olması halinde bu zararı tazmin etme yükümlülüğüdür. İdarenin meydana gelen zararda kusura dayalı sorumluluğu tespit edilmiş ise başka bir sorumluluk ilkesinin araştırılmasına gerek yoktur⁷⁹⁶.

Kamusal faaliyetlerden doğan zararlarda kusur hizmet kusuru ve kişisel kusur olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁹⁷.

1. İdare Hukuku Açısından Hizmet Kusuru Kavramı

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu ile bahsedilen kusur hizmet kusurudur. Hizmet kusuru Fransız Hukukundan ⁷⁹⁸ literatürümüze girmiş olup yasal

⁷⁹³ Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.573; Narter, **Manevi Tazminat**, s.631-632.

⁷⁹⁴ Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.574; Narter, **Manevi Tazminat**, s.632.

⁷⁹⁵ Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.574; Narter, **Manevi Tazminat**, s.632.

⁷⁹⁶ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.748; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.496,499; Atay, **a.g.m.**, s.684-685; Narter, **Manevi Tazminat**, s.648; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.350.

⁷⁹⁷ Narter, **Manevi Tazminat**, s.657.

⁷⁹⁸ Hizmet kusurunun bağımsız olma niteliği 1873 tarihinde Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen Blanco kararında şu şekilde vurgulanmıştır. “Devletin kamu hizmetlerinde istihdam ettiği personelin fiillerinin kişilere verdikleri zararlardan Devlete yüklenebilen sorumluluk, Medeni Hukukun kişilerinin diğer Özel Hukuk kişilerine aralarındaki ilişkileri idare etmek üzere konulmuş olan ilkeler uyarınca belirlenemez. Bu sorumluluğun hizmetin ihtiyaçlarına ve Devletin hakları ile hizmetin ihtiyaçlarının bağdaştırılması zorunluluğuna göre değişen özel kuralları vardır.” Atay, **a.g.m.**, s.687; Narter, **Manevi Tazminat**, s.650.

düzenlemelerde halihazırda herhangi bir tanımı yapılmamış ve idare hukukunun içtihat hukuku olmasının açık bir örneği olarak yargı kararlarında kavramın tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Hizmet kusuru⁷⁹⁹ genel olarak idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinin kuruluşunda, düzenlemesinde ve işleyişinde ortaya çıkan bozuklukları, aksaklıkları, yetersizlikleri, eksiklikleri ve boşlukları ifade etmektedir⁸⁰⁰. İdarenin görevlisi hukuken üzerine düşen görevi gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklı olarak kamu hizmetinin eksik veya kötü yürütülmesine sebep olmuşsa idarenin hizmet kusurundan söz edilir⁸⁰¹. Kamu hizmetinin geç ifa edilmesi⁸⁰² veya kötü ifa edilmesi veya hiç yerine getirilmemesi hallerinde hizmet kusuru söz konusu olmaktadır.

İdare yasal mevzuat gereğince görevli olduğu ya da kendi iradesi ile yüklendiği faaliyet ve hizmetleri mali ve teknik imkânları, kaynakları, olmadığı veya yetersiz olduğu gerekçesi ile yerine getirmekten kaçınamaz ve bu kaçınmaya bağlı olarak meydana gelen zarardan sorumlu olmaktan kurtulamaz⁸⁰³.

2. Kişisel Kusur

Kişisel kusur⁸⁰⁴ yürütülen idari faaliyetten yani kamu hizmetinden ayrılabilen nitelikte olan kusurlar olup kişisel kusurun varlığı halinde kamu görevlisi doğrudan

⁷⁹⁹ Hizmet kusurunun varlığının iddia edildiği bir davada hizmet kusuru olmamakla birlikte idarenin kusursuz sorumluluğu varsa mahkeme yine tazminata hükmetmelidir. Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Usul Hukuku**, 8. Baskı, Sayram Yayıncılık, Konya, s.2015, s.224.

⁸⁰⁰ Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.497; Atay, **a.g.m.**, s.684; Narter, **Manevi Tazminat**, s.648-649;

⁸⁰¹ Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.351; Narter, **Manevi Tazminat**, s.649.

⁸⁰² Acil servise gelen ve kanaması yoğun olduğu için ölüm veya sakat kalma ihtimali olan bir hastaya zamanında müdahale edilmemesi sebebi ile bir zarar ortaya çıkması halinde bu gecikme haklı bir titizlik veya tereddütün varlığı sebebi ile değilse hizmet geç işlemiş olarak kabul edilecektir. Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.499; Narter, **Manevi Tazminat**, s.654

⁸⁰³ 112'den veya bir hastanenin acil servisinden ambulans istenmesine rağmen ambulansın gönderilmemesi, penisilin iğnesi yapılmadan önce penislin alerjisi olup olmadığının tespiti için hastaya test yapılmaması sonucu meydana gelen ölün veya sakat kalma olaylarında idare kamu hizmetinin hiç işlememesi sebebi ile tazminat sorumluluğu altında olacaktır. Atay, **a.g.m.**, s.701; Narter, **Manevi Tazminat**, s.656.

⁸⁰⁴ Kişisel kusur konusu bir Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde ifade edilmiştir. “Kamu görevlilerinin kişisel kusurundan söz edilebilmesi, kişisel kusuru doğuran eylemin resmi çalışma ve görevin yerine getirilmesi maksadıyla görev sırasında veya görev dolayısıyla yapılmış olmasına bağlıdır.” Yunus Aykırı, “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayırımı”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, GÜHF, 29 Mayıs 2009, Ankara 2009, s.529-536; Narter, **Manevi Tazminat**, s.657-658.

ve kişisel olarak sorumlu olacak ve tazminat davası idari yargı yerinde değil, adli yargı yerinde görülecektir⁸⁰⁵.

Kamu görevlisi bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır ve kanunda açıkça ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını aşar veya idarenin işlev alanının dışına çıkarsa o kamu görevlisinin kişisel eylem ve kusuru ve sonuç olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır⁸⁰⁶.

a. Kişisel Kusurun Var Olduğunun Kabul Edildiği Durumlar

Kamu görevlisinin, Ceza Kanunu ve diğer kanunlarda suç olarak kabul edilmiş bir fiili işlemesi durumunda sorumluluk bizzat kamu görevlisinin kendisine ait olacaktır. Zira suç teşkil eden bir fiilin işlenmesinin kamu hizmeti ile bir ilgisi yoktur⁸⁰⁷.

Anayasanın 138. maddesinin son fıkrası gereğince, yargı yerleri tarafından verilen kararların uygulanıp uygulanmaması, bu kararların doğruluğunu tartışma gibi hususlarda idare bir takdir yetkisine sahip olmayıp, mahkeme kararının gereklerini ilgili kamu görevlisi yerine getirmekle yükümlüdür. Aksi halde kamu görevlisinin kişisel kusuru ve meydana gelen zarardan sorumluluğu söz konusu olacaktır⁸⁰⁸.

Kamu görevlileri ve memurları kamu yararı kavramı ile bağdaşması mümkün olmayan düşmanlık, siyasal saik, kin ve garez, kişisel ihtiras ve menfaat elde etme amacı ile işlem veya eylem yaparsa ilgili kamu görevlisinin kişisel kusuru ve meydana gelen zarardan sorumluluğu söz konusu olacaktır⁸⁰⁹.

Kamu hastanesinde görev yapan bir cerrahın alkollü bir şekilde ameliyat yapması ve hastanın sakat kalmasına veya ölümüne sebep olması halinde kamu

⁸⁰⁵ Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.506; Atay, **a.g.m.**, s.701-702; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.353; Kalabalık, **a.g.e.**, s.234-235; Narter, **Manevi Tazminat**, s.657.

⁸⁰⁶ Atay, **a.g.m.**, s.701-702; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.506; Narter, **Manevi Tazminat**, s.657; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.353; Kalabalık, **a.g.e.**, s.234-235.

⁸⁰⁷ Atay, **a.g.m.**, s.703; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.508; Narter, **Manevi Tazminat**, s.657; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.353; Kalabalık, **a.g.e.**, s.238.

⁸⁰⁸ Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasına göre, “....Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez....”. Narter, **Manevi Tazminat**, s.659.

⁸⁰⁹ Atay, **a.g.m.**, s.705; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.508; Narter, **Manevi Tazminat**, s.660; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.354; Kalabalık, **a.g.e.**, s.238.

görevlisinin görevini yerine getirirken ağır nitelikte hizmet içi kişisel kusurunun varlığı söz konusu olacaktır⁸¹⁰.

b. Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Ayırımı

Hizmet kusurunun varlığı halinde idare sorumlu olacak ve ilgili dava idari yargıda açılacak, kişisel kusuru varlığı halinde kamu görevlisi doğrudan sorumlu olacak ve dava adli yargıda açılacaktır.

Hizmet kusuru⁸¹¹ kamu görevlisinin görevden ayrılamayan kusurları, kişisel kusur ise kamu görevlisinin görevinden yani kamu hizmetinden ayrılabilir nitelikteki kusurlarını ifade eder⁸¹².

Türk Hukukunda kamu hizmetinin tamamen dışında işlenen kusurlar, kamu görevlisinin suç teşkil eden davranışları, kamu görevlisinin kamu hizmetini yerine getirirken ağır kusur işlemesi (örneğin bir hekimin alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında muayene veya tedavi işlemi yapmaya çalışması,) kamu görevlisinin kamu hizmetini yerine getirirken kasıtlı kusur işlemesi yani kin, düşmanlık, öç alma saiklery ile hareket etmesi, yargı kararlarının uygulanmaması halleri kişisel kusur sayılmaktadır⁸¹³.

Kamu görevlisi bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır, yasal düzenlemede açık ve kesin olarak belirlenmiş görev ve yetki alanının sınırlarını aşar veya idarenin yetki alanı dışına çıkarsa kişisel bir eylemde bulunmuş ve kişisel kusurlu sayılarak kendi sorumluluğuna yol açmış olacaktır⁸¹⁴.

⁸¹⁰ Narter, **Manevi Tazminat**, s.660.

⁸¹¹ Türk Uyuşmazlık Mahkemesi 14.04.1997 tarih ve 1997/16 e., 1997/15 K. sayılı kararında hizmet kusurunu “*kamu görevlisinin görevi sırasında kullandığı yetkilerden ve resmi sıfatından ayrılmayan kusurları*” olarak tanımlamıştır. Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.507; Narter, **Manevi Tazminat**, s.661.

⁸¹² Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.507; Narter, **Manevi Tazminat**, s.661.

⁸¹³ Çağlayan, **İdare Hukuku**, 508; Narter, **Manevi Tazminat**, s.661-662.

⁸¹⁴ Narter, **Manevi Tazminat**, s.662.

C. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

1. Genel Olarak Kusursuz Sorumluluk Kavramı

Zararın doğumunda kusuru bulunmayan bazı kişilerin de meydana gelen zarardan kusuru bulunmadığı halde sorumlu tutulmasına kusursuz sorumluluk⁸¹⁵ denilmektedir. Bazı sosyal düşünceler ve hakkaniyet gereği kusuru olmasa dahi meydana gelen zarardan bazı kimselerin sorumlu tutulmaları düşüncesi ile hareket eden⁸¹⁶ kanun koyucu kusursuz sorumluluk ilkesi ile zararın doğumunu önlemek veya zarar meydana geldiğinde kusurun var olup olmadığı tartışması yapılmaksızın zarar görenin bu zararını karşılamak amacı ile bu müesseseyi düzenleme konusu yapmıştır⁸¹⁷.

Kusursuz sorumluluk halinde de fiil, bu fiilin hukuka aykırı olması, zarar ve illiyet bağı unsurları aranmaktadır. Bu sorumluluk türünde kusur artık sorumluluğun kurucu unsuru değildir⁸¹⁸.

Kusursuz sorumluluk halinde sorumlu kişinin veya fiillerinden sorumlu bulunan kişinin temyiz kudretine sahip olmaması sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Kusursuz sorumluluk genel olarak başkasının fiillerinden doğan sorumluluğa ilişkin olup bu sorumluluk türü sadece insan fiillerine ilişkin olmayıp zararı doğuran olay beklenmeyen bir halden de meydana gelebilmektedir⁸¹⁹.

İdarenin yetkisinde olan eylem ve işlemler sebebi ile meydana gelen zararların hizmet kusuru aranmaksızın ya risk kavramı ya da kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca tazmin edilmesine idarenin kusursuz sorumluluğu denilmektedir⁸²⁰. Zarar görenin uğramış olduğu zarar ile idarenin eylem ve işlemi

⁸¹⁵ Kusursuz sorumluluk ilk defa Fransız Danıştay'ının 21 Haziran 1895 tarihli Cames kararı ile ortaya çıkmıştır. Bu tarihe kadar özel hukukta böyle bir sorumluluk hali kabul edilmediği görüldüğünden kusursuz sorumluluğun ilk defa idare hukuku tarafından görüldüğü ve geliştirildiği söylenebilir. Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.762; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.515; Narter, **Manevi Tazminat**, s.703.

⁸¹⁶ Abdülkerim Yıldırım, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.186.

⁸¹⁷ Narter, **Manevi Tazminat**, s.704.

⁸¹⁸ Atay, **a.g.m.**, s.709; Narter, **Manevi Tazminat**, s.703.

⁸¹⁹ Narter, **Manevi Tazminat**, s.704; Özge Yücel/Alı Naim İnan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.411.

⁸²⁰ Atay, **a.g.m.**, s.711; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.496; Kalabalık, **a.g.e.**, s.240; Narter, **Manevi Tazminat**, s.705.

arasında illiyet bağının ispat edilmesi kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması için yeterli olacaktır. İdarenin davranışının kusurlu olduğunun ispat edilmesi gerekli değildir⁸²¹. Bu ilkeye göre zararların tazmin edilmesini talep edenler hizmet kusuruna dayananlara göre daha elverişli bir konumdadır. Zira kusursuz sorumlukta hizmet kusurunda olduğu gibi idarenin işleyişindeki bir eksiklik, noksanlık veya hatanın ayrıca ispatı gerekmemektedir⁸²².

Kusursuz sorumluluk halleri daha çok idarenin tehlike arz eden faaliyetleri neticesinde ortaya çıkmaktadır. Buna ek olarak idarenin kamu yükümlülükleri karşısında eşitlik ilkesine ters düşen zarar verici davranışları nedeni ile veya hukuka uygun idari işleminden doğan zararlar ile kamu hizmetine katılanların uğradıkları zararların karşılanmasında da kusursuz sorumluluk ilkesi uygulama alanı bulabilmektedir⁸²³.

2.İdare Hukukunda Kusursuz Sorumluluğa İlişkin İlkeler

a. Genel Olarak

Türk İdare hukukunda idarenin kusursuz sorumluluğunun nedenleri konusunda gerek doktrinde gerekse uygulama görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda hasar, sebepsiz zenginleşme, hakkaniyet, nesafet, kamu külfetleri karşısında eşitlik, risk, idare hukukunun bilinen prensipleri, idare hukuku esası, bilinen hukuk kaidesi, hukukun genel ilkesi, gibi kavram ve ayırımlara gidildiği görülmekte ve yargı kararlarında bazen bu ilkelerin birkaçı kullanılmakta bazense hiçbir şekilde bu ilkelere bahsedilmeyerek kusursuz sorumluluk veya objektif sorumluluk esası gereğince denilerek karar verilmektedir⁸²⁴.

İdare Hukukunda kusursuz sorumluluk Tehlike (Risk) İlkesi ve Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik (Hakkaniyet-Nesafet) olmak üzere iki ilkeye dayanmaktadır⁸²⁵.

⁸²¹ Atay, **a.g.m.**, s.711; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.496; Narter, **Manevi Tazminat**, s.705.

⁸²² Narter, **Manevi Tazminat**, s.705; Atay, **a.g.m.**, s.711; Kalabalık, **a.g.e.**, s.240.

⁸²³ Narter, **Manevi Tazminat**, s.705.

⁸²⁴ Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.516; Narter, **Manevi Tazminat**, s.708.

⁸²⁵ Narter, **Manevi Tazminat**, s.708; Atay, **a.g.m.**, s.712; Kalabalık, **a.g.e.**, s.240.

b. Tehlike (Risk) İlkesi

Bu ilke bazı faaliyetlerin nitelikleri itibari ile bünyesinde içerdği tehlikeler sebebi ile kişilere vermiş oldukları zararı faaliyette bulunan kimselerin kusurlarına bakılmaksızın tazmin edilmesi düşüncesine dayanmaktadır⁸²⁶.

Bazı kolluk etkinlikleri askeri manevralar, itfaiyenin yangın söndürme eylemi gibi idarenin bazı faaliyetleri niteliği icabı tehlikeli olup bu faaliyetler esnasında meydana gelen zarardan idarenin sorumluluğu tehlike (risk) ilkesine dayanmaktadır⁸²⁷. Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin tehlike(risk) ilkesi uyarınca sorumlu tutulabilmesi için kamu yararını sağlamak için yürütülen faaliyetin veya kamu malının tehlikeli bir nitelik taşıması gerekmektedir⁸²⁸. Bu ilkenin uygulanması için idarenin tehlikeli nitelik arz eden faaliyeti ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının yani neden-sonuç ilişkisinin olması yeterli olup ayrıca kusur şartı aranmaz yani idare kusursuz olduğunu ispatlasa dahi sorumluluktan kurtulamaz⁸²⁹.

(1) Mesleki Risk

Kamu hizmetinde çalışan kişinin görevi sırasında ya da görevi nedeni ile zarar uğraması durumunu ifade etmektedir. Ülkemizde kanuni düzenlemeler ile özellikle kolluk görevlilerinin mesleki risk ilkesi gereğince uğradıkları zararların tazmin edilmesi düzenleme konusu yapılmış olup⁸³⁰ yakın zamanda yapılan ve kamu hastanesi hekimlerinin görevlerini ifa ederken meydana gelen tıbbi hata kaynaklı zararların Devlet tarafından karşılanması yönündeki kanuni düzenlemeyi de bu kapsamda değerlendirebiliriz.

⁸²⁶ Atay, **a.g.m.**, s.712; Kalabalık, **a.g.e.**, s.240; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.517; Narter, **Manevi Tazminat**, s.708.

⁸²⁷ Kalabalık, **a.g.e.**, s.240; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.517; Narter, **Manevi Tazminat**, s.708; Atay, **a.g.m.**, s.712.

⁸²⁸ Narter, **Manevi Tazminat**, s.708-709.

⁸²⁹ Atay, **a.g.m.**, s.713; Kalabalık, **a.g.e.**, s.240; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.517; Narter, **Manevi Tazminat**, s.709.

⁸³⁰ Narter, **Manevi Tazminat**, s.709.

(2) Sosyal Risk

Bu halde sorumluluğun sebebi idareye yabancı kişilerin, toplulukların, idare tarafından önlenemeyen ya da önlenmesi daha büyük zararlar yaratabilecek davranış ve eylemleridir. Zarar ile idarenin eylemi arasında illiyet bağının bulunmadığı tek kusursuz sorumluluk halidir. Kamu düzeninin tehdit eden, bozmaya yönelik ve hatta anayasal düzeni yıkmayı amaçlayan terör olayları sebebi ile bu terör eylemlerine katılmayan kişilerin çıkan kargaşa sonucu zarar görmesi halinde zararlarının tazmini sosyal risk adı verilen bu ilke çerçevesinde karşılanmakta ve idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmektedir⁸³¹.

c. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi (Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi-Hakkaniyet İlkesi)

İdarenin hiçbir kusuru, tehlikeli bir faaliyeti veya araç kullanması söz konusu olmaksızın, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bir hizmet veya faaliyet neticesinde zarara uğrayan kişi veya kişilerin zararlarının kusursuz sorumluluk genel esası olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idare tarafından tazmin edilecektir⁸³². Zira idarenin etkinlikleri sonucu ortaya çıkan külfetlerin sadece belli kişi veya kişiler üstünde kalması adalet ve hakkaniyet de uygun düşmeyecektir⁸³³.

3. İdare Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Özellikleri

İdarenin sorumluluğunda asıl olan kusur sorumluluğu olup kusursuz sorumluluk istisnai yani tamamlayıcı-ikincil niteliktedir. Meydana gelen zarar kusuru sorumluluğu esasına göre tazmin edilebiliyorsa veya sosyal güvenlik sistemi bu zararı başka bir şekilde karşılıyorsa idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemez⁸³⁴.

⁸³¹ Atay, **a.g.m.**, s.715; Kalabalık, **a.g.e.**, s.241-242; Çağlayan, **İdare Hukuku**, 523-524; Narter, **Manevi Tazminat**, s.710.

⁸³² Atay, **a.g.m.**, s.721; Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.761; Kalabalık, **a.g.e.**, s.244; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.529-532; Narter, **Manevi Tazminat**, s.711.

⁸³³ Narter, **Manevi Tazminat**, s.711.

⁸³⁴ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.762; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.513-514; Narter, **Manevi Tazminat**, s.711.

Kusursuz sorumluluk halinde zarar gören kişi idarenin kusurunu ispat etmek zorunda olmadığı gibi idare kusurlu olmadığını ispat etse dahi yine sorumluluktan kurtulamaz. Bu nedenle kusursuz sorumluluk halinde zarar gören kusur sorumluluğuna kıyasla daha avantajlı konumdadır⁸³⁵.

Kusursuz sorumluluk halinde idarenin sorumlu olabilmesi için zararın özel yani ağır bir zarar olması gerekir⁸³⁶.

Kusursuz sorumluluk kamu düzenine ilişkin olup yarılamanın her aşamasında zarar gören tarafından ileri sürülebilir ve hâkim tarafından da resen dikkate alınır⁸³⁷.

Kusursuz sorumluluk hali objektif bir sorumluluk türü olup böyle bir sorumluluk halinde idare aleyhine tazminata hükmedilmesi idarenin kınanmasına veya ayıplanmasına sebep olmaz⁸³⁸.

Kusur ile sorumluluk arasında illiyet bağının kesilmesi ilk defa idare hukukunda görülmüş olup kusursuz sorumluluk teorisi ilk defa idare hukukunun geliştirdiği orijinal bir teori niteliğindedir⁸³⁹.

D. Manevi Tazminat Davalarında İdarenin Sorumluluğu Açısından Zamanaşımı ve Dava Açma Süreleri ve Faiz Sorunsalı

1. İdari Eylemlerden Doğan Tam Yargı (Tıbbi Hata Sebebi ile Manevi Tazminat) Davaları

a. Genel olarak

İdari eylemler bir idari işleme dayanmayan, bir idari işlemin yürütülmesi niteliğinde olmayan idarenin ifası ile görevli olduğu kamu hizmetlerinin görülmesi esnasında davranışlarını içeren maddi olaylardır. Kamuya bağlı bir sağlık kuruluşlarında hatalı tedavi yapılması idari bir eylemdir. İdarenin hareketsiz kalması

⁸³⁵ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**,s.762; Narter, **Manevi Tazminat**, s.712.

⁸³⁶ Toplumun genelinin katlandığı külfetten daha ağır olan zarar anormal ve özel yani ağır zarar olarak kabul edilir. Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.514-515; Narter, **Manevi Tazminat**, s.712.

⁸³⁷ Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.515; Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.762; Narter, **Manevi Tazminat**, s.712.

⁸³⁸ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**,s.762; Narter, **Manevi Tazminat**, s.712.

⁸³⁹ Narter, **Manevi Tazminat**, s.712; Çağlayan, **İdare Hukuku**, s.515; Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.762.

veya yükümlülüğünü yerine getirmede yetersiz olması idari bir eylem olup bu nedenle bir zarar meydana gelmişse bu zarar kamu görevlisinin kişisel kusurundan kaynaklanmıyorsa idarenin sorumluluğuna gidilerek İYUK m. 13 uyarınca idare aleyhine tam yargı davası açılmak sureti ile tazmin edilecektir. İYUK m. 13 uyarınca tam yargı davası açılmadan önce zarar gören önce idareye idari yönden başvurarak zararının tazmini isteyecek ve dava açmadan zararın giderilmesi için idareye bir şans tanınmış olacaktır. İdari başvuru sayesinde idarenin zararı tazmin niyetinin olup olmadığı yönündeki zımnı veya açık iradesi ortaya çıkarılmaktadır⁸⁴⁰.

b. İdareye Başvuruda Zamanaşımı Süreleri ile Zamanaşımının Başlangıcı ve Kesilmesi

İdari bir eylem veya işlem neticesinde zarar gören kişi İYUK m. 12 uyarınca idare aleyhine tam yargı davası açabilir. Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması başlığını taşıyan İYUK m. 13/1 uyarınca; “1. *İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren **bir yıl** ve her halde eylem tarihinden itibaren **beş yıl** içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir...*”

Madde metninden de anlaşılacağı üzere tam yargı davası açılmadan önce idareye başvuru zarar doğuran idari eylemin yazılı bildirimi veya başka şekilde öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıl içinde yapılması gerekmektedir. Ancak bu yeterli olmayıp buna ek olarak başvurunun bir netice doğurabilmesi için de idari eylemi öğrenmenin ve idari başvurunun eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde olması gerekmektedir. Zarar doğuran idari eylem beş yılın dolmasına bir yıldan az bir zaman kala öğrenilmiş ise idari başvurunun kalan süre içinde yapılması gerekmektedir. Zarar doğuran idari eylem beş yıllık süre geçtikten sonra öğrenilmiş ise zarar görenin tam yargı davası açma hakkı bulunmayacaktır⁸⁴¹.

⁸⁴⁰ Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.513; Narter, **Manevi Tazminat**, s.769.

⁸⁴¹ Candan, **a.g.e.**, s.515; Narter, **Manevi Tazminat**, s.770-771.

Tazminat isteği hususunda kendisine idari başvuru da bulunulan idare başvuru tarihinden itibaren 60 gün içinde;

- Talebin kabul edildiğini başvurana bildirmek
- Talebi tamamen veya kısmen reddetmek,
- Herhangi bir cevap vermemek,

şeklinde üç çeşit davranıştan birini gösterebilir.

Tazminat talebi idarece kabul edilirse amaç hasıl olmuş olacaktır. Diğer hallerde ise dava açılması yoluna gidilecektir.

c. Dava Açma Süreleri

İdari Yargılama Usulü kanuna göre ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da ve idare mahkemelerinde dava açma süresi altmış gün, vergi mahkemelerinde ise otuz gündür. Danıştay'da idari eylemler dolayısıyla ilk derece mahkemesi sıfatı ile tam yargı davası açılmaz⁸⁴²

Dava açma süresi;

- Talebin kısmen veya tamamen reddedildiğine dair cevabın başvurana tebliğini izleyen günden itibaren,
- İdarenin herhangi bir cevap vermediği halde ise altmış günlük bekleme süresinin bittiği tarihten itibaren⁸⁴³

işlemeye başlayacaktır⁸⁴⁴.

⁸⁴² Narter, **Manevi Tazminat**, s.769-770; Candan, **a.g.e.**, s.518.

⁸⁴³ Çelik Ahmet Çelik, **İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınları, 2022, s.34.

⁸⁴⁴ Danıştay konu ile ilgili bir kararında; “....Sosyal Sigortalar Kurumu'na ait sağlık kuruluşunda hatalı tedavi edildiğinden bahisle öldükleri iddiası ile uğradığı maddi ve manevi zararın yasal faiziyle tazmini için açtığı davada İYUK'un 13. maddesinde; "idareye başvuru süresinin, idari eylemden zarar gören kişilerin eylemi öğrendikleri tarihten itibaren başlayacağını saptamış olmaktadır. Zararın henüz ortaya çıkmadığı, çıksa bile zararın çıkış sebebinin öğrenilemediği tarihi süreye başlangıç almanın dava açma süresinin çok kısılmasına yol açacağı ya da dava açma hakkının kullanılmaması sonucu doğuracağıın kabulü gerekmektedir. Bu haliyle başvurma süresine başlangıcı yalnızca eylem tarihi ve zararlı sonucun doğduğu tarihi esas almak yerine zararın o eylemden kaynaklandığını öğrendiği tarihi esas almak hakkaniyete daha uygun olacaktır.” şeklinde görüş bildirmiştir. Danıştay 10. Dairesi'nin 15.04.2005 tarih ve 2003/2198 E., 2005/1685 K. sayılı kararı. Atay, **a.g.m.**, s.691; Narter, **Manevi Tazminat**, s.771-772.

2. İdarenin Sorumluluğu Açısından Faiz Sorunsalı

İdari yargı tarafından hesaplan tazminat miktarına idareye tazminat talebi ile başvurulduğu tarihten itibaren yasal faiz uygulanacaktır⁸⁴⁵.



⁸⁴⁵Gürsel Kaplan, “Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu”, **AÜHFD**, C:55, S:2, 2006, s.133; Danıştay 5. Dairesi, 19.02.2008 tarih ve 2005/5463 E., 2008/876 K. sayılı kararında; “*faiz ödemesinin alacaklının yoksun kaldığı miktara yoksun kalma süresine göre belirlenen bir zarar giderme biçimi olduğu; idarece ödenen miktara ait faizin uğranılan zararın karşılığı olma niteliği taşıması sebebiyle ayrı bir davaya konu edilmesinin olanaklı olduğu...*” şeklinde görüş bildirmiştir. Narter, **Manevi Tazminat**, s.773.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ HATA SEBEBİ İLE OLUŞAN MANEVİ ZARAR VE MANEVİ TAZMİNAT KAVRAMLARI

I. MANEVİ ZARAR İLE İLGİLİ KAVRAMLAR

A. Zarar Kavramı

Ceza hukukundan farklı olarak sorumluluk hukukunda zarar yoksa hukuki anlamda tazminat sorumluluğu da yoktur⁸⁴⁶. Zira sorumluluk hukukunun amacı yine Ceza hukukundan farklı olarak zarara yol açan kişinin cezalandırılması değil, onun sebep olduğu zararın tazmin edilmesidir. Zarar gerek hukuki ve gerek idari tazminat sorumluluğunun en önemli unsurunu teşkil eder. Tıbbi uygulamadan doğan bir sorumluluktan söz edebilmek için yine tıbbi uygulama neticesinde bir zarar meydana gelmiş olması gerekir⁸⁴⁷.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda zarar kavramından bahsedilmişse de içeriğinin tanımlanması doktrin⁸⁴⁸ ve uygulamaya bırakılmıştır. Hukukumuzda zarar dar ve geniş anlamda zarar olmak üzere iki anlamda kullanılmakta olup dar anlamda zarar kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmayı⁸⁴⁹ yani maddi zararı⁸⁵⁰, geniş anlamda zarar kişinin sadece malvarlığında değil aynı zamanda şahısvarlığında da iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade etmektedir⁸⁵¹.

⁸⁴⁶Serkan Çınarlı, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Orion Kitapevi, 2013, s.160; Odyakmaz/Keskin, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, s.361; Doğramacı, **a.g.e.**, s.115.

⁸⁴⁷ Doğramacı, **a.g.e.**, s.115.

⁸⁴⁸ Zarar kavramına doktrinde yapılan farklı tanımlar için bkz. Murat Topuz, **İsviçre Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, İstanbul 2011, s.20 vd.

⁸⁴⁹ Tandoğan, **Mesuliyet**, s.63; Mehmet Ünal, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", **AÜHFD**, C:35, S:1; 1978, s.398.

⁸⁵⁰ Maddi zarar malvarlığındaki aktif değerlerin azalması şeklinde olabileceği gibi malvarlığının pasifinin artması şeklinde de olabilir. Tandoğan, **Mesuliyet**, s.63; Fulya Erlüle, **Türk Borçlar Kanunu'na göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, 3. Baskı, İstanbul, 2021, s.16.

⁸⁵¹ Teoman Akünel, **Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu**, İstanbul, 1977, s.43; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.63; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.16.

Karşılaştırmalı Hukuk açısından duruma bakıldığında Avusturya ve Alman hukuklarında zarar kavramı geniş anlamda Türk ve İsviçre Hukukunda ise dar anlamda yani sadece maddi zarar olarak anlaşılmaktadır^{852, 853}.

B. Maddi Zarar -Manevi Zarar Kavramlarının Ayırımı

Kişinin değeri para ile ölçülebilen hakları malvarlığı hakları olarak kabul edilmekte, bu haklardan bağımsız olarak ekonomik değeri para ile ölçülemeyen kişinin daha çok manevi yönü ile ilgili olan onun yaşam hakkı, sağlık hakkı, vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı, şeref ve haysiyeti, adı, sırları gibi manevi değerlerini kapsayan kişilik haklarına⁸⁵⁴ ise şahıs varlığı hakları denilmektedir. Maddi zararın malvarlığı haklarına manevi zararın ise şahıs varlığı haklarına ilişkin olduğu kabul edilmekte⁸⁵⁵ ve manevi zararı sübjektif teori açısından değerlendiren görüşü savunan yazarlara göre manevi zarar hissedilen acı, elem, üzüntü, yaşama sevincinde azalma şeklinde kendini göstermektedir⁸⁵⁶. Doktrinde zararın maddi mi yoksa manevi mi olduğu tespit edilirken zararın niteliğine bakılması gerektiği eğer zarar para ile ölçülebilen bir zarar ise maddi, para ile ölçülemiyorsa manevi bir zarar olduğu öngörülmektedir⁸⁵⁷. Farazi destekten yoksun kalma zararı, bir eşyanın kullanım imkanının ortadan kalkması, evlenme şansının azalması ya da tamamen kaybı gibi bazı zarar örneklerinde olduğu gibi gerek klasik zarar kavramının genişletilmesi süreci, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zarar kalemi örneğinde olduğu gibi de gerekse maddi zarar ile manevi zarar arasındaki ayırımın belirsizleşmesi sebebi ile manevi nitelik taşıyan bazı değerler maddileştirilmiş ve maddi zarar kapsamına dahil edilmesi sonucunu da doğurmuştur⁸⁵⁸.

⁸⁵² Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, s.116.

⁸⁵³ Tahir Kemal Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", **AÜHFED**, C:30, S:1-4, 1973,s.7; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.16.

⁸⁵⁴ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.59.

⁸⁵⁵ Ferit Hakkı Saymen, **Manevi Zarar ve Tazminat Sureti**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1940, s.13 vd.; Ünal, **a.g.m.**, s.398-400. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.59.

⁸⁵⁶ Ünal, **a.g.m.**, s.398-399; Ergun Özsunay, **Çeşitli Hukuk Çevrelerinde "Manevi Zarar Kavramı" ve "Manevi Zararın Giderimi"ne İlişkin Çözümler**, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s.483; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.560

⁸⁵⁷ Saymen, **a.g.e.**, s.13 vd.; Ünal, **a.g.m.**, s.399. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.59; Gürsoy, **a.g.m.**, s.7-9.

⁸⁵⁸ Rona Serozan, **Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım**, "Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990, Batider, s.67-101, s.78-79; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.60-61.

Maddi zarar ile manevi zarar kavramlarını birbirinden ayrılması noktasında ileri sürülen birçok görüş olmakla birlikte esas önemli olan husus terminolojiden önce manevi zararın teorik önemi ve anlamıdır⁸⁵⁹. Kavram olarak ise kökleşmiş ve yerleşmiş olanı manevi zarar kavramının kullanılması karışıklıkları önlemek adına uygun olacaktır..

C. Manevi Zarar Kavramı ve Konu İle İlgili Çeşitli Teoriler

Manevi zarar, haksız bir fiil neticesinde kişinin şahıs varlığında uğradığı zararı ifade eder. Haksız fiilin yöneldiği varlığın türü, manevi zararın oluşup oluşmamasında ayırt edici bir unsur olmayıp haksız fiil ister şahıs varlığına ister mal varlığına yönelmiş olsun, bu fiilin sonucunda kişi manevi zarara uğramışsa bunun tazmini gerekecektir. Manevi zarar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 56 ve 58. maddelerinde düzenlenmiştir. Manevi zarar, her ne kadar haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinde düzenlenmişse de Türk Borçlar Kanunun 114. maddesinin 2. fıkrasının “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır*” şeklindeki açık yollaması karşısında sözleşmeye aykırılık hâllerinde şartları mevcutsa manevi zarar oluşabilecektir. Bir diğer ifadeyle, Türk Borçlar Kanununda yer alan manevi zarar hükümleri hem haksız fiillerden doğan borç ilişkilerine hem sözleşmeye aykırılık hâllerine uygulanır⁸⁶⁰.

Kanuni düzenlemelerde manevi zararın tanımı yapılmamış ve manevi zararın oluşup oluşmadığının takdiri hâkime bırakılmıştır⁸⁶¹. Manevi zarardan söz edebilmek için kişilik haklarına yapılan bir saldırı ve bu saldırının kişide acıya, eleme, ızdıraba yani manevi nitelikte olumsuz bir duyguya yol açması gerekir. Elem ve acı kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanmıyorsa veya kişilik haklarına yapılan saldırı acı ve

⁸⁵⁹ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.26.

⁸⁶⁰ Kılıçoğlu, **Genel Hükümler**, s.564.

⁸⁶¹ YİBGK’nun 26.6.1966 tarih ve 1966/7 E, 1966/7 K. sayılı kararında “...Kısacası kanun vazıı, her olayda meydana çıkan ihtiyacı karşılayan kesin bir kural koymaktaki zorluğu düşünerek, 47 inci madde metnini kasten elastiki bir şekilde formüle etmiş ve manevi tazminat hükmedilmesini gerekli kılan hal ve şartları, hakimın takdirine bırakmıştır....” denilmek sureti ile manevi zararın varlığını hakimın takdirine bıraktığı belirtilmiştir. Bununla birlikte uygulamada takdir yetkisi kullanılırken kararlar arasında önemli farklar bulunduğu, aynı hakimın aynı dönem içerisinde benzer dosyalardan birinde yüksek, ötekinde düşük miktarda tazminat “takdir” ettiği gözlemlenmekte, bu konuda Yargıtay kararları arasında da derin ayrılıklar tespit edilmektedir. Çelik Ahmet Çelik, **Can Zararlarında Manevi Tazminata Ölçü Arayışı**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan Konferansı, s.1, http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/533_manevi-tazminatin-olcusu.pdf, E.T: 23.10.2023.

eleme yol açmıyorsa manevi zararın varlığından söz edilemez⁸⁶². Yargıtay' a göre manevi zarar, kişilik hakları hukuka ve ahlaka aykırı bir fiil ile saldırıya uğrayan kişinin duyduğu acı, elem, üzüntü ve kederi ifade eder⁸⁶³.

Tıbbi uygulama hatalarından doğan manevi zarar fiziksel yaralanma sonucu kişinin vücut bütünlüğünün zarar görmesi veya kişinin yakınlarının ölümü sebebi ile duyduğu acı ve üzüntü kaynaklı olabilir. Vücut bütünlüğünün zedelenmesi sebebi ile maddi bir kaybın da olduğu manevi zararlar “ maddi etkisi olan manevi zarar”, sadece elem, acı ve üzüntünün olduğu herhangi bir maddi kaybın olmadığı haller ise “salt manevi zarar” olarak tanımlanmaktadır⁸⁶⁴.

Türk hukuk doktrinde manevi zarar kavramı hususunda çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Manevi zararı gerçek anlamda bir zarar olarak kabul etmeyerek ayrı bir kurum veya terimle ifade edilmesi gerektiğini ileri süren görüşler⁸⁶⁵ olduğu gibi zarar kavramını hem maddi hem de manevi zararı kapsayacak şekilde geniş anlamda kabul eden ancak kökleşmiş bir kavram olduğu için manevi zarar kavramının kullanılmasının yerinde olduğunu savunan görüşler de mevcuttur⁸⁶⁶. Bir diğer görüşe göre ise malvarlıksal olmayan zarar, parasal olmayan zarar şeklinde tanımlamanın teknik olarak daha uygun olduğu ancak manevi zarar şeklinde kullanımın herkes tarafından benimsendiği, yerleşik olan bu adlandırmanın kullanılmasının amaca daha uygun olduğu⁸⁶⁷ yönündedir.

İsviçre-Türk Hukukunda manevi zarar sübjektif teori çerçevesinde değerlendirilmekte ve bu görüşü savunan yazarlara göre manevi zarar kişiliğin ihlali sonucunda hissedilen acı, elem, hüzn gibi duyguları, psikolojik sarsıntı, bunalım olarak kabul edilmekte ve etkisini malvarlığı değerleri üzerinde göstermemesi nedeni

⁸⁶² Nisim İ. Franko, “Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanunu’nda Tazmini Sistemi Hakkında Bir Tetkik”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, ; C:2, S:2, 1984, s.134.

⁸⁶³ YİBGK’nun 06.07.2018 tarih ve 2017/5 E, 2018/7 K. sayılı kararında manevi zarar; “...*kisilik hakları hukuka veya ahlâka aykırı bir fiille saldırıya uğrayan kişinin duyduğu acı, elem, üzüntü ve kederi ifade eder....*” şeklinde tanımlanmıştır. www.kazanci.com.tr E.T: 03.06.2023.

⁸⁶⁴ Ramazan Çağlayan, **İdarenin Sorumluluğu Anlamında Bedensel Zarar Kavramı ve Uygulaması**, , Ed., Sema Uçakhan Güleç-Necdet Basa, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, C. 2, 2016, s.244.

⁸⁶⁵ Tandoğan, **Mesuliyet**, s.63; Gürsoy, **a.g.m.**,s.7-8; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali** s.24-26.

⁸⁶⁶ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.26.

⁸⁶⁷ Hülya Atan, **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, İstanbul, XII Levha, 2015 Ekim, s.47.

ile ve para ile ölçülmesi mümkün olmayan bu tarz duygu zararlarını gerçek anlamda zarar olarak görmemektedirler⁸⁶⁸.

D. Manevi Zarar Kavramına İlişkin Teoriler

Manevî zararı açıklayan teorilerin temelini kişilik hakkı ihlal edilen kişinin, bu ihlal sonucunda kişiliği üzerinde meydana gelen etkiden ne anlaşılması gerektiği hususu oluşturur⁸⁶⁹. Bu konudaki başlıca teoriler sübjektif teori, objektif teori ve bu teorileri kendi içinde bağdaştırmaya çalışan karma teori oluşturmaktadır.

1. Sübjektif Teori

İsviçre-Türk hukukuna egemen olan bu teoriye göre manevi zarar kişilik hakkı ihlali neticesinde gerek fiziksel gerekse manevî yönden elem ve acı duyulması ve bu duygulara bağlı olarak kişinin ruhsal dengesinin bozularak yaşama sevincini kaybetmesidir⁸⁷⁰. Yani manevi zarar kavramı kişiliğe yapılan saldırı neticesinde duyulan panik, korku, endişe, öfke, acı, utanç, güvensizlik gibi vb. bütün psikolojik sarsıntı ve yıkılmaları, bedensel ağrıları ifade eder⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali** s.62-63.

⁸⁶⁹ Ayşe Arat, “6098 sayılı Borçlar Kanunu m.58’e Göre Manevî Tazminatın Belirlenmesine 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 49/II’nin Kaldırılmasının Etkisi”, **EÜHFD**, C:12, S:3-4, 2013, s.187.

⁸⁷⁰ Bu teoriyi savunan yazarlar; Ahmet Kılıçoğlu, **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın yoluyla Saldırılarından Doğan Hukuksal Sorumluluk**, 2. Bası, Ankara 1993, s.244; Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2008, s.182-185; Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, (MK md. 24/a fıkra I/İMK md.28a fıkra I), İstanbul 2001, s.177; S. Selahattin Tekinay/Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s.655; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 14. Bası, İstanbul, 2014; Fahri Çalkın/Muhsin Tuğsavul, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1948, s.44; Şeref Ertaş, **Manevî Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti**, Prof. Dr. İlhan E. Postacioğlu’na Armağan, İstanbul Üniversitesi, 1990, ss.65-112, s.65; Necip Koca Yusuf paşaoğlu, **Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına Yeni Gelişmeler (MK.24, BK.49)**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, (ss.141-180), 1980 s.145-148; Nisim Franko, **Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini**, Ankara 1973, s.123; Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Hukuku Manevi Tazminat**, 6. Baskı, İstanbul 2001 s.65 vd.; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.26; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.330.

⁸⁷¹ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.65; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali** s.27.

Burada önce hukuka aykırı fiil ile kişilik hakkı ihlal edilir, zarar dolaylı bir sonuç olarak ortaya çıkar. Yani bu teoriye göre manevi zarar kişilik hakkının ihlaline bağlı olarak kişinin, kişilik haklarında yansıma olarak meydana gelmektedir⁸⁷².

Subjektif teori uyarınca manevi zararın oluşması için tek başına kişinin şahıs varlığını oluşturan kişisel değerlerin ihlal edilmesi ve bu değerlerde objektif olarak bir azalma meydana gelmesi yeterli olmayıp ikinci bir subjektif unsurun⁸⁷³ yani kişilik hakkı ihlal edilenin şahıs varlığında objektif olarak meydana gelen azalmanın hissedilmesi ve bu durumun sonucu olarak ortaya çıkan acı, elem, ızdırap gibi duygulara bağlı olarak kişinin huzur gibi olumlu duygularını kaybetmesi, yaşama sevincinin azalmasıdır⁸⁷⁴.

Bu teori kişilik hakkı ihlali neticesinde acı, hüznün, keder gibi duyguların hissedilmesine bağlı olarak manevi zararın gerçekleştiğini kabul ettiği için hissetme yeteneği olmayan tüzel kişiler ile farkındalığı olmayan ayıt etme gücü bulunmayanlar açısından manevi zararın oluşabileceğini kabul etmemektedir.

Doktrinde bazı yazarlar tüzel kişiler ile ilgili olarak yaradılış gereği gerçek kişiler gibi üzüntü, acı, psikolojik sarsıntı veya çöküntü, keder, hüznün gibi duygulara sahip olmamasından hareketle manevi zarara uğramayacaklarını, isim, ticari unvan, ticari sır, ticari itibar, şeref ve haysiyet gibi kişisel değerlere yönelik ihlaller varsa tüzel kişilerin kişilik haklarını TMK. madde 25 hükmünde düzenlemiş olan manevi tazminat davası dışında davalar ile koruyabileceklerini ileri sürmektedirler⁸⁷⁵. Bu yazarlara göre iç dünyada psikolojik olarak acı duyulmaması, gerçek kişiler gibi hissetme özelliğine sahip olmamaları, fiziksel olarak ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlalden söz edilememesi sebebi ile tüzel kişilerin manevi tazminat talep etme hakları yoktur⁸⁷⁶. Ancak doktrinde baskın ve egemen olan görüş gerçek kişilere özgü kişisel değerler dışında kalan diğer kişisel değerlerin ihlal edilmesi halinde tüzel

⁸⁷² Arat, **Manevi Tazminat**, s.187.

⁸⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, **Kişilik Hakları**, s.147; Abdulkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku(Gerçek Kişiler)**, İstanbul 1993, s.149; Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.18-20; Erlüle **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.27-28.

⁸⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Kişilik Hakları**, s.147.

⁸⁷⁵ Ahmet Kılıçoğlu, "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?" **DÜHFD**, C:1, S:1, 1983, s.293; Kılıçoğlu, **Şeref, Haysiyet**, s.271-272; Franko, **Manevi Zarar**, s.190; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.28.

⁸⁷⁶ Narter, **Manevi Tazminat**, s.8.

kişiliğin niteliğini açıklayan gerçek kişilik teorisi⁸⁷⁷, varsayım teorisi⁸⁷⁸ gibi teoriler gereğince tüzel kişilerin manevi tazminat davası açabilecekleri yönündedir⁸⁷⁹.

Doktrinde bir görüş ayırt etme gücü bulunmayanlar açısından manevi zarar ve manevi tazminat talebini hakkaniyet düşüncesi ile kabul etmekte⁸⁸⁰ diğer bir görüş ise bunların idrak ve hissetme yetenekleri olmadığı için manevi zarara uğramadıklarını ve manevi tazminat davası açmalarının mümkün olmayacağını ancak kişilik haklarını koruyan diğer davalardan yararlanabileceklerini ileri sürmektedir⁸⁸¹.

2. Objektif Teori

Bu teoriye göre manevi zarar kişinin şahıs varlığını oluşturan kişisel değerlerinin ihlal edilmesi neticesinde kişilikte meydana gelen azalmadır⁸⁸². Kişinin hukuk düzeni tarafından korunan yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, özel hayat, şeref ve haysiyeti, mesleki ve sosyal itibarı gibi kişilik değerlerine yönelik hukuka aykırı ihlallerin kişilikte ve şahıs varlığında yarattığı objektif azalma manevi zararı oluşturmaktadır⁸⁸³. Bu teoriye göre yaşanan olaylardaki acı, üzüntü, keder kişiden kişiye değiştiğinden miktarı kesin olarak belirlenemeyecek bir zarar, manevî tazminatın dayanağını oluşturamaz. Bu sebeple manevî zarar kişilik haklarında objektif olarak meydana gelen azalmadır. Kişilik hakkının ihlali kişide ruhsal ya da fiziksel zararlar ortaya çıkarabilir. Bu durumda ortaya çıkan her bir zarar, tüm manevî zararın bir parçasını teşkil edecektir. Bunların ayrı ayrı hesaplanıp manevî zararın bir bütün olarak belirlenmesi gerekir. Bu görüşü savunanlara göre eğer

⁸⁷⁷ Gerçek kişilik teorisi hakkında bkz. Teoman Akünel, **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, İstanbul, 1995, s.15; Erlüle **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.29.

⁸⁷⁸ Varsayım teorisi hakkında bkz. Akünel, **Tüzel Kişiler**, s.14; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.29.

⁸⁷⁹ Tufan Ögüz, **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, İstanbul, 2007, s.66-67; Akünel, **Tüzel Kişiler**, s.29; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.667; Hüseyin Hatemi, **Kişiler Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1992, s.155; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s.238; Tandoğan, Mesuliyet, s.333;

⁸⁸⁰ Tandoğan, **Mesuliyet**, s.333-334; Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 2. Bası, İstanbul, 1974; s.50; Saymen, **a.g.e.**, s.215; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.30.

⁸⁸¹ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.668; Franko, **Manevi Zarar**, s.177-178.

⁸⁸² Çiğdem Kırcı, “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, **Yargıtay Dergisi**, C:25, S:3, 1999, s.242 vd.; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.31.

⁸⁸³ Kırcı, **a.g.m.**, s.253,256; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.31.

sübjektif teori benimsenirse acıyı, kederi hissedemeyecek olan temyiz kudretine yani ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler ve duyguları olmayan tüzel kişiler manevi tazminat talep edemezler⁸⁸⁴.

Objektif manevi zarar teorisini savunan yazarlardan bir kısmı duygu zararlarını tamamen reddetmekte, manevi zararı kişilik değerleri kayba uğrayan kimsenin dış ihlal zararının nesnel karşılığını ifade ettiğini ileri sürmektedirler⁸⁸⁵.

İsviçre Hukuk Uygulamasına bakıldığında İsviçre Federal Mahkemesi uğramış olduğu ağır beyin hasarı sebebi ile bilincini sürekli ve kesin olarak kaybeden kişi lehinde manevi tazminata hükmettiği 1982 tarihli Lamoni kararında manevi zararın objektif ve sübjektif yönünün dava konusu olayda birbirinden bağımsız ve farklı yoğunlukta etkili olması sebebi ile birbirlerinden ayırt edilmelerinin güç olduğu bazı hallerde manevi zararın objektif yönünün bazı hallerde ise sübjektif yönünün ağır bastığını ancak bedensel bütünlüğün ihlalinin söz konusu olduğu dava konusu olayda objektif yönün manevi zararın zorunlu unsuru olduğunu, sübjektif unsurun ise manevi tazminatın kapsamının belirlenmesinde etkili olduğunu ifade edilmiştir⁸⁸⁶.

Alman Federal Mahkemesi 1992 yılında verdiği ilke kararında ayırt etme gücünden yoksun olanlara daha düşük miktarda manevi tazminat verilmesi yönündeki eski içtihadından vazgeçerek, zarar görenin idrak ve hissetme yeteneğinin olmamasını tazminatta indirim sebebi değil tam tersine ihlalin ağırlığını gösteren bir olgu niteliğinde olduğunu, Alman Anayasasının insan onurunu koruyan 1. maddesi ile yaşam hakkı, kişiliğin korunması ve kişi özgürlüğüne ilişkin 2. maddesi uyarınca ağır beyin hasarı sonucu bilincini sürekli kaybeden zarar görenin ihlali hissedebilecek durumda olup olmadığı dikkate alınmaksızın manevi zararının tazmin edilmesi gerektiğini ve manevi zararın sadece bedensel bütünlüğe yönelik olmadığını zarar görenin duygu dünyasını da kapsadığı yönünde hüküm kurmuştur⁸⁸⁷.

⁸⁸⁴ Arıdemir, **a.g.e.**, s.179; Arat, **Manevi Tazminat**, s.187.

⁸⁸⁵ Serozan, **Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım**, s.83; Dış ihlal zararı kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının ihlalden doğan zararı ifade eder. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.36; Zafer Gören, **Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması**, Anayasa Yargısı, Cilt:9, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1992, s.174.

⁸⁸⁶ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.46.

⁸⁸⁷ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.46-47.

3. Karma Teori

Bu teoriye göre manevî zarar, iki unsurdan meydana gelmektedir. Bu unsurlardan ilki, kişilikte objektif olarak gerçekleşen eksilme olup bu unsur tek başına manevî zararın ortaya çıkması için yeterli olmayıp buna sübjektif nitelikte ikinci bir unsurun eklenmesi gerekir. Sübjektif nitelikteki bu unsur ise kişilik değerlerindeki objektif eksilmenin; acı çekerek, elem ve üzüntü duyarak ruhsal huzuru kaybederek farkına varılması suretiyle olur. Bir başka deyişle manevî zarar, kişilik değerlerindeki objektif eksilmeilekişinin bu eksilmenin bilincine vararak acı çekmesi ile ortaya çıkmaktadır⁸⁸⁸. Bu görüş, kişinin ruhsal dengesinin bozulması ve buna bağlı olarak acı çekmeyi öngördüğü için sübjektif teoriden pek de farklı bir sonuca varmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁸⁸⁹.

4. Manevî Zararı Açıklayan Teorilerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Gerek Doktrinde gerekse Yargıtay Kararlarında manevî zararın niteliği hususunda ağırlıklı olarak sübjektif teori benimsenmektedir⁸⁹⁰. Yargıtay'ın kararlarında da aynı eğilim gözlenmektedir. Yargıtay'ın sübjektif teoriyi benimseyen kararlarında, manevî zararı kişilik hakkının ihlali sebebiyle kişide oluşan acı, keder, elem ile yaşama zevkinde azalma olarak ifade edilmiştir⁸⁹¹. Bununla birlikte Yargıtay'ın bazı kararlarının da objektif teoriye yakın olduğu görülmektedir⁸⁹².

⁸⁸⁸ Arat, **Manevi Tazminat**, s.187; Karma teori için geniş bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Kişilik Hakları**, s.147; Arıdemir, **a.g.e.**, s.181.

⁸⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Kişilik Hakları**, 148; Arat, **a.g.e.**, s.187-188.

⁸⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **Kişilik Hakları**, 146; Anayasa Mahkemesi'nin 11.02.1969 tarih ve E.968/33, K.12 sayılı kararında da sübjektif teoriye ilişkin düşünce ifade edilmiştir. Arat, **Manevi Tazminat**, s.189.

⁸⁹¹ YİBGK'nun 22.06.1966 tarih ve 1966/E. 1966/7, K. sayılı kararında bu husus "*Eli çizilen bir kimseye cismani zarar uğradı diye kural olarak manevî tazminat hükmedilmesi icap etmez. Demek ki, cismani zarara uğrayan kimsede veya ölenin yakınlarında önemli bir manevî zarar (elem, ızdırıp) husule gelmelidir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Naklen Arat, **Manevi Tazminat** s.189, dpnt. 11.

⁸⁹² YHGK'nun 27.06.2012 tarih ve 2012/4-179 E., K. 2012/412 K. sayılı kararında bu husus "*Manevi tazminat, zarar görenin fiziki, sosyal ve duygusal kişilik değerlerinde, bedensel bütünlüğünün iradesi dışında ihlali hallerinde meydana gelen eksilmenin (manevizararın) giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesidir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Naklen Arat, **Manevi Tazminat**, s.189, dpnt. 12.

Manevî zararın belirlenmesi bakımından objektif teorinin geçerliliğinin daha uygun olacağı yönünde görüş birliğinin olduğu da görülmektedir. Zira kişinin duygularının, ne tür bir acı, elem, ıstırap veya üzüntü hissettiğinin ispatı ve tespiti, bunu somut olarak ölçecek bir kriter olmadığı için mümkün olmayıp sübjektif açıdan değerlendirme yapmak da zor olacaktır. Ancak objektif olarak kişilik hakkını ihlal eden bir hukuka aykırı davranışın, manevî zarara yol açacağı kabul edilir. Bu davranış sonucunda kişinin duyduğu acı, ruhsal çöküntü doğrudan doğruya tespit edilemez. Bu sebeple hayatın normal akışı ve yaşam tecrübeleri çerçevesinde kişinin ne ölçüde etkilenmiş ve zarar görmüş olabileceğini hâkim takdir edecektir⁸⁹³.

Öte yandan objektif teorinin yetersiz kaldığı bazı durumlar da ortaya çıkabilir. Örneğin babasından nefret eden, onun ölmesini istediğini, ölürse çok sevineceğini gerek babasına gerekse yakınlarına söyleyen bir kişinin, babasının haksız fiil sonucunda vefat etmesi halinde objektif teoriye göre manevî tazminat talep etmesi mümkündür. Zira objektif teoriye göre burada oğul açısından bir ihlal oluşmuştur. Ancak oğul açısından manevi bir zarar oluştuğunu söylemek, adalete ve hakkaniyete aykırı olur. Nitekim objektif görüşü savunanlar, bu tarz katı durumları yumuşatmak için duygusal zarar kavramını öne sürmekte ve duygusal zararların da tazmininin gerektiğini savunmakta, günlük hayatta her zaman karşılaşılabilecek olağan, hafif acı ve ıstırapları kapsam dışında bırakmaktadırlar⁸⁹⁴.

Bizim bu konudaki görüşümüz ise her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğidir. Her olay açısından salt sübjektif teorinin veya objektif teorinin geçerli olduğunu söylemek hakkaniyete aykırı uygulamaların ortaya çıkmasını sebep olabilecektir. Bununla birlikte sadece bir teori dikkate alınacak olursa karma teorinin daha uygun olduğu ve kişisel değerlerde objektif olarak gerçekleşen eksilmenin tek başına yeterli olmayacağı bunun yanı sıra sübjektif nitelikte ikinci bir unsurun yani acı çekme, elem ve üzüntü duymanın da manevi zararın varlığı açısından aranması gerektiği kanaatindeyiz.

⁸⁹³ Kocayusufpaşaoğlu, **Kişilik Hakları**, s. 148; Arat, **Manevi Tazminat**, s.188.

⁸⁹⁴ Arat, **Manevi Tazminat**, s.188.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TIBBİ HATA NEDENİ İLE MANEVİ ZARAR VE TAZMİN EDİLMESİ ŞEKLİ

Manevi zarar farklı hukuk sistemlerinde farklı kavram ve terimler ile ifade edilmektedir. Alman Hukuku'nda manevi zarar kavramı için immaterieller Schaden (maddi olmayan zarar), nicht Vermögenschaden (mal varlığına ilişkin olmayan zarar), immaterielle Unbill (maddi olmayan haksızlık), ideeller Schaden (ideal zarar) kavramları kullanılmaktadır. Manevi zararın parasal olarak karşılanmasında yani manevi tazminat kavramı içinde Schmerzensgeld (acı parası) kavramı kullanılmaktadır. İsviçre Hukukunda manevi zarar için seelische Schaden ve moralische Schaden, manevi zararın parasal olarak giderilmesi durumu için de Genugtuung kavramları kullanılmaktadır. Anglo-Sakson hukuk sisteminde manevi zarar nominal damages, moral damages, non-pecuniary damages şeklinde kavramlar ile ifade edilmektedir⁸⁹⁵.

Çeşitli ve farklı hukuk sistemlerinin manevi zarar ve manevi tazminata bakış açılarını, yargısal faaliyetlerinde kullandıkları yöntemleri ve çözüm önerilerini değerlendirmek gerekmektedir.

A. Avusturalya

Avusturalya sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi esnasında meydana gelen tıbbi hataların tespiti ve istatistiksel bilgi olarak muhafazası hususunda ciddi girişimlerde bulunan birkaç ülkeden biridir⁸⁹⁶. İstatistiksel bilginin tespiti için yedi farklı veri mevcut olup istenmeyen olay⁸⁹⁷ olarak adlandırılan tıbbi hata oranının en azdan en çok olana doğru sıralaması yapılmıştır. Avusturalya'da Tıbbi Savunma Organizasyonu adı verilen kuruluş hastalardan, hekimlerin mesleki faaliyetleri sırasında meydana gelen tıbbi hata kaynaklı tazminat talepleri ile ilgili başvuruları kabul etmektedir.

⁸⁹⁵ Doğramacı, **a.g.e.**, s.120.

⁸⁹⁶ Avusturalya toplam sağlık gideri içinde kamu sağlık giderlerine ayırdığı pay ile diğer bi çok Avrupa ülkesinden farklılık göstermemiştir. Oğuz Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Güncellenmiş 3. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.330.

⁸⁹⁷ İstenmeyen olay sakatlığa, ölüme veya hastane yatış süresinde uzamaya sebep olan, hastanın hastalığından çok sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sürecinden kaynaklanan ve kasıtlı olmayan olmak komplikasyonlar ve yaralanmalar olmak üzere üç unsuru kapsamaktadır. Polat, **a.g.e.**, s.329.

Avustralya Sağlık Bakım Kalite Derneği tarafından 1995 yılında yapılan araştırmada hastaneden yatarak tedavi görmüş hastalardaki tıbbi hata oranı yüzde 16,6 olarak tespit edilmiş olup aynı araştırmada sağlık personelinin cezai yaptırıma maruz kalma korkusu vb. sebeplerle tıbbi hata bildirme oranlarının düşük olduğu gözlemlenmiştir⁸⁹⁸

B. Japonya

Japonya’da tıbbi hata kaynaklı tazminat davaları profesyonel sorumluluk sigortası, yasal mevzuat ve sağlık politikaları gibi çok çeşitli faktörlerden etkilenmektedir. Japon Tıp Birliği, üyesi olan hekimlere profesyonel sorumluluk sigortasını bizzat sağlayarak üyesi olan hekimlere karşı açılacak tazminat davalarında çatışmaları en aza indirmek sureti ile hekim ve hasta açısından en hızlı ve doğru kararların alınmasını sağlamaktadır. Bir hekim hakkında tıbbi hata sebebi ile şikayet olduğunda hekim, Japon Tıp Birliği üyesi ise, mahkemede dava açılması veya Japon Tıp Birliği’nce bir karar verilmesi hususunda seçim hakkına sahiptir. Hasta Japon Tıp Birliği’nin kararından memnun kalmazsa yine dava açmak hakkına da ayrıca sahiptir. Japon Tıp Birliği şikayet konusu olayı ortalama 3-12 ay arasında çözüme kavuştururken bu süre mahkemede 36 aya kadar çıkabilmektedir⁸⁹⁹.

C. Avrupa Konseyi

1954 yılında imzalayarak tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin adil tazmin başlığını taşıtan 41. maddesi uyarınca; *“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Taraf’ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”* AİHS m. 41 bu düzenleme ile ruhsal ve fiziksel acı halinde manevi tazminat hakkının varlığına işaret etmektedir.

⁸⁹⁸ Rainu Kaushal / David W.Bates/ Christopher Landrigan, “Medication Errors and Adverse Drug Events In Pediatric Inpatients”, *JAMA*, C:285, S:16, 2001, s. 2114-2120; Polat, *a.g.e.*, s.333.

⁸⁹⁹ Sakura Yahata, *A Study of Defensive Medicine In Japan*, Applied Ethics, s.175-186, Hokkaido University Press, Sapporo, 2011; Polat, *a.g.e.*, s.335.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından manevi zarar ve tazminat ile ilgili olarak üye ülkeler arasındaki farklı düzenleme ve uygulamaları azaltmak için fiziksel yaralanma ve ölüm durumlarında meydana gelen zararın tazmini açısından 14 Mart 1975 tarih ve (75)7 sayılı çözüm önerileri getirilmiştir. Bu çözüm önerilerinde fiziksel zarar açısından manevi tazminatın belirlenmesinde bir takım temel ilkeler benimsenmiştir. Çözüm önerilerinin 11. maddesinde mağdurun estetik bir zarar, fiziksel ağrı veya ruhsal ıstırap için tazminata hakkı olduğu, mağdurun keyifsizlik, uykusuzluk, aşağılanma duygusu, yaşamdan keyif alamama gibi çeşitli şikâyetlerinin de yine tazminat kapsamında olduğu, 12. maddede tazminatın miktarı belirlenirken fiziksel ağrı ve ruhsal ıstırapın şiddetinin ve süresinin esas alınacağını, mağdurun ekonomik durumunun dikkate alınmayacağı, 13.maddede fiziksel ve ruhsal sıkıntı çeken mağdurun bu durumu istisnai bir özellik arz ediyorsa annesi, babası ve eşinin tazminat alma haklarının olduğu aksi halde tazminat hakkının bulunmadığı hususları düzenlenmiştir. Aynı çözüm önerilerinde ölüm durumunda manevi tazminat için de bir takım temel ilkeler öngörülmüş ve 19. maddede mağdurun ölümü sebebi ile ruhsal olarak acı çeken üçüncü kişilere tazminat hakkı tanımayan hukuk sistemlerinin mağdurun ebeveynleri, çocukları, nişanlısı dışındaki kişilere tazminat hakkı tanımamaya devam etmesi gerektiği, bu üçüncü kişilerin tazminat hakkının sadece bu kişilerin ölüm anında mağdur ile yakın bir bağ içerisinde olması halinde var olabileceği öngörülmüştür⁹⁰⁰.

D. Kıta Avrupası Hukuku

1. Genel Olarak

Kıta Avrupası hukuk sistemi manevi tazminata yaklaşımda liberal(Fransa, İspanya, İtalya, Bulgaristan, Yunanistan ve Portekiz), ılımlı (Hollanda ve Birleşik Krallık) ve daha katı üçüncü bir sistemin(Almanya, Polonya, İsveç, ve Avusturya) mevcut olduğu üç sınıfa ayrılmaktadır⁹⁰¹.

⁹⁰⁰ <https://rm.coe.int/16804f2a17>, E.T. 01.05.2023; Doğramacı, **a.g.e.**, s.120-121.

⁹⁰¹ Vernon Valentine Palmer, **European Contractual Regimes: The Contemporary Approaches.**, İçinde: Vernon Valentine Palmer (Ed.), *The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2015, s.95.

Liberal olarak adlandırılan sistemlerde manevi zararın tazmini kusur, zarar, illiyet bağı gibi maddi tazminat içinde gerekli olan ilkelere ve kurallara tabidir. Kusurun ağırlığı tazminat hakkını etkilemez ancak miktarı açısından etki edebilir⁹⁰². İlimli sistemlerde konu ile ilgili özel düzenlemeler mevcut olup yargısal içtihatlar da göz önünde tutulmaktadır. Daha katı bir yaklaşım içinde olduğu söylenebilen üçüncü sistemde ise sözleşmeden kaynaklı manevi zarar talepleri ret edilmektedir. Bu sistemde manevi zarar ilke olarak kabul edilmemekte manevi tazminat sözleşme kaynaklı değil de haksız fiil kaynaklı kabul edilmekte ve özel şartlara tabi kılınmaktadır.

a. Almanya

Almanya'da sağlık sigortası sistemi oldukça gelişmiştir. Ayrıca ihmal kaynaklı tıbbi hatalar nadir görülmekte ve açılan davalarda tıbbi hataların ihmalden değil beklenmeyen olaylardan kaynaklandığı tespit edilmektedir. 1970'lerde Almanya'da Gutachterkommmissionen(danışma kurulu) ve Schlichtungsstellen(bilirkişi kurulu) adı verilen iki kurul oluşturulmuş ve bu kuruluşlar tıbbi uygulama hatalarını denetleyerek kısa sürede netice alınmasını sağlamaktadırlar⁹⁰³.

Alman Hukukunda manevi zarar ve tazmin edilmesi konusunda yasal bir boşluk mevcut olup bu boşluk doktrindeki görüşler ve yargı içtihatları ile doldurulmaktadır. Alman hukukunda örneğin bir kadın hasta tarafından talep edilen bir sterilizasyon işleminin yapılmaması sebebi ile meydana gelen hamilelik ve doğum esnasında yaşanan acı ve ıstırap sebebi ile uğradığı zararın tazmini Alman Medeni Kanunu'nun ilgili maddeleri gereğince talep edilebilecektir⁹⁰⁴.2002 yılında Alman Medeni Kanununda yapılan değişiklik ile manevi tazminata sadece kusur sorumluluğunda değil tehlike ve sözleşme sorumluluğunda da talep edilme imkanı getirilmiştir⁹⁰⁵. Bu sebeple Alman Hukukunda bir komplikasyon olup olmadığına

⁹⁰² Palmer, **The Contemporary Approaches.**, s.95-96; Doğramacı, **a.g.e.**, s.122.

⁹⁰³ Polat, **a.g.e.**,s.342-345.

⁹⁰⁴ Alman Hukukunda duygu zararları açısından ölen kişi ile arasında özel bir yakınlık bulunan kişilerin de yaşadıkları acı ve ızdırabın karşılığı olarak manevi tazminat talep edebilecekleri kabul edilmektedir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.366.

⁹⁰⁵ A.Dilşad Keskin, **Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat**, 2016, Yetkin Yayınları, s.36.

bakılmaksızın manevi tazminatın sebebini yaşıyan acı ve ıstırap oluşturmaktadır. tır⁹⁰⁶. Hekimin ihlal niteliğindeki davranışı ağır sonuçlara da yol açmışsa veya hekimin ağır kusuru varsa kişilik hakkı ihlali sebebi ile manevi tazminat istenebileceği Alman Mahkeme içtihatlarında kabul edilmiştir⁹⁰⁷.

Manevi zarar sebebi ile manevi tazminat miktarı tespit edilirken tazminatın zarar görenin zararını telafi etme ve zarar gören tarafın memnuniyetin sağlama işlevleri de göz önünde tutulur. Ancak uygulamada kasıtlı ve kötü niyetli bir davranış olmadığı müddetçe tazminat miktarının belirlenmesinde zarar gören tarafın memnuniyetinin sağlanmasının herhangi bir rol oynamadığı görülmektedir⁹⁰⁸.

Caydırıcılık işlevinin manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde dikkate alınıp alınmayacağı Alman Hukukunda tartışmalı olup; geleneksel anlayış manevi tazminatın caydırıcılık işlevinin özel hukukta yerinin olmadığı yönünde görüş bildirirken, hukuk ve ekonomi literatüründen etkilenen bir diğer görüş ise caydırıcılığın etkili bir işlevinin olduğunu ve bu işlevin sadece kamu hukukuna bırakılmaması gerektiği yönündedir⁹⁰⁹.

Almanya’da tıbbi uygulama hatalarında adli otopsi ile çoğu uyumsuzluk açıklığa kavuşturulmaktadır. Bununla birlikte tıbbi uygulama hataları gittikçe çoğalmakla birlikte alanında uzmanlaşmış kadrolarla yapılan çalışmalar başarılı neticeler alınmaktadır⁹¹⁰.

⁹⁰⁶ Zarar, beklenmeyen çocuğun kendisi değil, çocuğun sebep olduğu maddi yük ve doğumun neden olduğu acıdır ve tüp ligasyonu işleminin yerine getirildiğinin ispat yükü hastaya ait olmayıp bu durumda ispat yükü doktora aittir. Doğramacı, **a.g.e.**, dpt, 58, s.123.

⁹⁰⁷ Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.35; Doğramacı, **a.g.e.**, s.124; Alman Hukukunda şok zararlarında manevi tazminat isteyebilecek yakınları kavramına kimlerin girebileceği her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmektedir. Alman Federal Mahkemesi de ilke kararlarında manevi tazminat isteyebilecek yakınları tespit ederken fiilen yani var olan ilişkiyi kıstas olarak almaktadır. Alman Hukuk Doktrini’nde de aynı eğilim mevcuttur. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.304.

⁹⁰⁸ Doğramacı, **A.g.e.**, s.124.

⁹⁰⁹ Vernon Valentine Palmer, **Questionnaire, National Reportsand Commentary: The Comparative Evidence.**, İçinde: Vernon Valentine Palmer (Ed.), *The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2015, ss.111-397, s.212; Doğramacı, s.124.

⁹¹⁰ Polat, **a.g.e.**, s.345.

b. Avusturya

2006 tarihli bir olayda Avusturya Yargıtay'ı vazektomi işleminin başarısız olması sebebi ile çocuk sahibi olan kadının manevi tazminat talebini reddetmiştir. Söz konusu olayda davacı kadın çocuğun nafaka masrafları ile birlikte doğum esnasında yaşadığı acı için de tazminat talep etmiş ancak Yargıtay bu acının doğal nitelikte bir acı olduğu, çocuğun dünyaya gelmesi ve anne-çocuk ilişkisi ile alakalı olması gerekçesi ile farklı bir zarar tespit edilemediğinden bu tazminat talebini reddetmiştir. Avusturya Yargıtay'ı çocuğun engelli doğması halinde bakım masraflarına hükmedilebileceği, bu şekilde veya benzer bir komplikasyon olmayan gebelik ve doğum esnasında yaşanan acı ve ıstırapı Avusturya Medeni Kanunu kapsamında sağlığa verilmiş bir zarar olarak kabul etmemiştir⁹¹¹.

c. Bulgaristan

Bulgar yasal mevzuatı hekim ile hasta arasında sözleşmeye dayalı özel hukuk ilişkilerini açık bir şekilde düzenlememekte, tıbbi uygulama hatalarını konu alan davalara haksız fiil kurallarını uygulanmaktadır. Yasal mevzuatta hekim ile hasta arasındaki ilişkiye dair bir düzenleme olmamakla birlikte sözleşmenin ihlallerinde Bulgar Borçlar Kanunu m. 82'ye göre tazminat istenebilmektedir. Bulgar Yargıtay'ı, 2013 yılında yayımladığı 4/2012 sayılı Yorum Kararı ile birlikte 2013 yılına kadar Bulgar Borçlar Kanunu m. 82'yi farklı şekilde yorumlayarak kayıp ve kazançları sadece maddi varlıklar olarak niteleyen Bulgar Mahkemelerinin manevi tazminata reddeden kararlarından farklı olarak Bulgar Borçlar Kanunu m. 82'de yer alan düzenlemenin manevi tazminatı da kapsadığı yönünde karar vermiştir⁹¹².

⁹¹¹ Doğramacı, **a.g.e.**,s.125; Avusturya Hukukunda şok zararlarında manevi tazminat talep edebilecek yakınları kavramı geniş tutularak zarar görenin eş, çocuk, anne ve babadan oluşan çekirdek ailesi ek olarak nişanlısı fiilen birlikte yaşadığı kişi,, koruyucu ailesi, koruyucu ailenin bakımını üstlendiği çocuk ve bazı hallerde uzak akrabaları da bu kavrama dahil etmiştir.Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.309.

⁹¹² Bulgar Hukukunda tıbbi hatalar kaynaklı manevi tazminat talebi ile ilgili yasal boşluk olduğundan örneğin bir sterilizasyon işleminin yapılmaması sonucu doğan çocuk için manevi tazminat talebinin hukuki dayanağının ne olacağı hususunda bir açıklık hali hazırda mevcut değildir. Palmer, Questionnaire, **National Reports and Commentary**, s.220; Doğramacı, **a.g.e.**,s.126.

d. Fransa

Fransız Danıştay'ı ve Fransız Yargıtay'ı 1982 ve 1991 yıllarında dava konusu olan iki olayda başarısız bir kürtaj neticesinde bekâr annenin dünyaya getirdiği ve istemediği, sosyal açıdan ve toplum tarafından olumsuz tepkilere maruz kalan bir çocuğa sahip olmanın kendisinde yarattığı acı ve ıstırap sebebi ile talep ettiği maddi ve manevi tazminat taleplerini reddetmiştir. Fransız Danıştay'ı hatalı doğum kontrolü sebebi ile meydana gelen gebelik neticesinde bir çocuğun doğumunun tek başına tazminata yol açacak bir kayıp olmadığını, tazminat talebi için başka durumların da gerçekleşmesi gerektiğini öngörmektedir⁹¹³.

Nimes Temyiz Mahkemesinde görülen bir davaya ilişkin olarak hekimin Fransız Medeni Kanunu m. 1147'de düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğüne ihlal etmesi sonucu hastanın etkili ve alternatif bir doğum kontrol yöntemini kullanmayarak hamile kalmasına sebep olmasına ilişkin olarak yapılan değerlendirmede, sağlıklı bir bebeğin dünyaya gelmesinin tazmin edilecek bir zarar oluşturmadığını ama söz konusu olayda normalden zorlu bir hamilelik geçirilmesi sebebi ile duyulan acı için manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir⁹¹⁴.

e. Yunanistan

Yunanistan'da Larissa Temyiz Mahkemesinin önüne gelen bir olayda mahkeme hekimin fetüsün sol elindeki anormalliği muayeneler esnasında fark etmeyerek ailenin kürtaj imkânından yoksun kalmasını manevi tazminat talebi için yeterli görmemiştir. Temyiz Mahkemesi hamile bir kadının fetüsün sağlık durumu ile ilgili yanlış bilgilendirme sonucu kürtaj hakkının engellenmesi durumunda kişilik hakkının ihlal edilmiş olacağını ancak bu ihlal kusurlu bir davranış sonucu meydana gelmişse manevi tazminat talep etme imkânının olacağını belirtmiştir. Dava konusu olayda mahkeme hekimin fetüsün elindeki anormali bildirmiş olsa bile söz konusu anormallik ağır olmadığı için kürtaj koşullarının oluşmadığına ve davanın yasal

⁹¹³ Palmer, **Questionnaire, National Reports and Commentary**, s.198; Çağlayan, **İdarenin Sorumluluğu**, s.232; Doğramacı, **a.g.e.**, s.126-127.

⁹¹⁴ Palmer, **Questionnaire, National Reports and Commentary**, s.199; Doğramacı, **a.g.e.**, s.127.

dayanağının mevcut olmadığına karar vermiştir⁹¹⁵. Tüm bu açıklamalar ışığında denilebilir ki; Yunan Yargıtay'ı doğum öncesi muayenelere dayanan hatalı veya eksik tıbbi bilgilendirmenin ağır engelli bir çocuğun doğmasına sebep olması halinde anne ve babanın manevi tazminat isteyebileceğini kabul etmekte ve tazminatın hukuki dayanağını sözleşme ilişkisi değil kişilik hakkının korunması oluşturmaktadır⁹¹⁶.

f. Hollanda

Hollanda'da tıbbi uygulama hatalarında cezalandırma bağlamında iki dış denetleme sistemi mevcuttur. En az bir hekim ve iki hukukçudan oluşan bir kurul tıbbi hatalarda denetimi yapmakta ve disiplin cezalarını verilmesi yönünde kurul karar vermektedir. Diğer dış denetim ise medeni hukuk sistemi tarafından yapılmakta tıbbi hatalar sebebi ile açılan kişisel tazminat davaları çözüme kavuşturulmaktadır. Aile hekimleri Hollanda Sağlık sisteminin içinde merkezi bir konumda bulunmakta ve hastaların 24 saat hizmetinde olmaktadır. Aile hekimleri birinci basamak sağlık hizmetini oluşturmakta ve hastane ve ayakta tedavi eden diğer kurumlara erişimi kontrol etmektedirler. Aile hekimlerinin tanılama araçlarına ulaşılabilirliğinin sınırlı olması, aile hekiminin risk almada isteksizliği vb. sebepler zaman zaman hastalar için çok ciddi sonuçları olan tıbbi hatalara yol açmaktadır. Nitekim COVID 19 virüsünün yaygın olduğu dönemde Hollanda'da hasta kabul etmeyen aile hekimleri ile de karşılaşmıştır⁹¹⁷.

Aile hekimleri Hollanda sağlık sistemi içinde merkezi bir konuma sahip olup yapılan araştırmalarda genel olarak tanı hataları yaptıkları gözlenmiştir⁹¹⁸.

Hollanda hukukunda ebeveynler, istenmeyen hamilelik, istenmeyen doğum, hatalı doğum kontrol hallerinde manevi tazminat talebinde bulunma hakkına sahiptirler. Hollanda Medeni Kanunu'nda konu ile ilgili yer alan düzenleme uyarınca kendi kaderini tayin hakkının ihlal edilmesi gerekçesi ile kişiliği zarar gören, haksız

⁹¹⁵ Palmer, **Questionnaire, National Reports and Commentary**, s.201-202; Doğramacı, **a.g.e.**, s.127.

⁹¹⁶ Doğramacı, **a.g.e.**, s.135-136.

⁹¹⁷ Polat, **a.g.e.**, s.312-319.

⁹¹⁸ Polat, **a.g.e.**, s.315,319.

fiil sorumluluğu veya sözleşmeye aykırılık sebebi ile manevi tazminat talep edebilecektir⁹¹⁹. Hollanda Yargıtay'ı istenmeyen doğuma ilişkin manevi zarar ve bundan kaynaklı manevi tazminat taleplerinin ancak davacı ruhsal yönden zarar gördüğünü ispat edebilmiş ise mümkün olabileceği yönünde görüş bildirmiştir⁹²⁰.

g.İspanya

İspanyol sağlık sisteminde sağlık hizmeti bir kamu hizmeti olup hekim bu sistem içerisinde devlet memuru olarak görülür. Hekim hakları ve aleyhlerine açılan tazminat davaları bu bağlamda tüm tıbbi uygulama hatası şikâyetleri ile ilgili kuruluş Barselona Tabipler Birliği'dir⁹²¹.

İspanya Hukuk sisteminde⁹²² tıbbi hata sebebi ile manevi tazminat talebinin haklı görülebilmesi içinacı ve ıstırap yaşanması tek başına yeterli olmamakta, yaşanan acı ve ıstırap ruhsal sıkıntıya da sebep olması gerekmektedir⁹²³. Örneğin İspanyol Mahkemelerinde görülen hatalı sterilizasyon davaları iki şekilde gerçekleşmektedir;

- 1) Sterilizasyon işlemi doğru bir şekilde yapılmış ancak hasta hekim hastayı ilgili yasal mevzuat uyarınca hiç ya da yeterince bilgilendirmemiştir. Bu halde sözleşmeye aykırılık sebebi manevi tazminat istenebilir.
- 2) Sterilizasyon işlemi doğru bir şekilde yapılmamıştır. Bu halde bazı mahkemeler beklenmeyen hamilelik ve neticesinde doğumun yaşattığı ruhsal sıkıntı sebebi ile manevi tazminata hükmederken bazı mahkemeler bir çocuğun dünyaya gelmesinin kötü bir şey olmadığını ve insan hayatının her şeyden önce toplum içinde korunan bir hukuki değer olduğu düşüncesi ile manevi tazminat talebini reddetmiştir.

İspanyol Hukukunda doğum yani bir çocuğun dünyaya gelmesi tek başına zarar olarak kabul edilmemekte, manevi tazminat talebinin temelini ve gerekçesini

⁹¹⁹ Palmer, **Questionnaire, National Reports and Commentary**, s.212-213; Doğramacı, **a.g.e.**, s.127.

⁹²⁰ Doğramacı, **a.g.e.**, s.128.

⁹²¹ Polat, **a.g.e.**, s.336-337.

⁹²² Barselona Tabipler Birliği'ne üye hekimlerin tıbbi uygulama hatası şikâyetleri ilk olarak birlik tarafından incelenmektedir. Polat, **a.g.e.**, s.337.

⁹²³ Palmer, **Questionnaire, National Reports and Commentary**, s.208.

kişiliğin özgür gelişimi ilkesinin bir parçası olarak üreme özgürlüğünün zarar görmesinin oluşturduğu kabul edilmektedir⁹²⁴.

h. İsveç

İsveç sağlık sisteminin finansmanı, sağlık hizmeti veren tesislerinin mülkiyeti ve sistemin kontrollü bakımından ağırlıklı olarak kamu hizmeti şeklindedir. Ancak İsveç'te tıbbi hatalar için hekimin ve diğer sağlıkçıların kişisel sorumluluğunu büyük ölçüde kaldıran "Hasta Tazminat Sigortası" gibi sistemler mevcuttur. Maddi ve manevi tazminat talebi doğuran tıbbi hatalar her zaman hekim hatasından kaynaklı olmamakta ve tazminat ödemeleri tüm kantonların katkıda bulunduğu sigorta şirketleri tarafından karşılanmaktadır. Hekimlerin sorumluluk sigortası primleri oldukça düşüktür⁹²⁵.

İsveç hukukunda sağlık sektörünün özelleştirilmesinin yeni bir gelişme olması, hasta için ekonomik tazminat ihtiyacını karşılayan bir toplu sigorta sisteminin varlığı, tıbbi hata sebebi ile yaşanan acı ve ıstırapın zarar olarak görülmesinin kamusal adalet anlayışı ile bağdaşmayacağı gerekçeleri ile sözleşmenin ihlali sebebi ile manevi tazminat talepleri kabul görmemektedir⁹²⁶.

i. Polonya

Polonya kanunları örneğin bir sterilizasyon işleminin kendisini hastanın keyfi talebine ilişkin ve geri dönülmesi mümkün olmayan sonuçları olması sebebi kanuna aykırı kabul etmekte ve sterilizasyon işlemi ile ilgili olarak yapılan sözleşmeyi hastanın rızası dahi olsa geçersiz saymaktadır. Bu sebeple hekim başarısız sterilizasyon işlemi sebebi ile sorumlu olmayacaktır. Bununla birlikte hekimin hasta ile kararlaştırdıkları işlemi yani sterilizasyonu yapmadığını hastaya bildirmemesi onun sadakat yükümlüğünün ihlali olarak değerlendirilebilir. Ancak Polonya Yargıtay'ı komplikasyonsuz bir gebelik ve devamındaki doğum sürecini sağlık bozukluğu veya bedensel yaralanma olarak kabul etmemektedir. Dava konusu olan

⁹²⁴ Doğramacı, **a.g.e.**, 129-130.

⁹²⁵ Polat, **a.g.e.**, s.320-321.

⁹²⁶ Palmer, **Questionnaire, National Reports and Commentary**, s.224.

bir olayda 11 hafta olan bir gebeliği hekim hatalı olarak 14 hafta olarak tespit etmiş ve kürtaj için kanunla öngörülmüş olan 12 hafta süresinin geçmesine kürtaj imkânının ortadan kalkmasına sebep olmuştur. Polonya Yargıtay'ı bu olayda manevi tazminat hükmetmiş ve bu kararının gerekçesini kadının kendi kaderini tayin hakkının engellenmesinin kişilik hakkına haksız bir saldırı teşkil etmesine dayandırmıştır⁹²⁷.

j. İsviçre

İsviçre Hukukunda beden bütünlüğünün ihlalinde ve ölüm halinde ölenin yakınlarına manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır⁹²⁸.

2005 yılında İsviçre Federal Mahkemesi hatalı bir sterilizasyon olayında sözleşmenin ihlali sebebi ile ebeveynler lehine maddi ve manevi tazminata hükmeden kanton mahkemesi kararını onamış ve kararını, manevi tazminatın çocuğun haysiyetine halel getirmeyeceği gibi onun psikolojik gelişimine katkıda da bulunacağını, ailenin zararının giderilmesinin ailenin ve çocuğun yararına olduğunu, manevi tazminat talebinin reddedilmesinin çocuğa herhangi bir faydası olmadığı gibi manevi zarar sorununu da çözmeyeceğini ve tüm bunlara ek olarak bir çocuğun dünyaya gelmesinin yarattığı mutluluğun zararın tespitinde hesaba katılmasının uygun olmadığı gerekçelerine dayandırmıştır⁹²⁹.

k. İtalya

İtalya'da hekimin tıbbi uygulama hatasına bağlı olarak tazminat talepli dava edilme olasılığı yüksektir. İtalya'da hasta hastaneye gelerek hekim ile yüz yüze kaldığı yani tedaviye başladığı an itibari ile “sosyal sözleşme” adı verilen bir anlaşmanın kurulduğu kabul edilir. Bu sözleşme gereğince de hekim tüm fiillerinden sorumlu olmakta ve olayın üzerinden ne kadar süre geçtiğine bakılmaksızın tıbbi

⁹²⁷ Doğramacı, **a.g.e.**, s.135.

⁹²⁸ İsviçre Hukuk Doktrinine göre zarar görene yakından bağlı kişiler dışındaki kişilerin de zarar görenin uğradığı kazaya doğrudan tanık olmaları halinde yaşadıkları şok zararları için manevi tazminat talep etme hakkının olması gerektiği yönündedir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.343.

⁹²⁹ Doğramacı, **a.g.e.**, s.132.

uygulama hatasına bağılı olarak tazminat talepli dava edilebilmektedir. Ancak sağıık hakkının temel bir hizmet ve ücretsiz olması sebebi ile sorumluluk devlete aittir⁹³⁰.

İtalyan Anayasası kişinin dokunulmaz bir takım temel hakları olduğı yönünde düzenleme içermektedir. Bir çocuğun dünyaya gelmesi kadının tüm yaşam planlarını değıştirmekte ve onun kişiliğinin özgürce gelişmesine engel olmaktadır. Bu sebeple örneğın hatalı sterilizasyon işlemine maruz kalan kadının sağıığına zarar vermekten çok onun istemediğı bir çocuğı kabul etmeye zorlanması ihlal kabul edilmekte ve Anayasal düzenleme uyarınca hastanın İtalyan Hukukunda hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil kurallarına göre maddi ve manevi tazminat talep etmek hakkı doğmaktadır⁹³¹.

1. Portekiz

Portekiz Hukuku hekimin sorumluluğunu sözleşmeden doğan bir sorumluluk olarak kabul etmektedir. Hekim ile hasta arasında sağıık hizmetinin gerçekleştirilmesi için hekimin hastasına karşı özen borcunu da içeren bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Portekiz Hukukunda manevi tazminat talebi için tıbbi hatanın tek başına varlığı yeterli olmamakta bu sebeple acı ve ıstırap da yaşanmış olmalıdır. Lizbon Temyiz Mahkemesi sterilizasyonun başarılı olmadığı ve davacının hamile kaldığı dava konusu bir olayda sterilizasyonun sonuç değıil amaç olduğunu hamilelik gibi belirli bir sonucun gerçekleşmesinden dolayı hekimin sorumlu tutulamayacağını hekimin ancak sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereğı gibi yerine getirmediğı hallerde sorumlu olacağını belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve maddi ve manevi tazminata hükmetmemiştir. Mahkemeye göre sterilizasyon işlemi ile hastaya sağıığına zarar verilmediğı gibi sonucun başarılı olacağı yönünde bir garanti de verilmemiştir⁹³².

⁹³⁰ Polat, **a.g.e.**, s.337-340.

⁹³¹ Palmer, **Questionnaire, National Reports and Commentary**, s.205; Doğramacı, **a.g.e.**, s.132.

⁹³² Palmer, **Questionnaire, National Reports and Commentary**, s.206-207; Doğramacı, **a.g.e.**, s.133-134.

E. Anglo-Sakson Hukuku

1. Birleşik Krallık

İngiltere’de sağlık hizmetleri büyük ölçüde devlet kaynakları ile finanse edildiği için sağlık hizmetleri de Ulusal Sağlık Hizmetleri’ne (USH) bağlı devlet hastaneleri ve kuruluşları tarafından yürütülmektedir. USH sağlık hizmetini satın alanlar (sağlık otoriteleri) ve bu hizmetleri sağlayanlardan (hastaneler ve halk sağlığı kurulları) oluşmaktadır. USH’nin yapısı ve çalışma biçimi Birleşik Krallığı oluşturan dört ülkede (İngiltere, Galler Ülkesi, İskoçya ve Kuzey İrlanda) azda olsa farklılık göstermekle birlikte genel düzenlemeler açısından hepsinde aynıdır.

İngiltere’de tıbbi hataların ne sıklıkla meydana geldikleri, çeşitleri, hastalar üzerindeki etkileri vs. konusunda üç temel kaynak vardır. Bunlar- tıbbi hatalar ve hatalı uygulama oranlarının yer aldığı sağlık hizmeti kalite araştırmaları, - şikâyetçi olan hastalardan toplanan bilgiler,- ihmal iddiası ile USH sağlık hizmetleri uzmanlarına karşı yapılmış şikâyetler⁹³³ şeklindedir.

İngiliz hukuku açısından manevi zararın, acı ve ıstırapın tam olmasa da bir nebze olsun azaltılması ve yaşama sevincinin azalması, ortadan kalkması nedeniyle ortaya çıkan manevi eksilmenin giderilmesi olmak üzere iki yönü vardır⁹³⁴.

İngiliz ve İskoç Hukukunda prensip olarak hatalı sterilizasyon gibi tıbbi uygulama hatalarında annenin hamilelik ve doğum sırasında yaşanan acı ve ıstırap sebebi ile manevi tazminat talebinin haksız fiile dayanarak istenebileceği yönündedir⁹³⁵. İskoçya’da görülen McFarlane-Tayside⁹³⁶ davasında anne fiziksel rahatsızlıklarına ek olarak hamilelik sebebi ile hareket ve yaşam özgürlüğünün sınırlanması, doğumun yol açtığı rahatsızlıklar sebebi ile tazminat talebinde bulunmuş, ilk derece mahkemesi istenmeyen de olsa normal bir hamilelik ve doğumun tazmini gereken bir zarar olarak kabul edilemeyeceği gerekçesi ile

⁹³³ Polat, **a.g.e.**, s.301-302.

⁹³⁴Mark Lunney/Ken Oliphant, **Tort Law, Text and Materials**, Oxford University Press, 2013, s.870; W. Edwin Peel/James Goudkamp, **Winfield&Jolowicz on Tort, 19 th Edition**, London 2014, s.712-713; John Cooke/David W. Oughton, **The Common Law of Obligations**, London, Edinburg, 1989 s.261.

⁹³⁵Palmer, **Questionnaire, National Reports and Commentary**, s.217; Doğramacı, **a.g.e.**, s.138.

⁹³⁶ Doğramacı, **a.g.e.**, s.137.

davayı reddetmiştir. İskoçya Temyiz Mahkemesi ise ilk derece mahkemesi kararını bozmuş ve hamilelik ve doğum sırasında yaşanan acı ve ıstırap sebebi ile manevi tazminat talebini kabul etmiştir. Bu dava haksız fiile dayandırılarak karara bağlansa da, mahkemelerin sözleşmeye aykırılığa dayanan istenmeyen hamilelik ve doğum sırasında yaşanan acı ve ıstırap sebebi ile manevi tazminat taleplerini kabul ettiği davalar da mevcuttur⁹³⁷.

İngiltere’de tıbbi ihmallerden dolayı açılan mahkeme masraflarının karşılanması için Klinik İhmal Merkezi (KİM) adıyla bir fon oluşturularak bir tür risk havuz sistemi meydana getirilmiştir. Bununla birlikte klinik ihmaller sebebi ile USH kurumuna diğer ülkelere kıyasla nadiren dava açıldığı görülmektedir. Bunun sebepleri arasında hastaların tıbbi bir hataya maruz kaldıklarının farkında olmamaları ve mahkemeye başvuracak maddi kaynaktan da yoksun olmaları gösterilmektedir⁹³⁸.

2. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletlerinde tıbbi uygulama hataları önem arz eden bir konudur. ABD’de hasta tıbbi bir hatanın mevcut olduğunu düşünüyorsa bu konuda kendisine uzman bir avukat bulmakta bu avukat topladığı kayıtları değerlendirerek ilgili denetim kuruluna başvurmakta ve kayıtların oluşturduğu dosyanın incelenmesi için bir bilirkişi atanmasını talep etmektedir. Atanan bilirkişi yaptığı incelemenin sonucunda suçlanan hekim veya sağlık kuruluşu hakkındaki dosyanın kurul tarafından incelenmesi yönünde görüş bildirirse bu inceleme denetim kurulu tarafından yapılarak hekim veya sağlık kuruluşu hakkında bir karar verilir. Bu aşama sonucunda bazı hallerde kuruldan net bir karar çıkmaz. Bu durumda dosya mahkemeye gönderilerek hakim ve jüri önünde yargılama yapılarak tıbbi hata ile ilgili bir karar verilir⁹³⁹.

Amerika Birleşik Devletlerinde tıbbi hata kaynaklı ölümler son on yılda üçüncü sırada yer almaktadır. İlk sırada kalp hastalıkları ikinci sırada kanser hastalığına bağlı ölümler üçüncü sırada ise tıbbi hatalara bağlı ölümler

⁹³⁷Burcu Gülseren Özcan Büyüktanır, “Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi ve Manevi Zararların İngiliz Hukukuna Göre Tazmini”, **AÜHFD**, C:66, S:1, s.66-69.

⁹³⁸ Polat, **a.g.e.**, s.306-309

⁹³⁹ Polat, **a.g.e.**, s.297-300

oluşturmaktadır. ABD’de yapılan araştırmada hastanelerde %65 oranında tıbbi hata kaynaklı ölüm veya ciddi zarar ile neticelenen olayların yaşandığı tespit edilmiştir⁹⁴⁰. Atlanta’da ve Denver’da bulunan 36 sağlık merkezinde yapılan başka bir çalışmada da tıbbi hata oranı %19 olarak tespit edilmiştir⁹⁴¹.

ABD’de hekimler tıbbi hata kaynaklı davalardan korunmak için sorumluluk sigortası yaptırma yoluna gitmekte hatta sigorta şirketleri hekimlerin yanı sıra hastane, bakımevi ve ilaç şirketlerini dahi sigortalamaktadırlar. Tıbbi uygulama hatası sigorta primleri hekimlerin kazançlarında önemli oranda kayba yol açmakla birlikte yürürlüğe giren tıbbi uygulama hatası yasası hekimlik mesleğinde verimliliğin ve mükemmelliğin çitasını oldukça yukarılara taşımıştır. Bununla birlikte Florida’nın varlıklı kesimlerinden biri olan Palm Beach’de birçok beyin cerrahının acil olguları tazminat sorumluluğu ile karşılaşmamak için kabul etmediği de görülmektedir⁹⁴².

ABD Hukukunda istenmeyen gebelik davaları geleneksel tıbbi uygulama hatalarına en yakın davalar olarak kabul görmekte ve bu davalar sözleşmeye aykırılık kapsamında değerlendirilmektedir. Bu davalarda hâkim olan görüş sağlıklı bir çocuğun getireceği yararın neden olacağı külfetten daha fazla olduğu, zararın çocuktan değil, gebelikten kaynaklandığı, haksız fiil olarak nitelendirilen olayın çocuğun doğumu değil gebeliği sonlandırma konusunda seçim hakkının engellenmesi ve ihlali olduğu kabul edilmektedir. Durumun hatalı sterilizasyon ve haksız fiil olarak değerlendirilebilmesi için kusur ve zararın mevcut olması gerekmektedir. Her ne kadar sağlıklı bir çocuğun doğumunun maddi bir zarar olarak kabulü mümkün görünmese de, aileye sosyal ve ekonomik bir külfet oluşturacağı da açıktır⁹⁴³.

⁹⁴⁰ Rae M. Lamb/ David M. Studdert/ Richard MJ Bohmer/Donald M. Berwick/Troyen A. Brennan, “Hospital Disclosure Practices:Results of National Survey”, **Health Affairs**, 2003, C:22, S:2, s.73-83; Polat, **a.g.e.**, s.299.

⁹⁴¹ Kenneth N. Barker/Elizabeth A. Flynn/Ginette A. Pepper/ David W. Bates/, Robert L. Mikeal, “Medication Errors Observed in 36 Health Care Facilities”, **ArchIntern Med.**, 2002, C:162, S:16, s.1897-903; Polat, **a.g.e.**, s.299.

⁹⁴² Polat, **a.g.e.**, s.300

⁹⁴³ Ralph R. Frasca, “Negligent Beginnings: Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life”, **Journal of Forensic Economics**, C:19, S:2, s.186; Doğramacı, **a.g.e.**, s.139-140.

F. Çin

Dünyanın en kalabalık nüfusuna sahip olması ve buna ek olarak sağlık hizmetlerine ulaşımındaki yetersizlik son yıllarda Çin’de tıbbi hata kaynaklı tazminat taleplerinin artmasına yol açmıştır. Tıbbi uygulama hatası ortaya çıktığında hekim ve diğer sağlık personeli tazminatın yanında cezai ve idari yönden de soruşturmayla tabi tutulmaktadır. Tüm tıbbi hata vakaları tazminat açısından özellikle değerlendirme konusu yapılmaktadır. Ek tıbbi masraf, kazanç kaybı, manevi tazminat ve ölüm varsa cenaze masrafları tazminatın kapsamı içinde yer almaktadır⁹⁴⁴.

G. Birleşik Arap Emirlikleri

Birleşik Arap Emirliklerinde 2008 yılında medikal sorumluluk ile ilgiliyeni bir kanun yürürlüğe girmiş ve bu kanun uyarınca tıbbi hata olgularının değerlendirilmesi için Medikal Sorumluluk Yüksek Kurulu kurulmuş, tıbbi hatalardan kaynaklı tazminat taleplerini karşılamak için de hekimler sigortalanmış ve bu sigorta primlerinin %80’i kurum , %20’si ise hekim tarafından ödenecek şekilde yasal düzenlemeler yapılmıştır⁹⁴⁵.

III. MANEVİ TAZMİNAT KAVRAMI

Tazminat kavramı tazmin teriminin çoğulu olup genel olarak bir kişinin sahis veya mal varlığında iradesi dışında oluşan azalmanın yani zararın giderilmesi için yapılması gerekli olan edimi ifade eder⁹⁴⁶. Türk Hukukunda, İsviçre ve Alman Hukuklarında olduğu gibi manevi tazminatı maddi tazminattan ayrı bir kurum olduğu kabul edilerek manevi tazminat için “acı parası, manevi tamirat, taviz, gönül alma, tarziye ve tinsel ödence” gibi farklı terimler kullanılmasını önerenler⁹⁴⁷ olmuşsa da gerek doktrinde gerekse hukuk uygulamasında manevi tazminat terimi daha yerleşik bir ifade olarak tutunmuştur. Ancak her halükarda manevi tazminat açısından önemli

⁹⁴⁴ Polat, **a.g.e.**, s.340-341.

⁹⁴⁵ Polat, **a.g.e.**, s.345-346.

⁹⁴⁶ Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.61; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**,s.581; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.62; Ünal, **a.g.m.**, s.398; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.315; Haluk Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, 1996, s.33.

⁹⁴⁷ Saymen, **a.g.e.**,s.19-20; Ünal, **a.g.m.**, s.401; Özcan Atalay, “Tinsel Ödence, (Manevi Tazminat Davaları)”, **Ankara Barosu Dergisi**, C:978, S:6, 1978, s.90 vd.

olan ne şekilde ifade edildiği değil; manevi tazminat kurumuna yüklenmesi gereken işlemdir.

IV. MANEVİ TAZMİNATIN TARİHSEL GELİŞİMİ, AMAÇ VE İŞLEVİ VE BU KONUDA DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

A. Manevi Tazminatın Tarihsel Gelişimi

Manevi tazminatın ilk izleri Roma Hukukunda rastlanmakta ve malvarlığı değerleri dışında ki kişilik hakları iniuria davası (actio iniuriaum) olarak adlandırılan hâkimin somut olayın özelliklerine göre ceza miktarını belirlediği dava ile korunmuştur⁹⁴⁸. XV. Yüzyılda Roma Hukukunun Almanya’da uygulanması ile Roma Hukuku, Alman Felsefesinin de etkisi ile modernleştirilmiş ve uzunca bir zaman zarfında Almanya’da “usus modernus pendectora”dan söz edilmiş, Pandekt dönemi olarak adlandırılan bu dönemde manevi değer ve menfaatlerin korunmasına yönelik davalar Pandekt Hukukuna dahil edilmiştir. Almanya’da Pandekt Hukuku döneminde manevi haklar iki hukuki kurum tarafından korunmuştur. Bunlardan ilki zarar görenin fiziksel zararlar sebebi ile duyduğu acı ve ızdıraplar sebebi ile açılan acı parası davası⁹⁴⁹ diğeri ise hakaret ve suç isnadı sebebi ile meydana gelen zararın tazminine yönelik olmuştur⁹⁵⁰. Alman Medeni Kanunu, Pandekt Hukuku’nun sınırlayıcı sistemine bağlı kalınmış⁹⁵¹ manevi zararların para ile tazmin edilmesi imkânını sadece kanunda bu konuda düzenleme mevcut olduğu hallerde kabul etmiştir⁹⁵². İsviçre Hukukunda Federal Kanun yürürlüğe girmeden önce bazı Bern, Luzern, Zürih gibi bazı kanton kanunlarında manevi tazminat ile ilgili hükümlere yer verilmiştir⁹⁵³. Daha sonra yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu ile hakimin özel hal ve şartları dikkate aşarak cismani zarara uğrayan kimseye ya da adam

⁹⁴⁸ Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Iniuria**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1969, s.117; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.64.

⁹⁴⁹ Saymen, s.35; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.67.

⁹⁵⁰ Saymen, **a.g.e.**, s.33-35; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.67; Ünal, **a.g.m.**, s.403.

⁹⁵¹ Ünal, **a.g.m.**, s.404; Saymen, **a.g.e.**, s.38; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.67; Ünal, **a.g.m.**, s.68.

⁹⁵² Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.68.

⁹⁵³ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.68.

öldürülmesi halinde ölenin ailesine manevi zarar adı altında uygun bir tazminat verilebileceği düzenlenmiştir⁹⁵⁴.

B. Manevi Tazminatın Amacı ve İşlevine İlişkin Teoriler

1. Özel Hukuk Yaptırımı Görüşü

Bu görüşe göre manevi tazminatın amacı kişilik hakkı ihlal edilen kişinin duyduğu elem ve acıyı ortadan kaldırmak sureti ile onun ruhsal dengesinin yeniden sağlanmasıdır. Çeşitli şekillerde ifade edilir.

2. Tatmin Görüşü

Bu görüşe göre manevi tazminat ile zarar görenin kişilik hakkının ihlali sonucunda duyduğu acı, kaybedilen sosyal ilişkiler, yaşanan değersizlik duygusu bir miktar paranın ödenmesi sebebi ile giderilemezse de daha çok teselli görevi ifa ederek zarar görenin uğradığı haksızlık dolayısıyla hissettiği öfkenin teskin edilmesi, intikam duygusunun manevi olarak tatmin edilmesi sağlanabilecektir. Bu görüşe göre ağır bir ihlal varsa yüksek miktarda manevi tazminata hükmedilmelidir. Kanunsuz ceza olmaz ilkesini ihlal ettiği ve zarar verenin hem özel Hukuk hem de ceza hukuku anlamında iki kez cezalandırılması tehlikesini beraberinde getirdiği ileri sürülerek bu görüş eleştirilmiştir⁹⁵⁵.

3. Ceza Görüşü

Temellerini Roma Hukukunda bulan bu görüşe göre manevi tazminatın para olarak ödenmesi ile zarar vereni cezalandırma amaçlanmakta, onun ihlal dolayısıyla ile hissettiği intikam alma duygusu giderilmekte, zarar verenin tazminat ödemesi sebebiyle malvarlığının azalması, zarar göreni ruhsal yönden rahatlatmaktadır⁹⁵⁶. Burada teknik anlamda bir cezadan değil; bir çeşit “özel hukuk cezası” söz konusu

⁹⁵⁴ Ünal, **a.g.m.**, s.405; Helvacı, **Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, s.8-10; Saymen, **a.g.e.**, s.49-50; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.69.

⁹⁵⁵ Atlan, **2015**, s.59; İsviçre Hukukunda tatmin görüşünü savunanlar manevi tazminatın amacının zarar görenin hissettiği haksızlık duygusunun tatmin edilmesi olduğunu ileri sürmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.73.

⁹⁵⁶ Gürsoy, **a.g.m.**, s.10.

olmaktadır⁹⁵⁷. Manevi tazminat olarak ödenen bir miktar para Devlete değil bizzat mağdura ödendiğinden cezalandırmadan da bizzat mağdur faydalanmaktadır⁹⁵⁸. Bu görüşün uygulamada sağladığı bir kolaylık acı ve üzüntüyü ölçmek olanaksız iken, zarar verenin kusurunun ve sorumluluğunun ölçülebilmesidir⁹⁵⁹. Medeni Hukukun tazmin edici karakteri ve adalet düşüncesi ile bağdaşmaması, kusursuz sorumluluk hallerinde de manevi tazminatın kabul edilmesi gibi çeşitli sebeplerle bu görüş eleştirilmiştir⁹⁶⁰.

4. Telafi Görüşü

Telafi görüşü objektif bir görüş olup, manevi zararı objektif olarak değerlendirmekte kişilik hakkının bir ihlali olarak kabul etmekte⁹⁶¹, manevi tazminat ile meydana gelen manevi zararın aynen veya nakden tazmini ve bu şekilde telafi edilmesi amaçlanmaktadır⁹⁶².

Manevi zararın doğası ve niteliği gereği aynen tazmini mümkün olamayacağından nakden tazmin yoluna başvurulmaktadır. Zarar görene bir miktar para ödenmesi ile zararın tam anlamı ile karşılanacağı kabul edilemese de bu görüşe göre bu durum yani kişisel varlıkların ihlalinden doğan eksilmenin para ile ölçülüp değerlendirilmesinin mümkün olmaması manevi tazminatı tümden reddetmek ve onun sağladığı hukuki güvenlik ve korumandan faydalanmaktan vazgeçme için yeterli bir sebep olmayacaktır⁹⁶³.

Bu görüşü savunanlar göre manevi zarardan söz edebilmek için zarar görenin acı, elem, aşağılanmışlık gibi duygular hissetmesi ve bu duygular karşılığında elde edeceği bir miktar paranın sağlayacağı huzur ve mutluluk duygusunun zarar verene

⁹⁵⁷ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.73; Kılıçoğlu, **Şeref, Haysiyet**, s.241; Çiğdem Kırca, “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, **Yargıtay Dergisi**, C:25, S:3, s.249, vd.; Saymen, **a.g.e.**, s.83; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.70; Tahir Kanık, “Manevi Tazminat Davaları”, **Adalet Dergisi**, C:41, S:9, s.1166.

⁹⁵⁸ Saymen, **a.g.e.**, s.83; Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.73; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.70.

⁹⁵⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, S:1, 1984, s.15; Doğramacı, **a.g.e.**, s.153.

⁹⁶⁰ Saymen, **a.g.e.**, s.86; Kılıçoğlu, **Şeref, Haysiyet**, s.243; Doğramacı, **a.g.e.**, s.154; Kılıçoğlu, **1984**, s.17; Kırca, **a.g.e.**, s.251; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.70;

⁹⁶¹ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.77.

⁹⁶² Kırca, **a.g.e.**, s.252 vd.; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.76.

⁹⁶³ Kırca, **a.g.e.**, s.253; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.77.

karşı hissettiği öfke, intikam duygularını yatıştıracağı, bu şekilde moral bulacağı yönündedir⁹⁶⁴.

Telafi görüşü objektif bir görüş olması sebebi ile bu görüşe göre manevi zarar, zarar görenin idrak ve hissetme yeteneğine sahip olup olmamasından bağımsız olarak oluşmakta ve manevi tazminat da zarar görenin ödenecek parayı kullanma istek ve yeteneğinden bağımsız olarak karşılanmaktadır. Bunun sonucu olarak ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler ve tüzel kişiler de manevi tazminat talep edebileceklerdir⁹⁶⁵.

5. Önleme ve Caydırıcılık Görüşü

Bu görüşe göre manevi tazminatın önleme ve caydırma fonksiyonu tanınması yüksek miktarda tazminata hükmedilmesi yolu ile kişileri yüksek miktarda tazminat ödemekten korkmasını sağlayacak ve bu sayede kişilik haklarına karşı daha saygılı davranılmasını ve kişilik hakkı ihlallerinin tekrar işlenmesinin önüne geçilerek etkin bir korunma sağlanacağı yönündedir⁹⁶⁶.

Kıta Avrupası Hukuk sistemlerinde yabancı olan daha çok Anglo-Sakson Hukuk sistemlerine ait olan bir görüştür⁹⁶⁷. İsviçre Hukuk doktrinde manevi tazminatın önleme ve caydırma fonksiyonunun ikinci işleve sahip olduğu manevi tazminatın tek ve birincil işlevinin manevi zararın denkleştirilmesi olduğu kabul edilmektedir⁹⁶⁸. Alman Hukukunda ise manevi tazminatın maddi zarar gibi matematiksel olarak hesaplanamaması sebepleri ile önleme ve caydırma fonksiyonu özellikle Alman Federal Mahkemesinin bazı kararların ön plana çıkması sonucunu doğurmuştur⁹⁶⁹.

Kanuni düzenlemelerde yer alan cezaların temel işlevi suç işleyenleri uslandırmak, caydırmak ve onları yeniden topluma kazandırmaktır. Alkollü araç

⁹⁶⁴ Kırca, **a.g.e.**,s.256; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.78.

⁹⁶⁵ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.78.

⁹⁶⁶ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.82; Kırca, **a.g.e.**,s.265; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.74.

⁹⁶⁷ M. Tarık Güleriyüz/ Ayça Zorluoğlu Yılmaz, “Bir Anglo Amerikan Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuk Müesseseleri ile Mukayesesi”, **TBB Dergisi**, S:141, 2019, s.328.

⁹⁶⁸ Kırca, **a.g.e.**,s.265; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.74.

⁹⁶⁹ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.73-74.

kullandığı için yüksek bir para cezası ödeyen veya ehliyetine geçici olarak el konulan sürücü, yeniden ceza ödememek veya ehliyetini yitirmemek için daha dikkatli ve özenli davranmak gereğini duyacaktır⁹⁷⁰, yüksek bir miktar üzerinden manevi tazminat ödeyen kişi de aynı dikkat ve özeni yaşamı boyunca göstermeye çalışacaktır.

Caydırıcılık ögesinin ne kadar etkili olduğu, bazı yasalardaki idari para cezalarının uygulanmasında görülmekte; cezayı ödeyen daha dikkatli ve özenli davranma, yasalara uyma gereğini duymaktadır.

Yargıtay özellikle 22.06.1966 gün 1966/7 E., 1966/7 K. sayılı İçtihadı Birleştirme kararı ile manevi zarar hususunda acıyı üzüntüyü, öfkeyi yatıştırma anlayışından uzaklaşma eğilimine yönelmiştir. Manevi tazminatın amacının zarar göreni rahatlatmak duygusuna ek olarak zarar veren tarafa bir yaptırım uygulanmak sureti ile dikkat ve özen göstermesini sağlamak olduğunun belirtildiği Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.06.2004, 2004/13-291 E., 2004/370 K. sayılı kararına göre; *"Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde, aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değer gidermesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir parça olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla caydırıcı olabilmektir"*⁹⁷¹.

⁹⁷⁰ Çelik Ahmet Çelik, **Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2021, s.344; Doğramacı, **a.g.e.**, s.154-155.

⁹⁷¹ YİBGK'nun 22.06.1966 gün 1966/7 E., 1966/7 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.(Yargıtay Karar Arama, (E.T: 5 Ekim 2023).

6. Denkleştirme Görüşü

İsviçre⁹⁷²-Türk Hukukunda da hakim olan bu görüşe göre manevi tazminatın amacı bir miktar para ödenmesi sureti ile zarar görenin duyduğu fiziki ve ruhsal acıların üzüntülerin dindirilmesi ya da en azından katlanabilir kılınması⁹⁷³, zarar görenin kişilik haklarının ihlali sebebi ile duyduğu elem, acıyı, kaybettiği huzur duygusunu veya yaşama hevesindeki azalmayı ortadan kaldırmak ve mağdurun psikolojik dengesini yeniden tesis etmektir⁹⁷⁴. Bu görüşe göre zarar görenin hissettiği acıların, sıkıntıların, ruhsal sarsıntıların ve çöküntülerin bir miktar para ödenmesi ile denkleştirilip karşılanması tam olarak mümkün olmasa da belli oranda giderdiği en azından sakinleştirip rahatlattığı kabul etmek gerekmektedir⁹⁷⁵.

7. Maddi Tazminatı Tamamlayıcı-Düzeltilici Sosyal Denkleştirme Görüşü

Bu görüşe göre manevi tazminatın amacı ve işlevi zarar görenin acısını karşılama, rahatlatma, avuntu ve keyif sağlama olmadığı gibi⁹⁷⁶ ve kişilik değerleri saldırıya uğrayan zarar görenin manevi tazminat parasını hangi kişisel ihtiyacı için kullanacağı hukukun ilgi alanı dışındadır⁹⁷⁷. Bu görüşe göre manevi tazminat, maddi tazminatı tamamlayan, düzelten, sosyal bir yardım niteliğinde olup maddi tazminatın yetersiz kaldığı ya da tükendiği yerde manevi tazminat onun denkleştirme fonksiyonunu, sosyal bir ihtiyacı karşılama görevini üstlenmektedir. Bu nedenle de tüm hukuki yollar tüketildikten sonra başvurulabilecek son çare (ultimaratio) olarak kabul edilir. Bu sayede manevi tazminat ekonomik, sosyal ve entelektüel açıdan güçsüz kişilerden yana bir sosyal rehabilitasyon aracına dönerek edimleri yetersiz

⁹⁷² Alman Hukukundan farklı olarak İsviçre Hukukunda manevi tazminatın sadece denkleştirme fonksiyonu olduğu kabul edilmektedir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.76.

⁹⁷³ Saymen, **a.g.e.**, s.92-95; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.330-331; Kılıçoğlu, **Şeref, Haysiyet**, s.243; Kocayusufoğlu, **Kişilik Hakkı**, s.146; Franko, **Manevi Zarar**, s.126; Arıdemir, **a.g.e.**, s.13; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s.655,665; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.75.

⁹⁷⁴ Kılıçoğlu, **Şeref, Haysiyet**, s.243; Franko, **Manevi Zarar**, s.126; Arıdemir, **a.g.e.**, s.13; Saymen, **a.g.e.**, s.92-95; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.75.

⁹⁷⁵ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.75-76.

⁹⁷⁶ Rona Serozan, **Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım**, s.84; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.79.

⁹⁷⁷ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.79.

kalan sosyal sigortaları tamamlayıcı bir acil yardım başka bir deyişle sosyal bir servis görevini üstlenmektedir⁹⁷⁸.

Bu görüşün önemi manevi tazminatı, maddi tazminatı tamamlayıcı yani denkleştirici bir niteliğe sahip olduğunu kabul etmesi ile kendini gösterir. Tazminat esas olarak bir zarar giderme aracı olduğuna göre, maddi tazminatta olduğu gibi, manevi tazminatta da bir “onarım ve giderim” söz konusudur. Ancak maddi zararın gideriminde var olan somutluk, belirlilik ve açıklık, manevi zararın gideriminde mevcut olmayıp tam tersine soyut ve belirsiz kalmıştır⁹⁷⁹. Bu soyutluk ve belirsizlik, manevi tazminata, maddi tazminatı tamamlama, düzeltme veya maddi tazminat açısından var olabilecek eksikliğin giderilmesi şeklinde sosyal yardım benzeri bir denkleştirme niteliği yüklenmesiyle belirgin hale gelecektir. Ayrıca maddi tazminat benzeri bir hesaplama yöntemi manevi tazminat için de kabul edilip benimsenirse, yargı organlarının kararları arasındaki büyük farklılıklar ortadan kalkacak, bir eşitlik ve uyum sağlanmış olacaktır.

Bu görüşe göre, kesin ve katı kurallar ve bir türlü değiştirilmek istenmeyen yaş sınırlamaları vb. durumlar yüzünden, ödenemeyen maddi tazminatın yarattığı boşluğu, manevi tazminat kapatacak; böylece manevi tazminat, haksız uygulamaları önleyici ve adaleti gerçekleştiren bir nitelik kazanacak ve denkleştirme, tamamlama görevine sahip olacaktır⁹⁸⁰.

Manevi tazminatın, maddi tazminatı tamamlama, denkleştirme işlevinin yanı sıra, iki tazminat türünü birbirinden ayıran diğer bir önemli fark da, maddi tazminat için belirlenen kesin, katı ve sınırlı koşullar yüzünden, maddi tazminat isteyemeyecek durumda olan bazı kişilerin manevi tazminat isteyebilme imkânına sahip olmalarıdır. Ölen veya öldürülen kişinin kardeşleri gibi bazı akraba ve yakınlarının kardeşleri maddi tazminat isteyemediği hallerde bu haksız durum, bu eksiklik manevi tazminatla giderilebilecektir. Fiziksel bir zarara uğramamakla birlikte, kazanın ve fiilin etkisiyle ruhsal sarsıntı geçiren, sınırları bozulan, büyük bir

⁹⁷⁸ Serozan, **Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım**, s.87; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.80-81.

⁹⁷⁹ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.67; Kırca, **a.g.m.**, 1999, s.245; Doğramacı, **a.g.e.**, s.159; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.133.

⁹⁸⁰ Doğramacı, **a.g.e.**, s.162; Mustafa Kılıçoğlu, “Cismani Zarar ve Ölüm Hallerinde Manevi Zarar ve Manevi Tazminat”, **Kamu İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:7, S:3, 2004, s.20.

acı ve elem duyan bir kimse haksız fiil sorumlusundan manevi tazminat isteyebilmektedir.

Kaza geçiren veya saldırıya uğrayan kişilerin yakınlarına manevi tazminat ödenmesi de, maddi tazminatı tamamlayıcı, denkleştirici, boşluğu doldurucu bir işlev niteliğindedir. Bu tür durumlarda fiziksel zarara uğrayan kişinin annesi, babası, eş, çocuk gibi çok yakınındaki kişilerin olaydan etkilenerек ruh sağlıklarının bozulabileceği ve buna dayanarak manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmektedir. Yine çocuk ölümlerinde ana ve baba için hesaplanan tazminat tutarlarında olduğu gibi maddi tazminat hesaplamaları, önceden belirlenmiş, düzenlenmiş ve bazı kesin kurallara bağlanmış olduğundan, kimi zaman hesaplama sonucu ortaya çıkan miktar çok düşük çıkmakta, bu durum zarar görenlerde “haksızlığa uğramışlık duygusu” yaratmaktadır. Hesaplamanın, çocukların çalışıp kazanç elde edebilecekleri on sekiz yaşından başlatılması, hak sahiplerinin bu tazminatı yıllar öncesinden alacak olmalarından dolayı indirim yapıp peşin değer belirlenmesi ve çocuğun ölümüyle ana babanın tasarruf ettikleri varsayılan yetiştirme giderlerinin zarar tutarından indirilmesi gibi uygulamalar sonucu çok düşük tazminat tutarları ortaya çıkabilmektedir. İşte bu gibi durumlarda, yetersiz kalan maddi tazminatın bu eksikliği, uygun miktarda bir manevi tazminatla giderilmiş olacak, manevi tazminat burada da denkleştirme, tamamlama işlevi görecektir.

Bu görüşe göre manevi tatmin fonksiyonundan arınan manevi tazminata kusursuz tehlike sorumluluğu hallerinde de yer verilebilecek ve manevi tazminat sorumluluk sigortalarının konusunu da teşkil edebilecektir. Maddi tazminatın söz konusu olmadığı bazı yolcu taşıma sözleşmelerinde taşıyıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesi, her hangi bir kaza olmasa bile yolculuğun tehlikeli ve kötü geçmesi ve bunun psikolojik ve sinirsel bozukluğa yol açması; gezi düzenleyicisinin tanıtım broşürlerinde açıklanan yol ve konaklama olanaklarını vaat edildiği şekilde sağlamaması, bu yüzden gezinin beklenen ve umulan biçimde gerçekleşmeyip tatil keyfinin kaçırılması ve bunun psikolojik ve sinirsel bozukluk yaratması gibi durumlarda da, maddi bir zarar olmasa bile, manevi tazminat istenebilecek, bu hallerde manevi tazminat adaleti dengeleyici bir işlev görecektir.

Manevi tazminata sosyal düzeltici işlev yükleyen bu görüşe göre bu sayede manevi tazminat kayıtsız ve şartsız mirasçılara intikal edebilecek, manevi tazminata sadece sermaye olarak değil irat şeklinde de hükmedilebilecek, zarar görenin maddi tazminat ile karşılanamayan sosyal yardım ihtiyacı ve ödeme gücü ölçütleri kıstas olarak da alınabilecek ve tüm bunlara ek olarak manevi tazminata duygusal yaklaşan anlayıştan uzaklaşması sayesinde ayırt etmek gücünden yoksun kişiler ve tüzel kişiler de manevi tazminat talep edebileceklerdir⁹⁸¹.

V. MANEVİ TAZMİNATIN ÖZELLİKLERİ

A. Manevi Tazminatın Kanuni Dayanakları ve Esasları

Tıbbi hatalardan kaynaklanan manevi zararın ve buna bağlı olarak belirlenecek tazminatın dayanağını teşkil eden hukuk kurallarının tespiti, uygulama alanlarının belirlenmesi ve tüm bunların kendi aralarındaki ilişkilerinin incelenmesi gerekmektedir.

B. Manevi Tazminat ile İlgili Kanunda Yer Alan Özel Nitelik Arzeden Hükümler

Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli maddelerinde manevi tazminat ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır⁹⁸². Tıbbi hatalardan kaynaklı manevi zararın⁹⁸³ giderilmesi yani manevi tazminat talebinin kapsamı ve türü 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 56'da ve m. 58'de düzenlenmiştir⁹⁸⁴. Sistematik açıdan bu maddeler 6098 sayılı TBK. m 49 ve devamında yer alan haksız fiil sorumluluğu ile ilgili hükümlerden sonra gelen maddelerde düzenlenmiş olduğundan başka şartlar aranmadığı müddetçe TBK m. 49 ve devamında yer alan haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyasen TBK m. 56 ve TBK m. 58 açısından da

⁹⁸¹ Serozan, **Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım**, s.93-98; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.81.

⁹⁸² Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.120.

⁹⁸³ Manevi tazminat talebi için manevi bir zararın meydana gelmiş olması şarttır. Bu sebeple manevi zarar varsa kusursuz sorumluluk hallerindedahi manevi tazminat talep edilebilir. Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, 7. Baskı Legal Yayınevi, 2016, s.164.

⁹⁸⁴ Atlan, 2015, s.42; Doğramacı, **a.g.e.**, s.171.

uygulama alanı bulacaktır⁹⁸⁵.Yine Türk Borçlar Kanunu m.114/2 gereğince bu hükümler sözleşmeye aykırılık sebebi ile doğan manevi zararın giderilmesinde kıyasen uygulama alanı bulmaktadır⁹⁸⁶.

TBK m. 56 ve TBK m. 58 hükümleri manevi zararın tazmin edilmesine yönelik olduğundan bu yönü ile sorumluluk hukukunda ayrılmaktadır. Kendi aralarında ise TBK m.56'nın kişinin hayat, sağlık ve beden bütünlüğü üzerindeki hakkının ihlali sebebi ile manevi tazminat talebine ilişkin olması, TBK m.58'in de diğer kişilik haklarının ihlali sebebi ile manevi tazminat talebine ilişkin olması yönünden de ayrılmaktadır⁹⁸⁷.

1. Özel Hüküm-Genel Hüküm İlişkisi

6098 s. TBK m. 58 ile kanun, kişilik hakkı ihlal edilen kişiye Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan yasal düzenlemeler ile korunmakta olan kişisel değerler dışında kalan değerlerin ihlal edilmesi halinde manevi tazminat davası açma imkânını öngören genel bir sorumluluk hükmüdür⁹⁸⁸.

TBK m. 56 ise özel nitelikte bir hüküm olup fiziki kişilik değerlerini yani kişinin hayat, sağlık ve beden bütünlüğü üzerindeki hakkının ihlali sebebi ile oluşan manevi zararların tazmini düzenleme konusu yapmaktadır.

Her iki hüküm arasındaki ilişki genel-hüküm-özel hüküm ilişkisi olup TBK m.58'in uygulanması ancak TBK m.56 gibi özel bir hükmün hukuki uyumsuzluğa uygulanamadığı hallerde mümkündür. Koşullar uygunsa TBK m. 56, TBK m. 58'e nazaran öncelikle uygulanacaktır⁹⁸⁹.

⁹⁸⁵ Tandoğan, Mesuliyet, s.332; Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.37; Erlüle, Bedensel Bütünlüğün İhlali, s.120.

⁹⁸⁶ Doğramacı, **a.g.e.**, s.171.

⁹⁸⁷ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.120.

⁹⁸⁸ Kılıçoğlu, **Şeref, haysiyet**, s.241; Gürsoy,**a.g.m.**; s.22; Erlüle, Bedensel Bütünlüğün İhlali, s.121.

⁹⁸⁹ Gürsoy, **a.g.m.**, s.22; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.121-122.

2. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 56'nın Değerlendirilmesi (Bedensel Bütünlüğün İhlali ve Ölüm Halinde Manevi Tazminat Talebi)

6098 s. Türk Borçlar Kanunu madde 56 uyarınca; “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.”

Bu madde kişinin yaşama hakkı⁹⁹⁰, sağlık ve beden bütünlüğü⁹⁹¹ üzerindeki hakkı gibi fiziki değerleri korumakta ve bu değerlerin ihlali halinde manevi tazminat ödenmesini düzenlemektedir.

Bedensel bütünlüğün ihlali sebebi ile meydana gelen manevi zarar “maddi etkileri olan manevi zarar” olarak da adlandırılmaktadır⁹⁹². 6098 s. TBK m. 56’da düzenleme konusu yapılan, beden bütünlüğü zarar görenin, ağır bedensel zarar veya ölüm halinde de hem zarar görenin hem de yakınlarının manevi zararının para olarak giderilmesidir. Vücut bütünlüğü kapsamına kişinin organları, dokular ve ruhsal sağlığı girmektedir. Bedenden ayrılmış bile olsalar bedenle fonksiyonel bağlantı içinde bulunan organ ve uzuvların yok olması veya üreme yeteneğinin kaybı bedensel zarar olarak kabul edilirken, bedene geri dönmesi mümkün olmayan üreme hücreleri genel olarak kişilik hakkının koruması kapsamında olacaktır⁹⁹³. Vücut bütünlüğünün ihlalinden söz edebilmek için sadece fiziksel bir acının çekilmiş

⁹⁹⁰ Yaşama hakkı hiyerarşik açıdan kişisel değerlerin en üstünde yer alır. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku(İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı)**, 6. Bası, İstanbul, 2002, s.271-272; Sibel İnceoğlu, **Ölme Hakkı, Ötenazi**, İstanbul, 1999, s.65; Bahri Savcı, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara, 1980, s.7; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.108.

⁹⁹¹ Beden bütünlüğü kavramının ruh bütünlüğünü de kapsayacak şekilde hem fiziksel hem ruhsal değerleri ifade etmektedir. Serap Helvacı/FülyaErlüle, **Medeni Hukuk(Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)** 6. Bası, İstanbul, 2020, s.86.

⁹⁹² Çağlayan, **İdarenin Sorumluluğu**, s.244; Doğramacı, **a.g.e.**, s.171.

⁹⁹³ O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, Legal Yayınevi, 2017, s.187; Doğramacı, **a.g.e.**, s.172.

olması şart olmayıp örneğin saçların kesilmesi de vücut bütünlüğünün ihlali kapsamında değerlendirilir⁹⁹⁴.

Vücut bütünlüğünün ihlaline duygusal işlevlerde, karar alma mekanizmasında bozulma gibi ve benzeri şekilde ruhsal sağlığın zarar görmesi de girmektedir. Ruhsal sağlığın bozulup bozulmadığına bu alanda uzman hekimler tarafından tespit edilirken, ruhsal sağlığın bozulmasının manevi zarar meydana getirip getirmediği ve bunun sonucunda manevi tazminatın hükmedilip hükmedilmeyeceğini yargılama süreci içerisinde hâkim tarafından takdir edilecektir⁹⁹⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 56.maddesi aynı kanunun 58.maddesine göre özel nitelik taşıdığından koşulları mevcut olduğu halde öncelikle uygulama alanı bulur⁹⁹⁶.

⁹⁹⁴ Gamze Turan Başara, **Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi**, 2018, Turhan Yayınevi, s.221; Doğramacı, **a.g.e.**, s.172; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.149-152.

⁹⁹⁵ Başara, **a.g.e.**, s.221; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.149-152.

⁹⁹⁶ Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.40; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.121.

3. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 58'in Değerlendirilmesi (Kişilik Hakkının İhlali Halinde Manevi Tazminat Talebi)

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 58 uyarınca;

“ Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir”

Kişilik hakkının ihlalinin meydana getirdiği manevi zarar sebebi ile manevi tazminat talep etmek imkanı veren bu madde tazminat yerine başka giderim biçimlerini de öngörmesi⁹⁹⁷ sebebi ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 56'ya göre hâkime daha geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır⁹⁹⁸.

6098 sayılı TBK. m. 56 ile bedensel zarar ve ölüm halinde meydana gelen zarardan doğan tazminat talepleri düzenlenmiş olup, kişilik hakkı zedelenen kişiye Türk Medeni Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme ile korunmakta olan kişisel değerler dışında kalan değerlerin ihlal edilmesi durumunda manevi tazminat davası açma olanağını 6098. sayılı TBK. madde 58 sağlamaktadır⁹⁹⁹. Bedensel zarar ve ölüm hali dışında kalan ve kişilik hakkı ihlali niteliği taşıyan örneğin hasta kayıtlarının yanlış tutulması, hasta dosyasında eksiklik veya hata olması gibi bedene yönelik olmayan tıbbi uygulamalardan doğan zararlardan kaynaklı manevi tazminat taleplerinde 6098. s. TBK. m 58 uygulama alanı bulacaktır. Nitekim Danıştay, hatalı teşhise dayalı olarak düzenlenen sağlık

⁹⁹⁷ Manevi tazminat isteme hakkı kişinin kişiliğine yapılan tecavüz sebebi ile hissettiği acı, elem ızdırabın yarattığı manevi zararın para veya başka bir şekilde tatmin edilmesi amacı ile tanınmış bir haktır. Mustafa Dural/Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku**, Cilt II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2023, s.162.

⁹⁹⁸ Aybüke Basım, “Kısmi Dava, Belirsiz Alacak Davası ve Manevi Tazminat Taleplerinin Bu Davalara Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, **AÜHFED**, C:65, S:4, 2016, s.2712; Doğramacı, **a.g.e.**, s.173.

⁹⁹⁹ 6098s.TBK m. 58 kapsamında korunan kişisel değerler tek tek saymak olanaksız olup, doktrinde fiziki kişilik değerleri, manevi(duygusal) kişilik değerleri, sosyal kişilik değerleri şeklinde bir sınıflandırma yapılmıştır. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.121.

raporunun kısa süre içinde yanlışlık anlaşılarak hem teşhis ve hem de sağlık raporu düzeltilse dahi hatalı teşhisin hastaya bildirilmesinin ardından hastada yarattığı sıkıntı üzüntü nedeni ile manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁰⁰⁰. Danıştay'ın kararlarında bedensel zarar bulunmamasına rağmen manevi tazminata hükmetmesi kişilik hakkının ihlali sebebi ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 58 hükmünün kıyasen uygulandığı görülmektedir¹⁰⁰¹.

6098 s. TBK m. 58 uyarınca haksız fiil sebebi ile manevi tazminat istenebilmesi için kusurlu veya kusursuz bir haksız fiilin mevcudiyeti şarttır. Manevi tazminat sözleşmenin ihlaline dayanıyorsa kusur karinesi söz konusu olmaktadır¹⁰⁰².

6098 s. TBK m. 56 düzenlemesi özel nitelikte bir hüküm olup hayat hakkı, sağlık hakkı gibi fiziki kişilik değerlerinin ihlalinden doğan manevi zararların tazminat taleplerini karşılamakta, 6098 s. TBK m.58 ise genel hüküm niteliğinde olup bedensel bütünlüğün ihlali ve ölüm sebebi ile meydana gelen manevi zararların tazminat taleplerini düzenleyen TBK m. 56 gibi özel bir hüküm olmadığı hallerde uygulama alanı bulmaktadır¹⁰⁰³.

Tıbbi müdahale neticesinde hem bedensel zarar meydana gelmiş hem de vücut bütünlüğü dışında ki bir kişilik hakkı ihlal edilmiş ise iki ayrı ihlal ayrı ayrı değerlendirme konusu yapılacak ancak tek toplam manevi tazminata hükmedilecektir¹⁰⁰⁴. Örneğin eksik veya hatalı aydınlatma yapılan bir tıbbi müdahalenin eksik veya hatalı olan kısmı ile ilgili bir bedensel zarar meydana gelmesi halinde bundan doğan manevi zarar için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 56 uygulanacak, buna ek olarak tıbbi müdahaleye ait rıza formunun da kaybının da mevcut olması halinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 58, aynı kanunun 56. maddesi ile birlikte uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁰ Danıştay 15. Dairesi'nin 2013/4336 E., 2016/224 K. sayılı kararı, Aktaran, Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s.1414-1415; Doğramacı, **a.g.e.**, s.174.

¹⁰⁰¹ Cihan Yüzbaşıoğlu, **İdare ve Personel Yünüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk**, XII Levha Yayıncılık, 2020, s.449; Doğramacı, **a.g.e.**, s.174.

¹⁰⁰² Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.163.

¹⁰⁰³ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.122.

¹⁰⁰⁴ Antalya, **Borçlar Genel Cilt II**, s.177; Doğramacı, **a.g.e.**, s.174.

¹⁰⁰⁵ Doğramacı, **a.g.e.**, s.175.

C. Manevi Tazminatın Bölünmezliği İlkesi

Yargıtay manevi tazminatın bölünemez olduğu ilkesini kabul etmekte¹⁰⁰⁶ ve bu duruma çeşitli neticeler bağlamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.03.2019 tarih ve 2015/873 E., 2019/253 K. sayılı kararında da¹⁰⁰⁷ belirttiği üzere manevi tazminat davasında müteselsil sorumlulardan birinin davadan feragat etmesi halinde manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi gereğince diğer müteselsil sorumlularda manevi tazminat borcundan kurtulma imkanına sahip olmaktadır.

Manevi tazminat talebinde bulunan kişinin talep manevi tazminat miktarının tamamını bir defada talep etmesi gerekmekte olup aksi durum manevi tazminatın bölünmezliği ilkesine aykırı olacaktır¹⁰⁰⁸.

Doktrinde de manevi tazminatla ilgili olaya ve kişiye özel durumların ve tazminat miktarının tespitinde hakime geniş bir takdir yetkisi tanındığı bu sebeple de manevi tazminatın bölünemeyeceği kabul edilmektedir¹⁰⁰⁹. Manevi zararı karşılığında manevi tazminat talebinde bulunan kişinin bir kısmını ilk açacağı davada talep etmesi fazlaya ilişkin kısmını ise gelecekte talep edeceğini bildirmesi manevi tazminat davasının niteliği ile bağdaşmayacaktır¹⁰¹⁰. Yargıtay'da verdiği bir kararda üzüntü ve acıyı zamana yayılması suretiyle manevi tazminatın bölünmesinin bir kısmının dava konusu yapıp kalan kısmının saklı tutulmasının manevi tazminatın bölünmezliği ilkesine aykırı olacağından mümkün olmadığı yönünde görüş belirtmiştir¹⁰¹¹. Manevi tazminat alacağı bir para alacağı şeklinde kendini gösterse de burada amacın manevi zararın giderilmesi olduğu duyulan acı ve elemnin bölünmek

¹⁰⁰⁶ Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.43; Hasan Tahsin Gökcan, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 4. Baskı, 2016, s.850; Doğramacı, **a.g.e.**, s.175; YHGK'nun 28.01.2015 tarih ve 2014/127 E., 2015/788 K. sayılı kararında; "... Manevi tazminatın bölünmezliği ve tekliği ilkesi gözetilerek manevi zarar karşılığı olarak istenebilecek manevi tazminat bölünerek istenemeyeceğinden ve uğranılan manevi zarar nakdi tazminatın bir bölümü ile karşılandığından artık aynı olay nedeniyle yeniden manevi tazminat istenemez..." denilmek sureti ile manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi vurgulanmıştır. (Yargıtay Karar Arama, E.T: 5 Ekim 2023).

¹⁰⁰⁷ Doğramacı, **a.g.e.**, s.175.

¹⁰⁰⁸ Narter, **Manevi Tazminat**, s.59.

¹⁰⁰⁹ Ergun Orhunöz, **Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat, (B.K Madde-47)**, 1999, s.47; Serkan Çınarlı/Baykal Açar, "İdari Yargılama Hukukunda Dava Değerinin Arttırılması", **Terazi Hukuk Dergisi**, C:12, S: 129, Mayıs 2017, s . 30; Doğramacı, **a.g.e.**, s.175.

¹⁰¹⁰ Narter, **Manevi Tazminat**, s.59.

¹⁰¹¹ Yargıtay 21. HD'nin 24.04.2007 tarih ve 2007/2493 E., 2007/6783 K. sayılı kararı, Aktaran: Narter, **Manevi Tazminat**, s.59, dpnt, 152.

sureti ile parça parça talep edilmesinin manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırı olacağı¹⁰¹² bununla birlikte daha sonradan yeni nedenlerin ortaya çıkması halinde manevi tazminatın ikinci kez talep edilebileceği bunun bölünmezlik ilkesi ile çelişmediği kabul edilmektedir¹⁰¹³. Yargıtay da vücutta sabit bir iz kalması veya tedavinin birden fazla ameliyatı gerektirmesi gibi hallerde zarar neticesinin ilk dava açıldığı esnada öngörülmesinin mümkün olmadığını belirterek bu hallerde yeni bir dava açılmasını kabul etmekte ve öngörülemeyen zarar sonucunu yeni bir olay olarak kabul ederek ve bu durumu farklı bir dava sebebine göre açılmış bağımsız yeni bir dava olarak değerlendirmektedir¹⁰¹⁴.

1. Manevi Tazminatın Kısmi Dava Konusu Olma İmkânının Kanunen Mümkün Olmaması

Kısmi dava 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olup m.109 uyarınca; *“Talep konusunun niteliği itibari ile bölünebilir olduğu durumlarda sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir.”* Kısmi dava, davacının bir hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tamamını değil, belli bir bölümünü talep ettiği, tahkikat aşamasından sonra alacağın tümünün tespit edilmesinden sonraek bir dava ile isterse alacağının geri kalan kısmını da talep edebildiği bir dava türüdür. Manevi tazminatın kısmi dava ile talep edilememesinin olumsuz yönü ilk talep edilen manevi tazminat miktarının değişen ekonomik koşullar içerisinde aşırı şekilde değer kaybetmesi, her ne kadar kişinin yaşadığı acı, elem ve ızdırabın değerinin para ile ölçülmesinin mümkün olmadığı düşünülse de yaşanan sıkıntının parasal karşılığının dahi sağlanamamasının acı ve ızdırabı daha da artıracak olmasıdır.

¹⁰¹² Büşra Kazmaz Tepe, “Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Davalarının Dava Türleri Bakımında İncelenmesi”, **DEÜHFD**, 2020,C:22, S:2, s.1144; Doğramacı, **a.g.e.**, s.176.

¹⁰¹³ Orhunöz, **a.g.e.**, s.49; Gökcan, **Haksız Fiil**, s.851; Doğramacı, **a.g.e.**, 2022, s.176.

¹⁰¹⁴ Doğramacı, **a.g.e.**, s.176-177; Kazmaz Tepe, **a.g.m.**, s.1144-1145; Yargıtay 4.HD. 14.05.1998 tarih ve 9223/3428, Aktaran: Tutumlu, s.197.

Doktrinde ve uygulamada manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi gereğince manevi tazminatın kısmı dava konusu yapılamayacağı kabul edilmektedir¹⁰¹⁵. Hukuka aykırı bir fiil sebebi ile çekilen acı ve üzüntüler o an ve tarih itibari ile duyulması gereken hisler olup bunun zamana yayılması ve manevi tazminatın kısmı dava konusu yapılarak diğer kısmının saklı tutularak daha sonra ek dava açılması mümkün değildir¹⁰¹⁶. Yargıtay'da yaşanan acı, elem ve ızdırabın zamana yayılamayacağı, hâkimin manevi tazminat konusundaki takdir yetkisinin bölünemeyeceği ve manevi tazminat hakkının bir kısmının saklı tutularak talep de bulunulmasının manevi tazminatın niteliği ile bağdaşmayacağı düşüncesindedir.¹⁰¹⁷

Yargıtay'ın bu görüşü manevi tazminat alacağının bir para alacağı olduğu bu sebeple bölünebileceği ve maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminatın da önceden belirli olmadığı, hem bedensel zarar hem de ölüm hallerinde manevi zararın bir anda meydana gelerek sona ermesi diye bir durumun olmadığı aksine acı, elem ve ızdırabın zamana yayıldığı sebepleri ile eleştirilmiştir¹⁰¹⁸. Yargıtay'ın görüşünü eleştirenlere göre aslında manevi tazminatın bölünememesi halinin değil, manevi zararın bölünmezliğinin manevi tazminat kavramı ile hatalı olarak ilişkilendirilmesi söz konusudur¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s.928 ;Orhunöz, **a.g.e.**, s. 47; Mehmet Akif Tutumlu, **Tüketici Hukukunda Manevi Tazminat Davası**, Seçkin Yayınevi, 2015, s. 196; Gökcan, **2016**, s.850; Kazmaz Tepe, **a.g.e.**, s. 1149; Er vd.,**2021**, s.659; Doğramacı, **a.g.e.**, s.176.

¹⁰¹⁶ Narter, **Manevi Tazminat**, s.60.

¹⁰¹⁷ Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.43; Doğramacı, **a.g.e.**, s.177. Yargıtay bedensel zarar sebebi ile manevi tazminat taleplerinde kendi görüşüne bir esneklik getirmiş ve vücutta sabit iz kalması veya tedavinin birden fazla ameliyat gerektirmesi gibi zarar neticesinin ilk açılan davada tam olarak öngörülmesinin mümkün olmadığı durumlarda öngörülemeyen miktar için ek dava açılabilirliğini kabul etmektedir. Doğramacı, **a.g.e.**, s.176-177; Kazmaz Tepe, **a.g.e.**, s.1144-1145; Tutumlu, **a.g.e.**, s.197.

¹⁰¹⁸ Haluk N. Nomer, "Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün Müdür?" **İÜHFİM**, C:LVIII, S:1-2, 2000, s. 229; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.281; Doğramacı, **a.g.e.**, s.177; Basım, **a.g.m.**, s.2704.

¹⁰¹⁹ Ahmet İyimaya, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Ankara Adelet Basım Yayım, 1990, s.248; Doğramacı, **a.g.e.**, s.277.

2. Manevi Tazminat Alacağının Belirsiz Alacak ve Tespit Davaları Açısından Durumu

Belirsiz alacak davası 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olup HMK m. 107/1 uyarınca, *“Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.”*

Manevi tazminat davasının belirsiz alacak davası veya tespit davasına konu edilip edilemeyeceği yönünde doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Manevi tazminatın miktarının hâkim tarafından takdir edilmesi, bu sebeple miktarın belirlenmesinin tam ve kesin olarak mümkün olmayacağı¹⁰²⁰, manevi tazminat talebinin belirsiz alacak davasının niteliği ile örtüştüğü, dava açılması esnasında talep edilen miktarın varsayımsal olarak belirlendiği bu sebeple manevi tazminat davasının belirsiz alacak davası şeklinde açılabilmesi¹⁰²¹ yönünde görüşler olduğu gibi manevi tazminat olarak talep edilen miktarın her halükarda manevi zararı tam olarak karşılamadığı, miktarının da yine her halükarda ancak hakimin dava hakkında kanaatini belli etmesiyle tespit edilebileceği¹⁰²², manevi tazminatın maddi tazminattan farklı olarak telafi, cezalandırma gibi işlevlerinin de olduğu bu sebeple belirsiz alacak davasına konu olamayacağını ileri süren görüşler de mevcuttur¹⁰²³. Bir diğer görüş ise değişen veya artan zarar söz konusu ise ve zarar miktarı öngörülemiyorsa manevi tazminat davasının belirsiz alacak davası şeklinde açılabilmesini ancak yine her halükarda özellikle bedensel zararlarda, zararın tüm

¹⁰²⁰ Nomer, **Kısmi Dava**, s.228; Hakan Pekcanitez, “Belirsiz Alacak Davası”, **DEÜHFD**, C:11, Özel Sayı: Prof . Dr. Bilge UMAR'a Armağan, 2009, Basım yılı: 2010, C.I, s.528; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.279; Çelik Ahmet Çelik, **Belirsiz Alacak Davasında Manevi Tazminat İstenmesi**, İçinde: Tazminat Davalarında Güncel Sorunlar, Aristo Yayınevi, 2019, ss.78-87, s.84; Kazmaz Tepe, **a.g.m.**, s.1129; Çelik Ahmet Çelik, **Destekten Yoksunluk**, s.331; Doğramacı, **a.g.e.**, s.178.

¹⁰²¹ Kazmaz Tepe, **a.g.m.**, s.1141; Doğramacı, **a.g.e.**, s.178.

¹⁰²² Bu konudaki ayrıntılı görüşler için bkz: Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.280-282; Doğramacı, **a.g.e.**, s.178.

¹⁰²³ Franko, **Manevi Zarar**, s.123-124; Süha Tanrıver, “Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararların Tazmini Bağlamında Belirsiz Alacak Davası”, İçinde: S.Uçakhan Güleç ve N. Basa(Ed.), **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini**, Cilt 2, TBB 2016, s.170; Doğramacı, **a.g.e.**, s.178.

sonuçlarının hüküm aşamasında belirlenebileceğinden bunun da sorunu çözemediği şeklindedir¹⁰²⁴.

Genel tespit davası da yine 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olup HMK m. 106 uyarınca; *“Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturmaz.”* Tespit davası neticesinde verilen olumlu olumsuz her türlü karar tespite yöneliktir¹⁰²⁵.

Yargıtay manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi uyarınca manevi tazminat davasının belirsiz alacak davası veya tespit davası olarak açılmayacağı kanaatindedir¹⁰²⁶.

3. Manevi Tazminat Davalarında Talep Sonucunun (Dava Değerinin) Artırılması

2577 s. İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 16/4 uyarınca; *Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler. Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.”* Görüldüğü üzere idari yargılamada yargılamanın sonuna kadar dava değerini artırma imkânı bulunmaktadır. Bu sayede manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinin

¹⁰²⁴ Kazmaz Tepe, **a.g.m.**, s.1143; Doğramacı, **a.g.e.**, s.179.

¹⁰²⁵ Ekrem Akkuş, “Manevi Tazminatla (BY.m.49) İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991, s.80; Doğramacı, **a.g.e.**, s.178.

¹⁰²⁶ “Hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler, o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle, manevi tazminatın bölünmesi, bir kısmının dava konusu yapılması kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Niteliği itibariyle manevi tazminat bölünemez. Bir defada istenilmesi gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 25.9.1996 gün ve 1996/21-397-637 E-K, 13.10.1999 gün ve 1999/21-684-818 E- K ve 01.03.2006 gün ve 2006/2-14-26 K. sayılı kararı da bu doğrultudadır.” Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 16/03/2021 tarih ve 2020/7279 E. , 2021/3385 K. sayılı kararı, (Yargıtay Karar Arama, E.T.30.09.2023).

idari yargıda mutlak bir kural olarak geçerli olmadığı, örneğin geçici bir meslek hastalığına yakalanan kişinin bu rahatsızlığının dava sırasında kalıcı hale dönüşmesi gibi zarar görenin dava açıldıktan sona manevi zararını artıran durumların ortaya çıkması halinde manevi tazminat talebinin artırılabilceğı savunulmaktadır¹⁰²⁷. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta idari yargılamada imkân verilen husus tazminat miktarının artırılmasıdır. Manevi tazminat talebine maddi tazminat talebi ya da maddi tazminat talebine manevi tazminat talebinin eklenmesi ise idari yargıda mümkün değildir¹⁰²⁸. Manevi tazminatın bölünmezliğı ilkesinin idari yargılama alanında da uygulanması gerektiğı yönünde görüşler¹⁰²⁹ mevcutsa da Danıştay manevi tazminat talebinin yargılama sırasında artırılabilceğini kabul etmektedir¹⁰³⁰.

Adli yargı açısından ise durum farklıdır. 6100 s. HMK m. 176 uyarınca; “Taraflardan her biri, yapmış olduğı usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir. Aynı davada, taraflar ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilir.” Islah müessesinin düzenlendiğı bu hüküm uyarınca taraflar ıslah ile dava sebebini değıştirebileceğı gibi dava dilekçesinde belirtmediğı vakıalara ıslah yol ile tamamlayabilecek, iddia ve savunmasını genişletebilecektir. Ancak manevi tazminat davalarında ıslah yolu ile dava dilekçesinde yer alan talepten daha fazla bir talepte bulunulamayacağı gibi sadece maddi tazminat talep edilen bir davada kısmi ıslah yolu ile manevi tazminat ek olarak istenemez. Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir. Yargıtay konu ile ilgili bir kararında, dava dilekçesinde yer almayan manevi tazminat talebinin ıslah yolu ile istenemeyeceğini öngörmüştür¹⁰³¹.

¹⁰²⁷ Bülent Küfödür, **İdari Yargıda Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davası Açılması, İdarenin Sorumluluk Türleri ve Usul Hükümlerinin Uygulanması**, İçinde: N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), *Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre*, TBB 2020, ss.685-732, s.719; Doğramacı, **a.g.e.**, s.181; Çınarlı/Ağar, **a.g.m.**, s.30.

¹⁰²⁸ Yücel Özdemir, **a.g.e.**, “İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğı ve Manevi Tazminatın Artırılması Sorunu”, **Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:4, S:2, 2019, s.151.

¹⁰²⁹ Coşkun Özbudak, “İdari Yargıda Dava Değerinin Artırılması(“mış Gibi” Bir Yasama İşlemi)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C:10, S:106, 2015, s.132; Doğramacı, **a.g.e.**, s.181.

¹⁰³⁰ Doğramacı, **a.g.e.**, s.180; Suna Türkoğlu, **İdarenin Bedensel Zararlardan Sorumluluğı**, İçinde: N. Basa ve S. Uçakhan Güleç(Ed.), *Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri* 5-6 Nisan 2019, TBBY 2020, s.67.

¹⁰³¹ Yargıtay 21.HD’nin 31.03.2014 tarih ve 2013/22484 E., 2014/6330 K. sayılı kararı, Aktaran: Narter, **Manevi tazminat**, s.61, dpnt. 157.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ HATA KAYNAKLI MANEVİ TAZMİNATIN TESPİTİNDE ESAS ALINACAK HUSUSLAR

I. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

Manevi tazminat belirlenmesinde ne kamu hukukunda ne de özel hukukta maddi tazminatta olduğu gibi somut bir ölçü bulunmamaktadır¹⁰³².

Manevi tazminatın belirlenmesi hususu özellikle kişilik hakkı ihlalinden doğan zararın giderilmesi açısından önemli sorunlardan birini teşkil etmektedir¹⁰³³. Bu hususta gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 56 ile gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 4 ile hakime takdir yetkisi tanınması söz konusudur¹⁰³⁴.

B. Hakime Tanınan Takdir Yetkisi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 56 ile manevi tazminatın tespitinde hakime takdir yetkisi tanınmış bu sayede kanunun ana ve genel esasları toplumun değişen ihtiyaçlarına, gelişen ve aynı zamanda da değişen ilişki biçimlerine uyumlanması ve uygulanması imkanı sağlanmıştır¹⁰³⁵. Özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.56'da yer alan olayın özelliklerini dikkate alarak zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verilebileceği yönündeki düzenleme doktrin ve uygulama açısından hakime tanınan takdir yetkisinin kanundaki varlığını¹⁰³⁶ ve temelini göstermektedir¹⁰³⁷.

¹⁰³² Arkun Kudat, **Cismani Kazalardan Doğan Zararlar Nasıl Değerlendirilir**, Ankara, Ajans- Türk Matbaası, 1966, s.54; Doğramacı, **a.g.e.**, s.183.

¹⁰³³ Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.305; Doğramacı, **a.g.e.**, s.183.

¹⁰³⁴ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.437-440.

¹⁰³⁵ Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara, 1979, s.184; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.437; Doğramacı, **a.g.e.**, s.183; Seyfullah Edis, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", **AÜHFİD**, Yıl: 1973, C:30, S:1, s.169-170.

¹⁰³⁶ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.438.

¹⁰³⁷ Franko, **Manevi Zarar**, s.160; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.342. Gökcan, **Haksız Fiil**, s.850; Remzi Demir, "Bedensel Bütünlüğün Tıbbi Müdahaleler Sonucunda İhlâlden Kaynaklanan Manevi

Hakime tanınmış takdir yetkisinin aşkın ve farklı kriterlere göre kullanılması neticesinde ortaya çıkacak sakıncaları önlemek amacı ile de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 4’de yer alan “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*” şeklinde ki düzenlemede takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin temel bir ilke de yer almaktadır¹⁰³⁸.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 4’de yer alan hakimin takdir yetkisini kullanması gereken yerlere ilişkin sayım tahdidi olmayıp hakim gerekli gördüğü her yerde kanuni düzenlemelerin sertliğini ve dava konusu olaya uymayan kısmını düzeltip yumuşatabilir¹⁰³⁹.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 4’de yer alan hakime takdir yetkisi veren kanuni düzenleme hüküm içi boşluğu doldurma konusunda hakime bir serbesti tanımamış, tam tersi ona bir ödev yüklemiş olup takdir yetkisini kullanma koşulları oluşması halinde hakim bu yetkisini kullanma yükümlülüğü altındadır¹⁰⁴⁰.

Kanunda ki boşluk sebebi ile hakimin hukuk yaratması ile hakimin takdir yetkisi birbirine çok karıştırılan bir durumdur. Hakim takdir yetkisi kullanırken kanunda bir hüküm mevcut olup bu hüküm içinde bilinçli bir boşluk bulunmakta; yani hakimin hukuk yarattığı hallerde ise kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Hakim takdir yetkisini kullanırken dahi, o hükmün sınırları, amacı, sosyal adalet ve korumak istediği fayda ile bağlıdır¹⁰⁴¹.

Hakim, kanun tarafından kendisine tanınan takdir yetkisini kullanırken benzer olaylar içinde uygulanabilir bir çözüm bulma ilkesi doğrultusunda hareket edecek ve bu ilke hakime tanınan takdir yetkisinin amacının da gerçekleşmesini sağlayacaktır¹⁰⁴².

Tazminat Davası”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:17, S:1, 2020, s.31; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.438.

¹⁰³⁸ Edis, **Medeni Hukuka Giriş**, s.184; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.438.

¹⁰³⁹ Şener Akyol, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, 1995, s.326; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.438.

¹⁰⁴⁰ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.439.

¹⁰⁴¹ Edis, **Takdir Yetkisi**, s.173-174.; Doğramacı, **a.g.e.**, s.184.; M Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 21. Bası, Vedat Yayınevi, 2015, s.92-94.

¹⁰⁴² Edis, **Takdir Yetkisi**, s.179-180; Doğramacı, **a.g.e.**, s.185.

Hakim kendisine takdir yetkisi tanınan yerlerde Türk Medeni Kanunu madde 4'de de ifade edildiği üzere hukuka ve hakkaniyete göre karar verecektir¹⁰⁴³.

C. Hakime Tanınan Takdir Yetkisinin Sınırları

Hakimin takdir yetkisi kanunun bu yetkiye işaret ettiği durumlar ve sınırlar kapsamında mümkündür. Buna ek olarak hakimin takdir yetkisi hakkaniyet yöntemi, duygularına bağlı bir şekilde karar verememe, takdirinin gerekçelendirme yükümlülüğü ve takdir yetkisinin üst yargı denetimine tabi olması ile sınırlandırılmıştır¹⁰⁴⁴.

1. Hakimin Tanınan Takdir Yetkisini Kanunun Öngördüğü Hallerde ve Çizdiği Sınırlar İçerisinde Kullanabilmesi İmkânı

Hakime takdir yetkisi kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bıraktığı hüküm içi boşlukları doldurması için tanınmış olduğundan bu yetkiyi ancak kanunun açıkça takdir yetkisine işaret ettiği hallerde kullanabilir. Kanunun metninden veya metinde açıklık olmayan hallerde metnin yorumlanmasından hakime takdir yetkisinin tanındığı açıkça anlaşılmıyor ise hakim takdir yetkisine dayanarak karar veremez¹⁰⁴⁵.

Kanunkoyucu hakime takdir yetkisinin alanını belirli sınırlar ile belirlemiş olup kanunkoyucu tarafından belirlenen bu alan belli bir olay, bu olayın unsurları ya da hukuki neticeleridir. Kanun koyucunun hakimin takdir yetkisine görünüşte bir sınır koymadığı hallerde dahi hakim kanun hükmünün düzenleniş amacına yani var oluş sebebine (ratio legis) dayanarak bu amaç ve sebebin çizdiği sınırlar içinde karar vermek zorundadır¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴³ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.439; Edis, **Medeni Hukuka Giriş**, s.205.

¹⁰⁴⁴ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.440.

¹⁰⁴⁵ Edis, **Medeni Hukuka Giriş**, s.196-197; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.440-441.

¹⁰⁴⁶ Edis, **Medeni Hukuka Giriş**, s.200; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.440-441.

2. Hakime Tanınan Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Hakkaniyet Yöntemi

Hakkaniyette esas olarak temel hak ve özgürlükler ekonomik menfaatlerden önce gelmekte ve takdir yetkisi kullanan hakim hükmünü verirken menfaatler dengesini göz önünde tutarak temel hak ve özgürlükleri korumalıdır¹⁰⁴⁷.

Hakim takdir yetkisini kullanırken somut olayın hukuken önemli bütün unsurlarını dikkate almalı, önemsiz sayılacak, gerekli olmayan ayrıntıları ise göz ardı etmelidir¹⁰⁴⁸. Bu sayede hakim tarafından çözülmek istenen olay somutlaştırılarak benzerlerinde ayrılmış olacaktır. Hakimin hakkaniyet uyarınca hüküm verebilmesi için önündeki olayı bireyselleştirmesi¹⁰⁴⁹ gerekmekte bunun için de tarafların menfaatlerinden hangisinin korunmaya değer olduğu yönünde objektif nitelikte¹⁰⁵⁰ bir değer yargısı oluşturması gerekmektedir. Bu nedenle hakimin vermiş olduğu kararlara hiçbir şekilde hukuk dışı kaynak ve düşünceye dayanmamalı, duygusal, keyfi, merhamet veya bağışlama ürünü olmamalıdır¹⁰⁵¹. Hakimin takdir yetkisinin genel çerçevesi hakkaniyet olmakla birlikte kanuni düzenleme “olayın özelliklerini göz önünde bulundurma” ölçütü ile izlenecek yolu da göstermekte¹⁰⁵² ve bu kapsamda hakimin manevi tazminatın amacı, işlevi, hukuki güvenlik, eşitlik ilkesini ve keyfiyet yasağını ve taraf menfaati gibi hususların tümünü de dikkate alması gerektiğini göstermektedir¹⁰⁵³. Böylelikle hakimin takdir yetkisini kullanırken benzer olaylar içinde uygulanabilir bir çözüm bulma ilkesi doğrultusunda hareket etme zorunluluğu hakkaniyet kavramının da içinde yer alan hukuki güvenlik ve eşitlik ilkesini de kapsamaktadır¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁴⁷ Talip Kabadayı, “Hakkaniyet” Adaletin Temelidir”, **PÜSBED**, S: 15, 2013, s.53-54; Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku**, Cilt I, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, 2015, s.133; Doğramacı, **a.g.e.**, s.185.

¹⁰⁴⁸ Akyol, **a.g.e.**, s.340; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.441

¹⁰⁴⁹ Ergun Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Bası, İstanbul, 1986, s.244.

¹⁰⁵⁰ Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.101. Atlan, **2015**, s.92; Doğramacı, **a.g.e.**, s.186; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.441.

¹⁰⁵¹ Akyol, **a.g.e.**, s.328; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.442.

¹⁰⁵² Atlan, **2015**, s.92; Doğramacı, **a.g.e.**, s.185.

¹⁰⁵³ Kudat, **a.g.e.**, s.62; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.442; Doğramacı, **a.g.e.**, s.185.

¹⁰⁵⁴ Edis, **Takdir Yetkisi**, s.180; Doğramacı, **a.g.e.**, s.185-186; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.442.

Kişilik hakkının ihlal türleri ve bu ihlallerin yarattığı sonuçların çeşitliliği manevi tazminat tutarlarının bütün ihlaller açısından geçerli olacak şekilde genel ve soyut olarak belirlenmesini mümkün kılmamakla birlikte hakkaniyet kararının genel niteliği ve hakimın takdir yetkisini kullanırken objektif davranma yükümlülüğü aynı olaylar için aynı kararların verilebilmesine imkan da sağlayabilmektedir¹⁰⁵⁵.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi tarafından doktrinin de desteği ile belirli olaylarda belirli miktarlarda manevi tazminata hükmedilmesi yönünden tarifler geliştirilmesini sağlayacak şekilde hükümler verilmiş ve bunu sonucunda İsviçre doktrininde bazı yazarlar tarafından kısa açıklamalar ve manevi tazminat miktarlarını gösteren tablolar periyodik şekilde yayınlanmış, bu tablolar İsviçre Medeni Kanununun 1.maddesi III. fıkrası uyarınca manevi tazminat miktarını belirleyecek hakim için yararlanabileceği yardımcı kaynak olarak kabul edilmiştir¹⁰⁵⁶.

3. Manevi Zararın İspat Edilmesi ve Tespiti

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 6 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde. 50/1 hükümleri gereğince, kural olarak zararını ve miktarını ispat yükümlülüğü zarar görene aittir. İdari yargıda ispat ile ilgili özel bir hüküm bulunmadığından aynı kural idari yargıda da geçerlidir¹⁰⁵⁷. Zarar görenin zararını ve miktarını ispat yükünden kurtulmanın tek yolu, zararın tam olarak gerçek miktarının tespiti ve ispatının mümkün olmaması halidir¹⁰⁵⁸. Zararın miktarının tespit ve ispat edilememesinin sebebi manevi zararda olduğu gibi zararın kendine özgü niteliğinden kaynaklanabileceği gibi zarar görenin yine zararın kendine özgü niteliği sebebi ile bunu ispatlayamamasından da olabilir¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁵ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.442.

¹⁰⁵⁶ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.443; Doğramacı, **a.g.e.**, s.186.

¹⁰⁵⁷ Çınarlı/Ermumcu/Meral/Azak, s.245.

¹⁰⁵⁸ Tandoğan, **Mesuliyet**, s.263.

¹⁰⁵⁹ Antalya, **Borçlar Genel Cilt II**, s.202; Doğramacı, **a.g.e.**, s.187.

Genel olarak manevi zarar, somut deliller ile tespit edilmesi mümkün olmayan bir zarar biçimi¹⁰⁶⁰ olup çoğu zaman ispatı zor ve masraflı olduğundan ve böyle bir durumda hakim hayatın olağan akışını ve zarar görenin aldığı tedbirleri de dikkate alarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde. 50/2 uyarınca hakkaniyete göre zararın miktarını belirleyecek bedensel zararlardan kaynaklı manevi tazminat taleplerinde ise ayrıca bedensel zararın ispatına gerek duyulmayacaktır¹⁰⁶¹

4. Hakime Tanınan Takdir Yetkisinin Kullanımında Subjektif Davranılması

Hakim, her ne kadar manevi tazminatı belirlerken hakkaniyet kavramı içerisinde objektif kriterlere dayanarak bir karar verse de, bu kararın içeriğinde hakim değer yargısından subjektif izler taşıması mümkündür¹⁰⁶². Kanunkoyucu 4721 sayılı TMK madde 4 ile hakime genel bir direktif vermek istemiş ve hakim kararını verirken kişisel değer yargıları, kişisel duygu ve düşünceleri, kişisel eğilimlerinden etkilenerek keyfi nitelikte kararlar vermesinin önüne geçmek istemiştir. Hakim takdir yetkisini kullanırken somut olayı bütün özellikleri ile değerlendirecek ancak bunu yaparken objektif davranacak subjektif bir değerlendirmede bulunmayacaktır¹⁰⁶³. Bununla birlikte uygulamada hakim karar verirken çoğu kez kuşaktan kuşağa aktarılmış ve öğrenilmiş düşünce kalıplarından, kişisel ön yargılarından, psikolojik savunma mekanizmalarından, kişisel özelliklerinden ve yeteneklerinden¹⁰⁶⁴, bilgi, tecrübe ve görgüsünden, karar anındaki ruh hali, cinsiyeti, dünya görüşü, yaşam tarzından ister istemez etkilenecek ve değişkenlik gösterebilecektir¹⁰⁶⁵. Doktrinde her ne kadar bu ön yargılı düşünce kalıplarının keyfi işlem yasağı ve eşitlik ilkesi karşısında önemli olmayacağı ileri

¹⁰⁶⁰ Şebnem Akipek Öcal, **Maddi ve Manevi Zararların Erken Tazmini Sorunu (Geçici Ödemeler)**, İçinde N. Basa ve S.Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre, TBB, ss.59–76, s.71; Doğramacı, **a.g.e.**, s.187.

¹⁰⁶¹ Tutumlu, **a.g.e.**, s.214.

¹⁰⁶² Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, s.244; Doğramacı, **a.g.e.**, s.188; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.444.

¹⁰⁶³ Erlüle **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.444.

¹⁰⁶⁴ Hulusi Alphan Dinçkol, “İdari Yargı’da Hakimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi”, **MÜHF-HAD**, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), C:19, S:2, 2013, s.1579; Doğramacı, **a.g.e.**, s.188-189.

¹⁰⁶⁵ Kudat, **a.g.e.**, s.54. Erlüle **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.444; Doğramacı, **a.g.e.**, s.189.

sürülse de hakim tarafından hükmedilecek manevi tazminat kararında bilinçsizce dahi olsa bir etkisi olabilecektir¹⁰⁶⁶.

Hasta, hekim ve sağlık sunucusu karşısında bizzat sağlık sorunu yaşamaktan dahi kaynaklı olarak zayıf bir konumdadır. Yine yaşlı, engellilere karşı yaşam kalitesinin bu şekilde olmayanlara nazaran daha düşük olduğu zannı ile hareket edilmesi, tecavüz mağduru kadınlar için kadının kişisel özelliklerinin ve davranış biçimlerinin ön plana çıkarılması, eşcinsellere ve dini ya da etnik kökenli azınlıklara karşı da geliştirilen ön yargı ve savunma mekanizmaları, sosyal statü olarak farklı ve zayıf durumdaki kişilere karşı gerek manevi tazminat miktarlarının düşük olarak tespit edilmesinde gerekse manevi tazminat miktarlarını artıran veya azaltan olguların değerlendirmesinde etkili olmaktadır¹⁰⁶⁷. Bu sebeple de bu gibi durumlarda manevi tazminat belirlenirken daha dikkatli bir yaklaşım sergilenmesi ve subjektif bir düşünce biçiminden kaçınılması gerekmektedir¹⁰⁶⁸.

5. Manevi Tazminatın Hakim Tarafından Takdirinde Zenginleşme Yasağı

Türk sorumluluk hukukunda manevi tazminatın için üst sınırını gerçekleştiren zarar oluşturmaktadır. Bu durum doktrinde zenginleşme yasağı olarak ifade edilmekte ve tazminat olarak hükmedilecek miktar zarar ile sınırlandırılarak¹⁰⁶⁹ olup zarar verenin cezalandırılması veya zarar görenin zenginleşmemesi amaçlanmaktadır.

Zenginleşme yasağında meydana gelen olay ile hakim tarafından hüküm altına alınacak tazminat arasında makul ve haklı bir oran bulunmalı, tazminat olarak hükmedilecek miktar zenginleşme aracı haline gelmemeli ve tazminat ile yükümlü olacak tarafı da yoksulluğa düşürmeyecek şekilde olmalıdır¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁶ Erlüle **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.445.

¹⁰⁶⁷ Erlüle **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.444-445.

¹⁰⁶⁸ Atlan, 2015, s.95-96; Edis, **Takdir Yetkisi**, s.178; Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.76; Doğramacı, **a.g.e.**, s.189; Erlüle **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.445.

¹⁰⁶⁹ Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.96; Doğramacı, **a.g.e.**, s.190.

¹⁰⁷⁰ Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.78; Doğramacı, **a.g.e.**, s.190.

Zararı meydana getiren olay aynı zamanda zarar görene bir fayda da sağlıyorsa bunun zarardan mahsup edilmesi de gerekmektedir. Aksi halde yine zarar gören açısından haksız bir zenginleşme gerçekleşir¹⁰⁷¹.

6. Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanırken Gerekçelerini Gösterme Yükümlülüğü

Tüm Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri tarafından verilen her türlü kararın gerekçeli olması Anayasal bir yükümlülük olup bu husus Anayasa madde 141/3’de “...*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır...*”emredici şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 27/2/c’de “*Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini, içerir.*” şeklinde, İdari Yargılama Usulü Kanunu madde24/e’de “*Kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm: tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarı,..*”şeklinde düzenlenmiştir¹⁰⁷²

Hakimin kararını gerekçelendirmesi onu kanunun lafzına ve ruhuna uymaya, elde ettiği olguları doğru ve anlamlı şekilde ortaya koymaya, düşünmeye ve kararın değerlendirilmesini ve denetlenmesini sağlamaya, kararın ilgililerine verilen hükmün kanuna ve hukuka uygunluğunu değerlendirebilmeye sevk edeceği gibi ve mahkeme kararının kamuoyunda tartışılabilmesi neticesinde kabul görerek yargıya güven duyulmasını sağlar¹⁰⁷³.

Hakim takdir yetkisini kullanarak verdiği kararında sadece hakkaniyete uygun karar verdiğini belirtmesi yeterli olmayacak ¹⁰⁷⁴ manevi tazminata hükmederken kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini, dayanaklarını kararında yeterli oranda belirtmek, bu bağlamda kararını objektif olarak değerlendirdiğini, somut

¹⁰⁷¹ Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.97-98; Doğramacı, **a.g.e.**, s.190-191.

¹⁰⁷² Doğramacı, **a.g.e.**, s.191.

¹⁰⁷³ Mustafa Alp, “Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe”, İçinde: Prof. Dr. Mahmut Tefvik BİRSEL’e Armağan **DEÜHF**, İzmir 2001, ss.425-441, s.429; Doğramacı, **a.g.e.**, s.191.

¹⁰⁷⁴ Atlan, **2015**, s.97. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.446; Doğramacı, **a.g.e.**, s.191.

olayın özelliklerini dikkate aldığını, doktrin ve uygulamada geliştirilen ilkeler çerçevesinde bu karara vardığını gerekçeleri ile izah etmekle yükümlü olacaktır¹⁰⁷⁵.

Hakimin takdirinin sebeplerini ve ne denli ayrıntılı olması gerektiği yani takdir yetkisini gerekçelendirmesi hususunun genel bir formülle tespiti mümkün olmayacağından¹⁰⁷⁶ her somut olayın değişen özellikleri de dikkate alınacak bununla birlikte gerekçe, takdir yetkisinin kapsamını ve zararın ağırlığı konularını özellikle kapsayacaktır¹⁰⁷⁷. Hakime tanınan takdir yetkisinin geniş olduğu veya ihlali ağırlığının fazla olduğu bir durumda hakimin takdirinin gerekçeleri de ayrıntılı olacaktır¹⁰⁷⁸.

7. Hâkimin Takdir Yetkisinin Üst Yargı Mercilerince Denetime Tabi Olması

Türk Medeni Kanunu madde 4 doğrultusunda hâkimin kendisine tanınan takdir yetkisini kullanması maddi hukukun uygulanması anlamına gelmekte olup¹⁰⁷⁹ manevi tazminatın belirlenmesinde hâkim tarafından kullanılan takdir yetkisi üst mahkeme denetimine tabi olacaktır¹⁰⁸⁰. Takdir yetkisinin kullanılmasında üst yargı denetimi takdir yetkisinin aşkın olarak kullanıldığı, saptırıldığı ve nedenlerinin gösterilmediği hallerde devreye girecektir¹⁰⁸¹.

Yargıtay da, hâkimin takdir yetkisini, objektif kriterleri esas alarak ve kanunun öngördüğü hallerde ve sınırlarda kullanıp kullanmadığının, uygulanan

¹⁰⁷⁵ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.446.

¹⁰⁷⁶ Atlan, **2015**, s.97; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.447; Doğramacı, **a.g.e.**, s.191.

¹⁰⁷⁷ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.447; Doğramacı, **a.g.e.**, s.191.

¹⁰⁷⁸ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.447.

¹⁰⁷⁹ Edis, **Medeni Hukuka Giriş**, s.208; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.447; Akyol, **a.g.e.**, s.347.

¹⁰⁸⁰ Kudat, **a.g.e.**, s.62; Franko, **Manevi Zarar**, s.150. Edis, **Takdir Yetkisi**, s.208; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.447.

¹⁰⁸¹ Edis, **Medeni Hukuka Giriş**, s.208; Alman Hukukunda hâkimin takdir hakkının denetimi, hâkimin takdir hakkını kullanıp kullanmadığı, takdir hakkının kullanılmasına ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediği ve takdir hakkının sınırlarına uyulup uyulmadığı bakımından mümkün olduğu kabul edilmektedir. Yavuz H. Alangoya, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 2.Bası, İstanbul 2001, s.464 dpnt.48; İsviçre Hukukunda Federal Mahkemenin hakim takdir yetkisinin üst yargı denetimine tabi olması hususu hakkındaki görüşü, hem mahkemenin önüne gelen benzer uyuşmazlıklarda daha yüksek veya daha düşük hükmetmesi durumlarında hem de mahkemenin doktrin ve uygulama tarafından benimsenen ve manevi tazminatın belirlenmesine temel teşkil eden ilkelerde haklı bir sebep olmaksızın ayrıldığı hallerde başvurulması gerektiği yönündedir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.448-449.

kuralın amacına göre bulunmuş çözümle kuralın bağdaşıp bağdaşmadığının değerlendirilmesinin, doktrin ve yerleşmiş yargı içtihatlarından faydalanılıp faydalanılmadığının yüksek mahkemeler tarafından denetlenmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁰⁸². Ancak denetleme yetkisi de içtihat birliğini sağlayacak ve başka olaylar açısından manevi tazminatın belirlenmesine yön gösterecek şekilde olmalıdır¹⁰⁸³. Bu sayede mahkemelerin ve hâkimin çalışma tekniği bilimsel, akılcı, denetlenebilir, tartışılabilir bir sistem üzerine inşa edilmesi sağlanacaktır¹⁰⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi de manevi tazminatın belirlenmesinde açık şekilde bir hata veya keyfi durum yok ise, mahkemenin takdir yetkisine bir müdahalenin söz konusu olamayacağını öngörmektedir¹⁰⁸⁵.

Yargıtay kanuni istisnalar haricinde bir denetleme ve kontrol mahkemesi olmakla birlikte bazı kararlarında ilk derece mahkemesi hâkiminin yerine geçerek takdir yetkisini bizzat kullanmakta ve yerel mahkeme tarafından tespit edilen manevi tazminat miktarına müdahale ederek manevi tazminat tutarını kimi zaman indirmekte kimi zamanda artırmaktadır¹⁰⁸⁶. Hâkimin takdir yetkisinin üst mahkeme tarafından denetlenmesinde, hakimin manevi tazminat miktarının takdirinde bir yanlışlık olup olmadığını denetlenmesi ile ilk derece mahkemesi hâkiminin yerine geçerek bizzat manevi tazminat miktarını takdir ve yerel mahkeme kararının düzelterek onanması farklıdır¹⁰⁸⁷. Doktrinde de ifade edildiği üzere düzelterek onama ilk derece mahkemesi hâkimine kanun tarafından tanınan bozma kararına karşı direnme hakkının kullanılamaması neticesini doğuracağı gibi ilk derece mahkemesi kararının

¹⁰⁸² Edis, **Medeni Hukuka Giriş**, s.209 vd.; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.448; YHGK'nun 12.2.2009 tarih ve 2017/4-1398 E., 2019/132 K. sayılı kararı; Y. 15. HD'nin 02.10.2018 tarih ve 2018/3654 E., 2018/3508 K. ve Y. 3HD'nin 21.09.2020 tarih ve 2020/3216 E., 2020/4491 K. sayılı kararlarında olduğu gibi Yargıtay bazı kararlarında manevi tazminat miktarını fahiş bularak ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Doğramacı, **a.g.e.**, s.192, dpnt. 57 ve 58.

¹⁰⁸³ Türk ve İsviçre doktrininde yüksek mahkemenin kararlarında manevi tazminatın belirlenmesinin denetiminde kararsız ve çekingen davranmasını eleştiri ile karşılanmaktadır. Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.104.

¹⁰⁸⁴ Dinçkol, **a.g.m.**, s.1588; Doğramacı, **a.g.e.**, s.193.

¹⁰⁸⁵ Mehmet Emin Sarıgül, Başvuru No: 2015/2281, 12.11.2019 tarih ve 41; Özkan Şen, Başvuru No: 2012/791, 07.11.2013 tarih ve 45; Sadık Koçak ve diğerleri, Başvuru No: 2013/841, 23.01.2014 tarih ve 87; Doğramacı, **a.g.e.**, s.193.

¹⁰⁸⁶ Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.104; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.449-450.

¹⁰⁸⁷ Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.104; Doğramacı, **a.g.e.**, s.193; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.450.

Hukuk Genel Kurulu tarafından incelemesi imkânından da mahrum eder¹⁰⁸⁸. Manevi tazminatın takdirinde yerel mahkeme tarafından yapılan bir hata olduğu, yanılığa düşüldüğü kanısı mevcutsa Yargıtay bu gibi bir durumda düzelterek onama yerine mahkeme kararını bozma yoluna gitmeli, denetlediği hakkı kendisi kullanıp ilk derece mahkemesi yerine karar vermemelidir¹⁰⁸⁹.

II. MANEVİ TAZMİNATIN SINIRLANMASININ GEREKLİLİĞİ

Sınırlandırmadan kasıt, hâkimin takdir yetkisi olmayıp, hükmedilecek manevi tazminat miktarının üst sınırının belirlenmesidir. Hâkim takdir yetkisinin zaten Türk Medeni Kanunu madde 4 başta olmak üzere ve diğer yasal düzenlemeler ile sınırlandırılmıştır.

A. Manevi Tazminatın Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesinin Uygulanması

Hukukun en temel ilkelerinden biri olan öngörülebilirlik ilkesi, kişinin kendisi ile ilgili kanuni düzenlenmeleri önceden bilebilmesini ifade eder. Bu ilke Türk hukukunda ¹⁰⁹⁰ tazminat sorumluluğunun gerek kurulmasında gerekse sınırlandırılmasında önemli bir rol oynayan uygun illiyet bağı ve kusur olgusu ile kısmen de olsa benzerlik göstermektedir¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁸ Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.104; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.450.

¹⁰⁸⁹ Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, “Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C:1, S:115, 2016, s.52; Doğramacı, **a.g.e.**, s.193; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.450-451.

¹⁰⁹⁰ Öngörülebilirlik ilkesi common law sisteminin benimsendiği İngiliz Hukukunda uygulanmakta ayrıca civil law sisteminin benimsendiği pek çok hukuk sisteminde de çeşitli şekillerde yine uygulama alanı bulmaktadır. Sir Jack Beatson/ Andrew Burrows/ John Cartwright, **Anson’s Law of Contract**, 30th Edition, Oxford University Press, 2016, s.575; John Cartwright, **Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer**, Oxford and Portland, Oregon 2007, s.267; Sir Guenter Treitel, **Remedies for Breach of Contract (A Comparative Account)**, Oxford 1988, s.150 vd. (Treitel, Remedies); Işıl Yelkenci, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, İstanbul 2014, s.223 dpnt. 249; Adam Kramer, “**An Agreement-Centred Approach to Remedies and Contract Damages**”, Nili Cohen and Ewan McKendrick (eds), **Comparative Remedies for Breach of Contract**, Oxford 2005, s.249-286, s.249.

¹⁰⁹¹ Serap Helvacı/Çisil Durgun Arslan, “İngiliz Sözleşme Hukuku Uyarınca Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi”, **MÜHF-HAD**, C:25, S:2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal’a Armağan, Aralık 2019, s.909.

Tazminat miktarı verilen zarar ile sınırlı olacaktır yani meydana gelen zarar tazminatın üst sınırını belirleyecek olup burada önemli olan husus, failin sonucu öngörebilmesi değil, fiilin objektif olarak sebep olacağı zararlardır¹⁰⁹². Hakim tazminat miktarını neticeye göre tespit ettiği için bazı hallerde bu neticeyi öngöremeyen failin sorumluluğu daha ağır şekilde gerçekleşebilir¹⁰⁹³.

Tıbbi uygulama neticesinde meydana gelip gelmeyeceği dahi belli olmayan bedensel zararın miktarının dahi öngörülemediği düşünüldüğünde böyle bir zararın manevi kısmını öngörmek zor olacaktır. Ağır bedensel zarar veya ölüm olayının gerçekleştiği bir olayda zarar görenin veya ölenin yakınlarının manevi zararı açısından bakıldığında durumun belirsizliği daha çok öne çıkacaktır. Zira zarar görenin veya ölenin tek yakını olabileceği gibi birden fazla yakını da olabilir. Bu yakın kişiler uzak akraba olabileceği gibi anne, baba, eş, çocuk gibi ölene veya ağır bedensel zarar gören kişiye çok yakın kişiler de olabilir. Bu durumun fail tarafından öngörülmesi mümkün olmayıp manevi tazminatın miktarı ve kime ne miktarda verileceği yargılama neticesinde tespit edilecektir¹⁰⁹⁴.

B. Uygulamada ve Doktrinde Manevi Tazminatın Sınırlandırılması

Amerika Birleşik Devletlerinde sigorta primlerindeki artış ve ödemelerdeki belirsizlikler nedeni ile tıbbi uygulamadan kaynaklanan tazminat miktarları birçok eyalet de sınırlandırılmış olup 52 eyaletin yalnızca 17 tanesinde bir üst sınır getirilmemiştir. Üst sınır uygulaması olmayan eyaletlerde bu durum sigorta primlerinde artışa sebep olduğu gibi defansif tıp etkilerinin de görülmesine yol açmıştır¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹² Oğuzman/ Öz, **Cilt 2**, s.46; Doğramacı, **a.g.e.**, s.194;Tandoğan, **Mesuliyet**, s.430;İstisnai olarak, caydırma amacı ile zararı aşan bir tazminata hükmedilebileceği gibi zararın altında bir miktara da tazminat olarak hükmedebilir. Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.113-114.

¹⁰⁹³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s.78.

¹⁰⁹⁴ Doğramacı, **a.g.e.**, s.194-195.

¹⁰⁹⁵ John Culhane, **Compensation For Personal Injuries in Anglo-American (Mostly U.S.) Law (Anglo-Sakson-Hukukunda Bedensel Zararların Tazmini Esasları)**, İçinde: Sema Uçakhan Güleçve Necdet Basa (Ed.) Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre Cilt 1, TBB; ss.91-110, s.94; Leonard J. Nelson/Michael A. Morrissey/Meredith L. Kilgore, **Damages**

İsviçre uygulamasında manevi tazminat miktarının ölüm ve bedensel zararlarda belirlenebilecek en üst sınırdan olması gerektiği savunulmuştur. İsviçre Barosu manevi tazminat miktarının üst sınırının sigortalananabilir en yüksek kazanç veyahut ortalama bir işçinin yıllık ücretinin beş veya on katı olmasını İsviçre Hasta organizasyonu ise manevi yıllık ücretin on katını önermiştir¹⁰⁹⁶.

Türk doktrinde tıbbi uygulama hatası vs. ayırımı yapılmaksızın manevi tazminatın sınırlandırılması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁹⁷.

III. MANEVİ TAZMİNATIN KAPSAMININ VE MİKTARININ BELİRLENMESİNE ESAS TEŞKİL EDEN OLGULAR

A. Genel Olarak

İsviçre-Türk hukukuna baktığımızda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 50 vd. hükümleri maddi tazminat kadar manevi tazminatın tespiti açısından da geçerli olmakta ve maddi tazminata ilişkin kurallar özellikle Türk Borçlar Kanunu madde 51 ve madde 52 hükümleri¹⁰⁹⁸ manevi tazminatın belirlenmesinde kıyasen uygulama alanı bulmaktadır¹⁰⁹⁹.

caps in medical malpractice cases, Milbank Quarterly, C:85, S:2, June 2007, s.280-281; Doğramacı, **a.g.e.**, s.196.

¹⁰⁹⁶ Doğramacı, **a.g.e.**, s.196.

¹⁰⁹⁷ Atlan ve Demir manevi tazminatın en düşük miktarı olarak asgari ücretin iki katını, en yüksek miktarının ise en yüksek devlet memuru aylığının on katı olmasını savunmaktadır. Hülya Atlan, “Beden Bütünlüğünün İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, **AÜHFD**, C:65, S:4, 2016, s.2676, Remzi Demir, **2020**, s.33; Antalya ise ölüm halinde manevi tazminat miktarının üst sınırını brüt asgari ücretin iki yüz katı olarak önermektedir. Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.241; Çelik ise kişinin sosyal ekonomik durumu dikkate alınmaksızın yaşam hakkının kutsallığı ve eşitliğinin ön planda tutulmasını bu sebeple manevi tazminat miktarının üst sınırının yasal brüt asgari ücretin yüz yirmi katı olması gerektiğini söylemektedir. Çelik Ahmet Çelik, **Tazminat ve Alacak Davalarında Güncel Sorunlar**, Cilt II, Aristo Yayınevi, 2020, s.18-19; Trafik kazalarında tazminat belirlenirken kusur oranında indirim yapılmaktadır. Doğramacı, **a.g.e.**, s.197; Atilla Altop, “Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.06.2011 tarih ve 2011/17-142 E., 2011/411 K. sayılı ve 22.02.2012 tarihli 2011/17-787 E., 2012/92 K. sayılı kararları ile Yargıtay 17. HD’nin 05.06.2012 tarihli 2011/11551 E., 2012/7391 K. sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, 2013, C:8 S: Özel, s.168.

¹⁰⁹⁸ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.451.

¹⁰⁹⁹ Şükran Taman, “Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat (BK. m.47)”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,

Hakim hükmedeceği tazminattan kendisine tanınan takdir yetkisine dayanarak ve hakkaniyet ölçüsünde 6098 sayılı TBK m. 51 ve m. 52 gereğince indirim yapabilmekle birlikte bu maddelerde sayılan indirim sebepleri tahdidi olmayıp bu sebepler hakime yol göstermek amacı ile kanunda yer verilmiştir¹¹⁰⁰.

6098 sayılı TBK m.51 ve m.52 hükümlerinin hem maddi hem de manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak olması karşısında zarar verenin kusuru, zarar görenin birlikte kusuru, zarar verenin zor duruma düşecek olması, zararın zarar görene yardım esnasında meydana gelmiş olması, beklenmeyen hal, zarar görenin bedensel yatkınlığı gibi çeşitli indirim sebepleri manevi tazminatın tespitinde kıyas yolu ile uygulama imkanı bulacaktır¹¹⁰¹.

Türk Hukuk doktrininde ve uygulamasında zarar verenin kusuru, zarar görenin birlikte kusuru, manevi tazminatın objektif ağırlığı, tarafların sosyo-ekonomik durumu, zarar verici olayın meydana geldiği tarih, paranın satın alma gücü ve zarar verenin yaşı manevi tazminatın tespitinde hakim tarafından göz önünde tutulacak olgular arasında kabul edilmektedir¹¹⁰².

B. İsviçre-Türk Doktrin ve Uygulamasında Manevi Tazminatın Belirlenmesinde Göz Önünde Bulundurulmuş Başlıca Olgular

Kişilik hakkının ihlali edilme şekline göre manevi tazminatı indirilmesine veya artırılmasına sebep olan olgular da değişiklik göstermekte olup örneğin bedensel bütünlüğün ihlalinde tedavi sürecinde ortaya çıkan komplikasyonlar,

İstanbul, 1984, s.57 vd.; Gürsoy, **a.g.m.**, s.29; Pınar Çetin, “Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, GÜSBE, Ankara, 2007, s.90 vd.; Kılıçoğlu, **Cismani Zarar**, s.20; Özlem Bal, **Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi**, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.II, İstanbul 2011, s.1263; Ünal, **a.g.m.**, s.435; Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.87; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.316; Doğramacı, **a.g.e.**, s.199; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.451.

¹¹⁰⁰ Mustafa Tiftik, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s.85; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.452.

¹¹⁰¹ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.452.

¹¹⁰² Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.89; Gürsoy, **a.g.m.**, s.29-31; Taman, **a.g.e.**, s.63. vd.; Çetin, **a.g.e.**, s.90 vd.; Bal, **a.g.e.**, s.1259; İsviçre Hukuk doktrin ve uygulamasında ihlalin türü ve ağırlığı, ihlalin zarar gören üzerindeki yarattığı etkinin yoğunluğu ve süresi, tarafların kusurunun derecesi ve somut olayın özellikleri manevi tazminatın tespitinde göz önünde tutulacak olgular olarak kabul edilmektedir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.453-454.

ağrılar, ihlal sebebi ile mesleği, aile ve çalışma hayatındaki olumsuz etkiler, zarar görenin üçüncü kişilerin bakım ve yardımına muhtaç kalması veya 3. kişilerin bakımına sürekli bağımlı hale gelmesi, anksiyete, panik gibi psikomatik rahatsızlıkların ortaya çıkması, estetik görünüşte meydana gelen olumsuz değişiklikler, hayati tehlike yaratan ağır yaralanmalar ve bu tarz yaralanmalar bağlı olarak ortaya çıkan ölüm korkusu, zarar görenin koma haline girmesi ve bunun sonucunda duyma hissetme yeteneğini kaybetmesi gibi olgular manevi tazminat miktarının indirilmesi veya artırılmasında etki eden olgular arasında kabul edilmektedir¹¹⁰³.

Bununla birlikte bu olgular sadece bu sayılanlardan ibaret olmayıp hakim 6098 sayılı TBK m.51/I'de yer alan “durumun gereği” ifadesinin kapsamına nelerin gireceğini değerlendirerek¹¹⁰⁴ somut olayın özelliklerinin gerekli kıldığı başka olguları da dikkate alacaktır. Bu olgulardan önde gelenleri ve en sık karşılaşılanları çalışmamızın devamında inceleme konusu yapılmaktadır.

C. Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Kanuni Dayanağı

Manevi tazminat miktarının tespitinde hakim tarafından dikkate alınacak olguların başında zarar görenin uğramış olduğu manevi zararın ağırlığı gelmektedir¹¹⁰⁵. Kanun koyucu manevi tazminat taleplerinin haksız bir kazanç aracı olmasını önlemek istemiş bu sebeple manevi tazminat talebi için manevi bir zarar olması şartını getirmiştir. Zarar verici olay nedeni ile zarar görenin hissettiği bütün fiziksel ve psikolojik ağrılar, acılar, bedensel sakatlıklar, psikolojik bozukluklar, manevi zararın ağırlığı, ihlalin türü, boyutu, şiddeti, devam süresi manevi tazminatın tespitinde hakim tarafından göz önünde bulundurulacaktır¹¹⁰⁶. Manevi zararı objektif ağırlığı ile bir insanın dayanabileceği acı, elem ve üzüntüyü aşan manevi zararı ifade edilmektedir¹¹⁰⁷.

¹¹⁰³ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, 454.

¹¹⁰⁴ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, .64; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, 452,454-455.

¹¹⁰⁵ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, 455.

¹¹⁰⁶ Ertas, **Manevi Tazminat**, s.89; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, 455.

¹¹⁰⁷ Ünal, **a.g.m.**, s.413-414; Doğramacı, **a.g.e.**, s.199.

1. Manevi Zararın Objektif Ağırılığının Yasal Düzenlemelerde Yer Alan Dayanağı

Yargıtay 2018 tarihli YİBGK Kararı ile maddi-manevi tazminat ayırımı yapmaksızın tazminat miktarının hesaplanmasında Türk Borçlar Kanunu madde 50 vd. maddelerinin uygulanacağını öngörmüştür¹¹⁰⁸.

Tazminat talebinin miktarının tespitinde meydana gelen zararın kalıcılığı ve sürekliliği önemlidir¹¹⁰⁹. Tıbbi hataya eşlik eden komplikasyonlar, kişinin çalışma, aile ve cinsel yaşamı üzerindeki etkileri, kişinin engelli hale gelmesi ve sürekli bakım ihtiyacının doğması, estetik zararlar, temyiz kudretinin kaybı, duyu ve his kaybı gibi neticelerin gerçekleşmesine sebep olan ihlalin şekli ve türü de manevi tazminatın artırılması ve indirilmesinde etkili olacaktır¹¹¹⁰.

2. Manevi Zararın Objektif Ağırılığının Niteliği

Kusursuz sorumluluk halleri dışında kusur ölüm ve bedensel zarar sebebi ile istenilecek manevi tazminatın unsurunu oluşturmakla beraber tek başına yeterli olmamakta ve kusurun yanında manevi tazminat talebini haklı gösteren özel bir durumun varlığı da gerekmektedir. Bu nedenle manevi zarar tek başına kusurlu davranış sonucu meydana gelse dahi bu durum her olayda manevi tazminatı gerektirmez¹¹¹¹. Gerek doktrinde gerekse uygulamada manevi tazminat miktarının belirlenmesinde esas olarak manevi zararın objektif ağırlığı temel unsur olarak kabul edilmektedir¹¹¹². Manevi zararın objektif ağırlığı ile ihlalin türü, boyutu, şiddet, süresi, zarar görenin bu ihlal sebebi ile duyduğu fiziksel ve ruhsal acılar ifade edilmektedir¹¹¹³.

¹¹⁰⁸ YİBGK'nun 22.06.2018 tarih ve 2016/5 E., 2016/ 6 K. sayılı kararı, Aktaran: Doğramacı, **a.g.e.**, s.200.

¹¹⁰⁹ Battal Yılmaz, **a.g.e.**, s.129; Doğramacı, **a.g.e.**, s.200.

¹¹¹⁰ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, 454-455; Doğramacı, **a.g.e.**, s.200.

¹¹¹¹ Gürsoy, **a.g.m.**, s.17-18; Doğramacı, **a.g.e.**, s.200-201.

¹¹¹² Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.89; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.318; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğü İhlali**, s.455; Doğramacı, **a.g.e.**, s.201.

¹¹¹³ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.89. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğü İhlali**, s.455; Doğramacı, **a.g.e.**, s.201.

İdare hukuku açısından tazminat miktarını etkileyen hal zarara sebep olan idari faaliyetin ve meydana gelen zararın belli bir ağırlıkta olması halidir¹¹¹⁴. Bedensel zarar ile ilgili İsviçre Borçlar Kanunu m.47'nin öngördüğü ihlalin belli ağırlıkta olması gerektiği hususu Türk Borçlar Kanunu madde 56'da aranmamıştır¹¹¹⁵. Ancak Türk Borçlar Kanunu madde 56'da yer alan somut olayın özellikleri kriteri hal ve zararın belirli ağırlıkta olması açısından da değerlendirilebilir. Yine Türk Borçlar Kanunu madde 56'da yer alan somut olayın özellikleri kriteri bu ifadenin yer almadığı Türk Borçlar Kanunu madde 58 için de manevi tazminatın niteliği gereği uygulanabilir.

D. Manevi Tazminatın Tespitinde Dikkate Alınacak Diğer Haller

1. Zarar Görenin Durumu

Manevi zararın kaynağını, zarar görenin kişilik hakkının ihlali oluşturması sebebi ile zarar görenin durumu manevi tazminatın belirlenmesinde önem arz etmektedir¹¹¹⁶. Bu sebeple zarar görenin durumuna dair bazı konuların incelenmesi gerekmektedir.

a. Zarar Görenin Rızası

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 52'de zarar görenin zararı doğuran fiile rıza göstermesi tazminatta indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Zarar görenin

¹¹¹⁴ Müzeyyen Eroğlu, "Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat", **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s.289; Doğramacı, **a.g.e.**, s.201.

¹¹¹⁵ Atlan, **2015**, s.136-139; Yargıtay, 22.06.1966 tarih ve 7/7 sayılı İBK ve HGK'nun 23.06.2004 tarih ve 13/291-370 sayılı kararına çeşitli kararlarında atıfta bulunarak, "*....Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın işverenin işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince almamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır.*" ifadelerini kullanmakta ve bedensel zararlar ile ilgili yaralanmanın niteliğine, derecesine, basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte olmasına şeklinde şartlar öngörmektedir. Doğramacı, **a.g.e.**, s.201.

¹¹¹⁶ Franko, **Manevi Zarar**, s.142.

rızası fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmadığı hallerde¹¹¹⁷ bir indirim nedeni olacaktır. Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırılabilmesi için geçerli bir rıza olması yani hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerekir. Bir kimsenin yakalanmış olduğu bir hastalığın neden olduğu fiziksel ve ruhsal acılardan kurtulmak için hayatının sona erdirilmesine¹¹¹⁸ veya tedavi amacı olmaksızın bir organının ameliyatla alınmasına rıza göstermesi 6098 sayılı TBK m. 27’de yer alan düzenleme uyarınca geçersiz olup bu gibi durumlarda verilen rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamakta ancak 6098 TBK m. 51/1 uyarınca tazminatta indirim sebebi teşkil etmektedir¹¹¹⁹. Rızanın geçerli olması için hukuka ve ahlaka aykırı olmaması yanında özgür bir irade ile serbestçe ve o hukuki işlem için aranan geçerlilik şartına uygun olarak verilmiş olması gerekir¹¹²⁰. Dolayısıyla Türk Medeni Kanunu madde 23/3’de veya 2238 sayılı Organ ve Doku alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun 6. maddesinde öngörülen şekil şartına uyulmaksızın verilmiş rıza TBK m. 52/ 1 uyarınca tazminatta indirim sebebi teşkil edecektir¹¹²¹.

Tıbbi müdahaleler açısından ise aydınlatılmış onam olmaksızın rıza verilmiş ise söz konusu rıza 6098 sayılı TBK m. 52/1 anlamında indirim sebebi olabilir¹¹²².

b. Zarar Görenin Kusuru

Zarar görenin kusuru manevi tazminatın belirlenmesinde önem arz etmekte olup Türk Borçlar Kanunu madde 52/1’de düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca; *“Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da*

¹¹¹⁷ Hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayan rızanın tazminatta indirim sebebi olabilmesi için zararı meydana gelmesinde veya artmasında uygun illiyet bağının olması gerekli olduğu gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayan rıza zarar verici fiilden önce veya en geç zarar verici fiile birlikte verilen rızadır. Zararın meydana gelmesinden sonra rıza beyanında bulunulması zarar görenin tazminat alacağından feragat ettiği şeklinde yorumlanabilir. Nomer, Maddi Tazminatın Belirlenmesi, s.105; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.515.

¹¹¹⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği 13. maddesinde ötenazi açıkça yasaklanmıştır. Bu madde uyarınca; “Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.” Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.513, dpnt.265.

¹¹¹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.593; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.103; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.513.

¹¹²⁰ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.104; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.514

¹¹²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.593, dpnt.1; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.514.

¹¹²² Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.514; Doğramacı, **a.g.e.**, s.233.

artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir."

Zarar görenin kusuru, zarar görenin makul bir kişinin kendisinden beklenen davranışı göstermeyerek zararın doğmasına veya artmasına yol açması şeklinde ifade edilmektedir¹¹²³. Doktrinde ve uygulamada "zarar görenin kusuru" kavramı yerine "birlikte (müterafik) kusur" kavramı da kullanılmaktadır¹¹²⁴. Ancak doktrinde "birlikte (müterafik) kusur kavramının zarar görenin kusurunun olduğu bütün durumları kapsamakta yetersiz kalacağı¹¹²⁵ zira bu kavramın sadece kusur sorumluluğu için kullanılabileceği, sorumluluğun doğması açısından kusurun olup olmamasının önemli olmayacağı¹¹²⁶ kusursuz sorumluluk hallerinde "birlikte (müterafik) kusur" kavramının kullanılmasının doğru olmayacağı yönündedir.

Zarar görenin kusurunun zararın doğmasında veya artmasında etkili olması¹¹²⁷ özellikle bedensel zararlarda¹¹²⁸, zarar görenin kendi menfaatine aykırı hareket etmek suretiyle zararın doğmasını veya artmasını engelleyen tedbirleri almaması olarak görülmektedir¹¹²⁹. Kendi menfaati açısından tedbirli davranmayan kişi bu davranışının zararın meydana gelmesinde oynadığı role göre zararın bir kısmından veya tamamından sorumluluğu üzerine almalıdır. Çünkü zarar görenin

¹¹²³ Tekinay/Kaman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.594; H. Yılmaz Günel, "Müterafik Kusur", **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakülte Dergisi**, C:16, S:1, s.208; Atlan, 2015, s.210; Antalya, **Borçlar Genel Cilt II**, s.464; Doğramacı, **a.g.e.**, s.223-224. Zarar görenin zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olan kınanacak hareketinin kusur olarak adlandırılmasının yerinde olup olmadığı doktrinde tartışma konusudur. Nomer, Maddi Tazminatın Belirlenmesi, s.86-87; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.472, dpnt:117.

¹¹²⁴ Ali Haydar Yağcıoğlu, **Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, 2014, s.191; Antalya, **Borçlar Genel Cilt II**, s.464; Doğramacı, **a.g.e.**, s.224.

¹¹²⁵ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.86; İsviçre Hukukunda sebep sorumluluğunda "birlikte (müterafik) kusur" kavramı yerine "zarar görenin kendi kusuru" kavramı kullanılmaktadır. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.472.

¹¹²⁶ Tiftik, **a.g.e.**, s.109; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.472.

¹¹²⁷ Günel, **a.g.m.**, s.210; Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, XII LevhaYayıncılık, 2012, s.241; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.265; Doğramacı, **a.g.e.**, s.224.

¹¹²⁸ Zarar görenin uğramış olduğu bedensel zararı azaltacak bir ameliyata veya tedaviye rıza göstermemesinin "zarar görenin kusuru" olarak kabul edilebilmesi için hayatın olağan akışı içinde rıza gösterilmeyen ameliyat veya tedavinin zarar görenin yaşamını veya sağlığını tehlikeye atacak nitelikte olmaması gereklidir. Tiftik, **a.g.e.**, s.120-121; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.472, dpnt: 122.

¹¹²⁹ Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.320, Serkan Çınarlı/Sinan Selçuk/ Aslıhan Teyin, "İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğuna Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru", **Terazi Hukuk Dergisi**, C:11, S:119, 2016, s.28; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.472.

bizzat kendi kusurlu hareketinin meydana getirdiği veya artmasına sebep olduğu zarardan zarar vereni sorumlu tutmak dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacaktır¹¹³⁰.

Zarar görenin kusurlu davranışlarının kendisine yüklenebilmesi, kusurlu sayılabilmesi için temyiz kudretine sahip olması gerekir¹¹³¹. Zarar görenin kusurlu davranışının hukuka uygun veya aykırı olmasının bir önemi olmayıp¹¹³² bu davranışın objektif olarak kendisine yüklenebilmesi yeterlidir¹¹³³.

Ölüm veya bedensel zarar hâlinde zarar görenin kusurunun manevi tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmeyeceği ileri sürülmekle¹¹³⁴ birlikte zarar görenin kusuru, gerek kusur sorumluluğu gerekse kusursuz sorumluluk hallerinde, illiyet bağıni kesiyorsa manevi tazminata hükmedilmeyecek, illiyet bağıni kesmiyorsa tazminatta indirim sebepleri olacaktır¹¹³⁵. Zarar görenin kusuru zararın meydana gelmesinde başlıca etken ise bu durumda sorumluluk için gerekli olan fiil ile zarar arasındaki illiyet bağıni kesilmesinden söz edilecektir. Bununla birlikte zarar görenin kusuru illiyet bağıni kesilmesine sebep olacak yoğunlukta değilse zarar görenin kusuru tazminatta indirim sebebi olacaktır¹¹³⁶. Bu durum zarar görenin yakınları tarafından açılan tazminat davalarında da söz konusu olacaktır¹¹³⁷.

Gerek Türk doktrinde de gerekse İsviçre Hukuk doktrin ve uygulamasında zarar görenin kusuru derecelendirilmektedir¹¹³⁸. İsviçre Hukuk doktrin ve uygulamasında zarar görenin kusurunun hafif olduğu hallerde zarar görenin manevi tazminat talep etmek hakkı olmakla birlikte bu hafif kusurun tazminattan indirim sebebi olacağı kabul edilmektedir¹¹³⁹.

¹¹³⁰ Tekinay/Kaman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.595; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.111; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.473.

¹¹³¹ Atlan, **2015**, s.211; Doğramacı, **a.g.e.**, s.224.

¹¹³² Betül Çatak Iırz, **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, 2011, s.72; Doğramacı, **a.g.e.**, s.224.

¹¹³³ Atlan, **2015**, s.210. Aykırı/Çınarlı, **a.g.e.**, s.702; Doğramacı, **a.g.e.**, s.224-225.

¹¹³⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s.343; Doğramacı, **a.g.e.**, s.225.

¹¹³⁵ Gürsot, **a.g.m.**, s.17; Saniye Sena Cabioğlu, “Türk Borçlar Hukuku ve İdare Hukuku Açısından Ölüm Halinde Manevi Tazminat”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s.34; Baysal, **a.g.e.**, s.241; Çınarlı/Selçuk/Teyin, **a.g.m.**, s.28; Tunalı, **a.g.e.**, s.199; Çınarlı/Ermumcu/Meral/Azak, **a.g.e.**, s.189; Doğramacı, **a.g.e.**, s.225.

¹¹³⁶ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.473.

¹¹³⁷ Gürsoy, **a.g.m.**, s.17; Doğramacı, **a.g.e.**, s.225.

¹¹³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.596

¹¹³⁹ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.473.

Zarar görenin ve zarar verenin kusurunun eşit veya zarar görenin kusurunun zarar verenin kusurundan daha ağır olduğu hallerde manevi tazminat talep hakkı ile ilgili doktrin ve hukuk uygulamasında farklı görüşler Yargıtay'ın 22.06.1966 gün ve 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile giderilmiştir¹¹⁴⁰. Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.02.2010 tarih ve 4-47/74 sayılı kararında müterafik kusurun manevi tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Gerek 1966 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı gerekse 2010 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı müterafik kusur açısından birlikte değerlendirildiğinde, zarar görenin müterafik kusuru veya birlikte sebebiyet verme hali manevi tazminata hükmedilmesini haksız ve yersiz kılmadıkça manevi tazminata hükmedilmesine engel olmayacağı ancak müterafik kusur ve birlikte sebebiyet verme oranlarının manevi tazminata hükmedilirken veya miktarı tespit edilirken dikkate alınacağı, zarar görenin kusurunun zarar verenden daha ağır olmasının manevi tazminat talebinin reddini gerektirmemekle birlikte miktarının tespitinde özel hal ve şartları değerlendirecek hakimin bu durumu dikkate alması gerektiği yönündedir. Mağdurun müterafik kusuru veya birlikte sebebiyet verme durumu manevi tazminata hükmedilmesini haksız ve yersiz kılacak ağırlıkta ise illiyet bağının kesildiği kabul edilerek bu durum manevi tazminata hükmedilmesini haksız ve yersiz kılacak yoğunlukta olduğu kabul edilecektir¹¹⁴¹

İdari yargı uygulamasında zarar görenin kusuru manevi tazminat takdirinde dikkate alınmakla birlikte Danıştay'ın kararları farklılık göstermekte ve bazı kararlarında manevi tazminat miktarında indirim yapıldığı görülmekte ¹¹⁴² bazı

¹¹⁴⁰R.G. S.12360; İsviçre Federal Mahkemesi böyle bir durumda önceleri manevi tazminat talebini reddetmekteyken daha sonra içtihat değişikliğine gitmiş ve manevi tazminatın denkleştirme fonksiyonu gereğince zarar görenin ve zarar verenin kusurlarının eşit olduğu veya zarar görenin kusurunun daha ağır olduğu hallerde zarar görenin kusursuz olsaydı elde edeceği manevi tazminat miktarının yarısı tutarında bir manevi tazminatta hak kazanacağı yönünde karar vermiştir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.474.

¹¹⁴¹ Günel, **a.g.m.**, s.211; Gürsoy, **a.g.m.**, s.29; Ünal, **a.g.m.**, s.424; Atlan, **2015**, s.216; Gökcan, **Haksız Fiil**, s.847; Merve Gürkan, "Ölüm Halinde Manevi Tazminat Talebi", **İstanbul Barosu Dergisi**, C:87, S:6, 2013, s.102. Kılıçoğlu, **Tazminat**, s.1191; Doğramacı, **a.g.e.**, s.225; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.478-479.

¹¹⁴² Danıştay 10.D., 09.04.2001 tarih ve 1999/1438 E., 2001/1256 K., Aktaran: Yakup Bal/ Yahya Şahin/Mustafa Karabulut, **Danıştay 10.Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.67.

kararlarında ise indirim yapılmadan manevi tazminata hükmedilmektedir¹¹⁴³. Danıştay bazı kararlarında zarar görenin kusurunun illiyet bağıını kesmediği hallerde idarenin sorumluluğuna gitmekle birlikte zararı paylaşmaktaki ve kusur oranında tazminatta indirim yapmaktadır¹¹⁴⁴. İdarenin sorumluluktan kurtulabilmesi için illiyet bağıının tamamen kesilmesi gerektiği, bunun için idarenin organizasyon çerçevesinde zarar görenin kusuruna karşı gerekli tedbirleri alıp almadığının tespit ve değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür¹¹⁴⁵.

c. Zarar Görenin Yaşı

İsviçre -Türk Hukuk doktrinde zarar görenin yaşı özellikle kalıcı bedensel zararlarda ve estetik zararlarda manevi tazminatın belirlenmesinde önem arz etmektedir.¹¹⁴⁶ Türk hukuk doktrinde bir görüşe göre kalıcı bedensel zararın mevcudiyeti halinde manevi zararın de zarar görenin muhtemel yaşam süresine göre hesaplanması gerektiği¹¹⁴⁷ ve zarar gören ne kadar genç ise manevi tazminat miktarının o kadar fazla tutulması gerektiği¹¹⁴⁸ ayrıca zarar görenin yaşam süresinin bedensel bütünlüğün ihlali sebebi ile kısalmış ise tazminat miktarında bir indirim yapılmaması gerektiği savunulmaktadır¹¹⁴⁹.

İsviçre hukuk doktrinde bedensel bir zarara uğraması sonucu kalıcı bir biçimde sakatlanan kişinin ileri yaşlarda olması halinde zarar görenin bu yeni duruma uyum sağlama sürecinin de zor olacağı ancak zarar görenin genç olduğu hallerde bu durumun onu meslek seçimini dahi etkileyeceği ve ağrı ve acılara katlanma süresinin muhtemel yaşam süresi dikkate alındığından genç olan kişide

¹¹⁴³ Danıştay 10.D., 16.12.1996 tarih ve 1995/7885 E., 1996/8299 K, Danıştay 10.D., 27.12.1995 tarih ve 1995/287 E., 1995/6734 K., Aktaran: Bal/Şahin/Karabulut, s.124- 125;M. Eroğlu Durkal, “Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, **TBB Dergisi**, S:131, Ağustos 2017, s.189-190.

¹¹⁴⁴ Celal Işıklar, “Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Haller”, **YBHD**, Y:4 S:2019/1, s.144; Danıştay 15. D’nin 17.10.2017 tarih ve 2015/9826 E., 2017/5596 K sayılı kararında down Sendromlu çocuğun doğumuyla ilgili ailenin gebelik takip ve konu ile ilgili tetkikleri düzenli olarak yaptırmamasını müterafik kusur kabul ederek manevi tazminatta yüzde elli indirim yapan idare mahkemesi kararını onamıştır. Aktaran: Doğramacı, **a.g.e.**, s.226.

¹¹⁴⁵ Hızal/Çınarlı, **a.g.m.**,s.33; Doğramacı, **a.g.e.**, s.226.

¹¹⁴⁶ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.93; Çetin, **a.g.e.**,s.96-97; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.321; Doğramacı, **a.g.e.**, s.228-229; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.480.

¹¹⁴⁷ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.93; Çetin, **a.g.e.**,s.96-97; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.480.

¹¹⁴⁸ Orhunöz, **a.g.e.**,s 84.

¹¹⁴⁹ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.93; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.480.

daha fazla olacağı bu sebeple zarar görenlerin tıbbi açıdan aynı şekilde sakatlanmış olsalar dahi genç yaşta olan ile ileri yaşta olan hakkında farklı miktarlarda manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹¹⁵⁰.

Zarar görenin dava açıldıktan sonra ölmesi halinde artık kişinin beklenen yaşam süresi değil zarar veren fiil ile ilgili yaşam döneminin esas alınması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁵¹.

Yargıtay da manevi tazminat davalarında hakimın takdir hakkını kullanırken zarar görenin yaşını manevi tazminat miktarının tespitinde dikkate alması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir¹¹⁵².

d. Zarar Görenin Ekonomik ve Sosyal Durumu

6098 s. TBK m. 58'e göre özel hüküm niteliğinde olan TBK m. 56'da yer alan düzenleme uyarınca hakim manevi tazminatı belirlerken zarar görenin ve zarar verenin yani tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını¹¹⁵³, mevki ve makamlarını dikkate alacaktır. Hakim takdir yetkisini kullanırken subjektif ve ayrımcı bir düşünce ile değil objektif ve genel kriterlerden hareket edecek ve zarar gören lehine uygun bir manevi tazminata hükmedecektir¹¹⁵⁴.

¹¹⁵⁰ Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.321. Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.236; İsviçre uygulamasında zarar görenin ileri yaşta veya genç olmasından manevi tazminat miktarı üzerindeki etkisi bedensel zararın sebep olduğu ağrı ve acılara katlanma süresi dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.481; Yine İsviçre Uygulamasında zarar gören kişinin emekli olması manevi tazminat açısından indirim nedeni olarak görülmektedir. Bu nedenle de genç yaş tazminatı artırımı, ileri yaş ise indirim nedeni olarak ileri sürülmüştür. Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.236-237; Doğramacı, **a.g.e.**, s.229.

¹¹⁵¹ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.94; Doğramacı, **a.g.e.**, s.229.

¹¹⁵² YHGK 12.03.2019 tarih ve 21-2672/291 sayılı kararı, Aktaran: Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.483.

¹¹⁵³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinin gerekçesinde ihlalin kişilik hakkı zedelenen manevi kişilik değerlerinde meydana getirdiği azalmayı hakimın manevi tazminatı belirlerken dikkate alacağı, eksilmenin sosyal ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok böyle bir durumda olmayan açısından az olarak değerlendirmesinin herkesin kanun önünde eşit olması ilkesine aykırı olacağı belirtilmiştir. 6098 s.Türk Borçlar Kanunun 56. maddesine ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda kişilik hakkının ihlali sebebi ile istenecek manevi tazminatın düzenlendiği TBK m. 58'in gerekçesinde öngörülen herkesin kanun önünde eşit olması ilkesi TBK m. 56'da düzenleme konusu yapılan manevi tazminat içinde geçerli olacağı ve tarafların sosyal ve ekonomik durumları, işgal ettikleri makam ve sıfatlarının ayrı bir takdiri kriter oluşturmayacağı belirtilmiştir. O. Gökhan Antalya, **Sunuşlu, Genel ve Madde Gerekçeli, Adalet Komisyonu Raporu ve TBMM Tutanakları ile Kaynak ve İlgili Kanun maddesi, YİBK ve BGE Atfılı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu**, İstanbul 2011, s.112; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.491-492.

¹¹⁵⁴ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 491-492; Doğramacı, **a.g.e.**, s.231.

Türk Hukuk doktrinde zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunun manevi tazminat miktarı belirlenirken göz önünde tutulması eleştirilmektedir. Bu eleştirileri yöneltten bir kısım yazara göre kişilerin bedensel ve ruhsal sağlığı fakir-zengin ayırımı yapılmaksızın aynı değerde olduğundan zarar görenin ekonomik durumu manevi tazminat miktarında doğrudan etkili olmamalı sadece adalete uygun bir manevi tazminata hükmedilebilmesi için zarar görenin ekonomik durumu dikkate alınmalıdır¹¹⁵⁵. Eleştiri yapan diğer bir yazar da bedensel zararlarda ve ölüm halinde sosyal ve ekonomik durumu farklı kişilerin duyacakları acı, elem ve ızdırabın bu kişilerin özel durumlarına göre farklılık göstereceği kanaati sosyal adalet ilkesine, hakkaniyet ve adalet esaslarına ve hak dağıtmada eşitlik prensibine aykırı olacaktır¹¹⁵⁶. Diğer bir yazar kişisel değerleri aynı şekilde ihlal edilmiş olan kişilerin ekonomik ve sosyal durumları ile orantılı manevi tazminat almaları adalete aykırı ve eşitsizliği artırıcı nitelikte olduğu gibi hukukun da kabul edeceği bir durum olmadığı görüşündedir¹¹⁵⁷. Eleştirel bakış yöneltten diğer bir görüş de manevi tazminatın amacının tatmin işlevi bulunmadığını, zarar görenin manevi tazminatı ne şekilde kullanacağını hukukçuyu ilgilendirmedğini belirtmektedir¹¹⁵⁸. Türk Hukuk doktrinde sadece zarar görenin ekonomik durumunun göz önünde tutulması gerektiğini ileri süren görüşler de¹¹⁵⁹ mevcuttur. Doktrinde DURAL/ÖĞÜZ kanun metninin lafzı ile bağlı kalınmasının mümkün olmadığını zira bağlı kalındığı takdirde örneğin bir milletvekilinin sosyal ve ekonomik durumu nedeni ile sıradan bir memura göre daha fazla acı çektiği ve bu sebeple de daha fazla para ile acısının giderilebileceği sonucu çıkmaktadır ki bu düşünce adalet duygusunu zedeleyici niteliktedir¹¹⁶⁰.

Bir görüşe göre topluma mal olmuş, kamuoyunun yakından tanıdığı siyasetçi, sanatçı gibi kişilerin kendileri ile ilgili eleştirilere katlanma yükümlülükleri

¹¹⁵⁵ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.97; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.484-485; Saymen, **a.g.e.**, s.129; Zarar görenin ekonomik durumunun manevi tazminatın tespitinde doğrudan etkili olmayacağını ileri süren bu görüş zarar görenin sosyal durumunun ise manevi tazminatın tespitinde önemli bir takdir faktörü olduğu görüşündedir. Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.95; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 493.

¹¹⁵⁶ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 485; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.326.

¹¹⁵⁷ Çetin, **a.g.e.**, s.99; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 486-487.

¹¹⁵⁸ Serozan, **Manevi Tazminat İsteminde Değişik Bir Yaklaşım**, s.84,98; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 486.

¹¹⁵⁹ Franko, **Manevi Zarar**, s.145; Doğramacı, **a.g.e.**, s.232.

¹¹⁶⁰ Dural/ Öğüz, **Cilt II**, s.160; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 496.

olduğundan bu kişilerin meslek ve konumları manevi tazminat sorumluluğunu azaltan hatta ortadan kaldıran niteliktedir¹¹⁶¹. Anayasa Mahkemesi de kamuya mal olan kişilerle ilgili haber alma hakkı çerçevesinde katlanma yükümlülüğü olduğu görüşündedir¹¹⁶². Bununla birlikte bu kişilerin özel hayatı ile ilgili bilgiler somut olayı aydınlattığı ölçüde meşru menfaat kapsamında değerlendirilebilir¹¹⁶³. Kişisel sağlık verileri ve meslek sırrı açısından duruma bakıldığında bu bilgiler özel ve gizli hayata ilişkin bilgiler olup herkesin bilmesi gerekli olmayan hususlardır. Bu nedenle bunların açıklanması ile ilgili manevi tazminat taleplerinde kişinin sosyal statüsü, kamuoyunca tanınan, bilinen bir kimse olup olmadığı hususu etkili olmamalıdır.

Yargıtay ise olayın özellikleri kapsamında zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu manevi tazminat belirlenmesinde etki eden ayrı bir sebep olarak kabul etmektedir¹¹⁶⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu konuda verdiği kararlarında; *“Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alır.”* demek suretiyle bu husustaki görüşünü açıkça ortaya koymaktadır¹¹⁶⁵. Yargıtay’ın bu görüşünün temelinde manevi tazminatın amacını tatmin fonksiyonu olarak görmesi yatmaktadır.

Danıştay’da kararlarında zenginleşme yaratmaması şartı ile manevi tazminat miktarı belirlenirken ekonomik durumun dikkate alınması gerektiği yönünde görüş bildirilmektedir¹¹⁶⁶.

¹¹⁶¹ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.95; Doğramacı, **a.g.e.**, s.234.

¹¹⁶² Anayasa Mahkemesi’nin Deniz Karadeniz ve diğerleri, Başvuru No: 2014/18001, 06.02.2020 tarih, 52; Aykut Küçükaya, Başvuru No: 2014/15916, 09.01.2020 tarih, 21 sayılı kararları. Aktaran: Doğramacı, **a.g.e.**, s.234.

¹¹⁶³ L. Müjde Kurt, “Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı”, **AÜHFD**, C:66, S:3, 2012, s.593; Doğramacı, **a.g.e.**, s.234.

¹¹⁶⁴ İsviçre Federal Mahkemesi manevi tazminatı tespit ederken denkleştirme niteliği olarak kabul eden teori çerçevesinde hareket etmekte ve vermiş olduğu kararlarda zarar görenin varlıklı olup olmadığı, nerede yaşadığı ve manevi tazminat tutarı ile ne yapacağının bir önemi olmadığını belirtmektedir. Avusturya Yüksek Mahkemesi’de zarar görenin ekonomik sosyal ve kültürel konumunu manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate almamaktadır. Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlali*, s.489, 498-499; Yargıtay’ın 22.06.1966 tarih ve 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; *“Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliğinin yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları dikkate almalıdır.”* şeklinde yer alan hükmünde bu durum açıkça belirtilmekte ve Yargıtay konu ile ilgili kararlarında bu içtihadı birleştirme kararına atıf yapmaya devam etmektedir. Doğramacı, **a.g.e.**, s.232; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 493.

¹¹⁶⁵ Yarg. HGK’nun 02.06.2020 tarih ve 2017/1475 E., 2020/304 K. ve 09.06.2020 tarih ve 2017/1500 E., 2020/368 K. sayılı kararları. Aktaran: Doğramacı, **a.g.e.**, s.234.

¹¹⁶⁶ D. 10. D.’nin 09.03.2010 tarih ve 2008/2007 E., 2010/1843 K. Aktaran: Doğramacı, **a.g.e.**, s.233.

e. Zarar Görenin Meslek Hayatına Etkisi

Bedensel bütünlüğün ihlaline bağlı manevi tazminat taleplerinde tazminat miktarı tespit edilirken ihlalin zarar görenin icra ettiği meslek hayatı üzerindeki olumsuz etkisinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁶⁷.

ERTAŞ'a göre göre kişisel değerleri ihlal edilmesi ile zarar gören mesleki faaliyetleri açısından büyük mahrumiyetler ile karşı karşıya kalabilir¹¹⁶⁸. Yazar bu tarzdan mahrumiyetlere örnek olarak şarap eksperinin koku duyusunu kaybetmesi, fotomodel olarak çalışan bir kadının ayağında kalıcı olarak iz kalması, bir piyanistin parmaklarında kalıcı hareket kısıtlamasını göstermekte ve zarar görenin yaşadığı bu mahrumiyetlerin mesleğini eskisi gibi yapmasına engel olması sebebi ile bundan duyduğu üzüntü ve acıların manevi zararın tespitinde dikkate alınması gerektiğini öngörmektedir¹¹⁶⁹.

Doktrinde ÇETİN'e göre haksız fiil neticesinde bedensel zarara uğrayan kişinin bu zarar sebebi ile mesleğini bırakması veya değiştirmek zorunda kalması halinde manevi tazminat miktarı takdir edilirken dikkate alınması gerektiği yönündedir. Bu gibi bir durumda söz konusu kişinin gelecek beklentileri, kariyerinde yükselme heves ve imkânları değerlendirilmeli ve bu değerlendirme neticesinde uygun bir manevi tazminat takdir edilmelidir¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁷ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.93; Çetin, **a.g.e.**, s.96-97; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.325; Şafak Arıkan, **Türk Borçlar Kanuna Göre Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat**, Seçkin Yayınları, 2020, s.115; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.499; Doğramacı, **a.g.e.**, s.235.

¹¹⁶⁸ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.95; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.499.

¹¹⁶⁹ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.96; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.499.

¹¹⁷⁰ Çelik Ahmet Çelik, **6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasasına göre Tazminat ve Alacak Davaları Açılması ve İzlenmesi**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2014, s.437; Yargıtay 22 yaşında genç bir futbol oyuncusunun geçirdiği kazanın mesleğinde değil ama kariyer planlamasında etkili olacağını ve ekonomik bir sarsılma yaşandığını kabul etmiş ve bu hususların göz önünde tutularak manevi tazminat miktarının belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 17. HD'nin 08.05.2017 tarih ve 2014/2491 E., 2017/5131 K. Aktaran: Doğramacı, **a.g.e.**, s.235; İsviçre Hukuk doktrinde ihlalin zarar görenin mesleki yaşantısını üzerindeki etkisinin manevi tazminat belirlenmesinde etkili olacağı kabul edilmektedir. Alman Hukuk doktrinde ihlal sebebi ile zarar görenin mesleğini bırakmak veya mesleğini sınırlı bir şekilde yapmak zorunda kalmasının manevi tazminat miktarını artıracığı kabul edilmektedir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.500-501.

Bir işi veya kazancı olmayan veya henüz çalışmaya başlamamış olanların da ekonomik geleceğinin zarar görmesi ihtimali ve imkânının olduğu yönünde görüşler de ileri sürülmüştür¹¹⁷¹.

f. Zarar Görenin Fiziksel Özelliklerinin ve Bedensel Yatkınlığının Etkisi

Zarar görenin kendisinden kaynaklı durumlar ve bedensel yatkınlığı hem maddi hem de manevi tazminat açısından indirim sebebi olarak kabul edilebildiği gibi¹¹⁷² ayrıca hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumlulukta indirim sebebi olarak dikkate alınabilmektedir¹¹⁷³.

Bedensel yatkınlık doktrinde insan vücudunda doğuştan ver olan veya sonradan ortaya çıkan bir hastalık sebebi ile zarar görmeye olağanüstü bir biçimde elverişli olması veya zarar verici fiile normalin üstünde ağır bir tepki gösterme eğilimi olarak tanımlanmaktadır¹¹⁷⁴.

Zarar görenin bedensel yatkınlığı ya sorumluluğu doğuran olaydan önce gerçekleşmekte ya da hali hazırda mevcut olmakta ve zarar bu sebebe yani bedensel yatkınlığa ihlalin eklenmesi ile meydana gelmekte ya da bedensel yatkınlık zararın artmasına sebep olmaktadır¹¹⁷⁵. Zarar görenden kaynaklı bu husus zarar görenin iradesine veya davranışına bağlı olmadığı için zarar görenin kusuru olarak değil Türk Borçlar Kanunu madde 51/1’de yer alan “*durumun gerekleri*” olarak değerlendirilir¹¹⁷⁶.

¹¹⁷¹ Sercan Çipli, “Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s.86; Doğramacı, **a.g.e.**, s.236.

¹¹⁷² Gürkan, **a.g.e.**, s.160; ; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.511; Doğramacı, **a.g.e.**, s.236.

¹¹⁷³ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.511.

¹¹⁷⁴ Tandoğan, **Mesuliyet**, s.364; Fikret Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi**, Prof. Dr. Mamut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s.485; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.511.

¹¹⁷⁵ Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s.485; Tandoğan, **Mesuliyet** s.364; Baysal, **a.g.e.**, s.194; Atlan, 2015, s.221; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.327; Arıkan, **a.g.e.**, s.118; Doğramacı, **a.g.e.**, s.236; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.511.

¹¹⁷⁶ Oğuzman/ Öz, **Cilt 2**, s.125; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.327; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.155; Doğramacı, **a.g.e.**, s.236; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.512; Ertaş zarar gören kişinin dayanma gücünün tazminatta indirim aynı şekilde hassas olmasının da tazminatta artırım sebebi olamayacağı görüşündedir. Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.92-93.

Hemofili hastası bir kişinin hafif şekilde yaralanması neticesinde kan kaybından vefat etmesi durumunda yapılacak değerlendirme yapılırken herhangi bir kişinin hafif olarak yaralanmasının o kişinin ölümünün uygun sebebi olup olmayacağı değil hemofili hastası bir kişinin hafif bir şekilde yaralanmasının o kişinin ölümünün uygun sebebini oluşturup oluşturmayacağı göz önünde tutularak değerlendirme yapılacaktır¹¹⁷⁷.

Zarar görenin kendisinden kaynaklı durumun ve bedensel yatkınlığı ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı tespit edilirken ihlali teşkil eden fiilin gerçekleşmesi esnasında mevcut olmasına rağmen zarar veren tarafından bilinmeyen veya bilinmesi gerekmeyen olaylar da değerlendirilecektir¹¹⁷⁸.

g. Zarar Görenin Sosyal Yaşam, Hareket ve Ekonomik Özgürlüğünün Kısıtlanması

Kişilik haklarına yapılan saldırı o kişinin yaşam alışkanlıklarında değişiklik yaratmış, ilgili olduğu faaliyet ve çalışma hayatını hiç ya da eskisi gibi devam ettiremeyecek hale gelmesine neden olmuş ise bu durum manevi tazminatı artıran bir etken olarak kabul edilir¹¹⁷⁹.

Yargıtay kararlarında ekonomik geleceğin sarsılması hususunu manevi tazminatın takdirinde göz önünde tutmakta ve bunu zarar gören açısından soyut ve geleceğe yönelik, iş yaşamı açısından meydana gelen bir zarar olarak değerlendirmektedir¹¹⁸⁰. Yine zarar veren fiil neticesinde kişinin başkasının yardım ve bakımına muhtaç hale gelmesi¹¹⁸¹, cinsel işlev bozukluğu yaşaması¹¹⁸² gibi hususlar da sosyal yaşam ve hareket özgürlüğü kapsamında manevi tazminatın takdirinde göz önünde tutulacaktır.

¹¹⁷⁷ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.155; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.512

¹¹⁷⁸ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.512; Doğramacı, **a.g.e.**, s.236-237.

¹¹⁷⁹ Ertay, **Manevi Tazminat**, s.96; Doğramacı, **a.g.e.**, s.237.

¹¹⁸⁰ Y.17. HD'nin 17.05.2019 tarih ve 2016/14748 E., 2019/6839 K. sayılı kararı. Aktaran Doğramacı, **a.g.e.**, s.237., dpnt.255.

¹¹⁸¹ Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.328; Doğramacı, **a.g.e.**, s.238.

¹¹⁸² Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.524; Doğramacı, **a.g.e.**, s.238.

h. Zarar Görenin Yakınlarının Durumu

Meydana gelen zararın özelliğine bağlı olarak zarar gören ile yakınları(aile vd.) arasındaki ilişkide bozulmalar (örneğin zarar görenin çocuk sahibi olma ihtimalinin ortadan kalkması gibi vb.) yaşanabilir ve bu bozulmalar manevi tazminat takdirinde etkili olabilir¹¹⁸³

Türk Borçlar Kanunu'nun 56/2. maddesinde ölüm veya bedensel zarar halinde zarar görenin yakınlarının ¹¹⁸⁴ manevi tazminat talepleri hususu düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca; hakim olayın özelliklerini göz önünde tutarak zarar görenin yakınları için manevi tazminat miktarını tespit ederken, zarar gören ile tazminat talep eden yakınları arasındaki ilişkinin niteliğini yani bu ilişkinin yakınlık ve yoğunluğunu, duygusal bağlılığın gerçek ve samimi olup olmadığını, zararın zarar görenin yakınları üzerindeki etkisini, bedensel bütünlüğün ihlali söz konusu ise bunun meydana geliş şekli, zarar gören ile yakınının aynı evi paylaşıp paylaşmadığı, yakınların yaşı, ölüm varsa ölümün şekli, ölene kadar çekilen acının yakını üzerindeki etkisi gibi olguları dikkate alarak bir karar verecektir¹¹⁸⁵.

Zarar görenin yakının manevi tazminat talebinin zarar gören adına değil kendisi için istediği göz önüne alınarak yakınlık ilişkisinin tazminat miktarını belirlerken etkili olmaması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur¹¹⁸⁶.

i. Zarar Görenin Üçüncü Kişilerin Bakım ve Yardımına Muhtaç Bir Duruma Gelmesi

İsviçre ve Türk hukukunda zarar görenin bedensel bütünlüğünün ihlali sebebi ile üçüncü kişilerin bakım ve yardımına muhtaç hale gelmesi gerek zarar gören

¹¹⁸³ Doğramacı, **a.g.e.**, s.238.

¹¹⁸⁴6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 56. maddesi ile ilgili olarak Adalet Komisyonu Raporunda “yakın” kavramının tespitinde ölen veya ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakın olduğu iddia edilen kişi ile arasında düzenli ve yoğun bir ilişkinin ve zarar veren olay sebebi ile bedellendirilmesi şart olan ağır bir acının varlığının dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Antalya, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu**, s.112; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.524.

¹¹⁸⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.292;Doğramacı, **a.g.e.**, s.238-239; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali** s.524.

¹¹⁸⁶ Atlan, **2015**, s.218.

gerekse zarar görenin yakınları açısından manevi tazminatın tespitinde etki eden hususlardan biri olarak kabul edilmektedir¹¹⁸⁷.

Omurilik felci gibi ağır bedensel sakatlıklar, beyinde gerçekleşen hasar sebebi ile kişinin koma haline girmesi gibi ağır nitelikte ki beden bütünlüğü ihlallerinde veya travma sonucu hafıza kaybı gibi hallerde zarar görenin, üçüncü kişilerin bakım ve yardımına muhtaç hale gelmesi hali hem zarar gören hem de ilk zarar görenin yakınları açısından manevi zararın belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Nitekim Türk Hukuk uygulamasında Yargıtay bu gibi bir durumda zarar görenin yakınlarının da ruhsal ve bedensel bütünlüklerinin ağır şekilde ihlal edildiği ve yakınların uğramış olduğu zararın yansıma zarar değil doğrudan zarar olduğunu kabul etmektedir¹¹⁸⁸.

2. Zarar Veren Durumu

a. Zarar Veren Kusuru

Türk Hukuk doktrinin de hakim görüş manevi tazminatın belirlenmesinde zarar verenin kusurunun etkisinin olduğu yönündedir¹¹⁸⁹. ERTAŞ'a göre bu husus manevi tazminatın zarar göreni tatmin işlevi ve hakkaniyet gereği olmak üzere iki nedenden kaynaklanmaktadır. Zarar verenin kusuru ne kadar ağır ise zarar görende etkisi ve tatmin edilme ihtiyacı o kadar fazla olacaktır. Yazara göre zarar verenin hafif kusuru ile ağır kusurunun aynı şekilde değerlendirilerek aynı miktarda manevi tazminat ödemeye hükmedilmesi adalet düşüncesi ile de bağdaşmaz. Yazara göre bedensel sakatlıklarda manevi tazminat denkleştirme görüşüne göre tespit edilmiş ise

¹¹⁸⁷ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.501.

¹¹⁸⁸ İsviçre Federal Mahkemesi ilk zarar görenin yakınlarının uğramış olduğu manevi zararı ancak bedensel bütünlüğün ihlalinin yakınların kişisel ilişkilerini ölümle aynı şiddette etkilediği hallerde tazmin edilmesini kabul etmekte hatta öncelikle ilk zarar gören ile aynı evi paylaşanların manevi tazminat talep etme hakkı olduğunu öngörmektedir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.503.

¹¹⁸⁹ Gürsot, **a.g.m.**, s.29; Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.100-101; Çetin, **a.g.e.**, s.100; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali** s.461; Franko, **Manevi Zarar**, s.152; Ünal, 1978, s.435; Fulya Erlüle, "Manevi Tazminatta Kusurun ve Zararın İşlevi", **İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:15, S:2-1, 2016, s.655; Manevi tazminat talebi için kusuru bir unsur olarak değil de özel bir hal olarak kabul eden görüş de mevcuttur. Tandoğan, **Mesuliyet**, s.33.

bu halde zarar verenin hafif kusurunun tazminat miktarına etkisi minimum düzeyde olmalıdır¹¹⁹⁰.

ÇETİN'e göre zarar verenin kusuru artıka hükmedilecek manevi tazminat miktarı da adaleti sağlama düşüncesi ile artacaktır¹¹⁹¹.

TAMAN'a göre ise manevi tazminatın belirlenmesinde kusurdan ziyade zararın ağırlığı ölçü olarak alınmalıdır. Zira hafif ihmalde büyük bir zarar meydana gelebileceği gibi ağır kusur halinde önemli bir zarar meydana gelmeyebilir¹¹⁹².

Yargıtay¹¹⁹³ gerek daire¹¹⁹⁴ gerekse Hukuk Genel Kurulu¹¹⁹⁵ kararlarında manevi tazminat miktarını tespitinde failin yani zarar verenin kusurunun dikkate alınması gerektiğini ve zarar verenin kusuru ne kadar ağır, zarar verici olay ne kadar kötü ve acı verici şartlar altında gerçekleşmiş ise hakimnin takdir edeceği manevi tazminat miktarı da o ölçüde artacağını kabul etmektedir. Kanuni temsilci, ifa yardımcısı gibi zarar verenin hareketinden sorumlu olduğu kişinin de kusuru varsa Yargıtay 22.06.1966 tarihli   tihadı Birleştirme Kararında bu kusurun da manevi tazminatın takdirinde ve miktarının tespitinde etkili olacağını  ng rm     ¹¹⁹⁶.

Sözleşme ilişkisi açısından ise manevi tazminat miktarı belirlenirken kusurun derecesi önem arz etmekte¹¹⁹⁷ ve hastane veya hekimin hafif kusurlu olduğu bir durumda tazminat miktarı buna göre belirlenmeli, kusurun ağır olduğu hallerde ise

¹¹⁹⁰ Erta , **Manevi Tazminat**, s.100; Erlüle, **Bedensel bütünlüğün  hlali**, s.461.

¹¹⁹¹  etin,s.101; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün  hlali**, s.461.

¹¹⁹² Taman, **a.g.e.**,s.66; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün  hlali**, s.461.

¹¹⁹³  svi re Hukuk doktrininde hakim görüş manevi tazminatın belirlenmesinde zarar verenin kusurunu etkili olduğunu yönünde olmakla birlikte  svi re Federal Mahkemesi zarar verenin kusurunu ancak zarar görenin ek bazı manevi zararının olduğu durumlarda ve özellikle zarar verenin oldukça d   ncesizce ve saygısızca hareket ettiği hallerde manevi tazminat miktarını arttıracağını kabul etmektedir. Ancak  svi re hukuk doktrin ve uygulamasında modern eğilim kusura ikincil bir fonksiyon yüklemekte ve manevi zararın ağırlığını belirleyici koşul olarak kabul etmektedir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün  hlali**, s.467, 469-470.

¹¹⁹⁴ Yarg.21. HD'nin 18.03.2014 tarih ve 16663/5225; Yarg. 21. HD'nin 13.01.2014 tarih ve 22246/136, Yarg. 21. HD'nin 17.02.2014 tarih ve 19982/2386, Yarg.21. HD'nin 25.02.2013 tarih ve 772/330, Y.21. HD'nin 28.03.2013 tarih ve 3709/6044, Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün  hlali**, dpnt.114, s.461.

¹¹⁹⁵ Yargıtay HGK'nın 29.01.2014 tarih ve 21-461/55, Yargıtay HGK'nın 26.02.2014 tarih ve 21-499/157, Yargıtay HGK'nın 11.09.2013 tarih ve 21-228/1078, Yargıtay HGK'nın 21.11.2012 tarih ve 21-737/824 sayılı kararları. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün  hlali**, dpnt. 115, s.469.

¹¹⁹⁶ Cabioğlu, **a.g.e.**,s.35; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün  hlali**, s.463.

¹¹⁹⁷ Arıdemir, **a.g.e.**, ss.202-203; Doğramacı, **a.g.e.**, s.240.

zarar görenin yaşadığı acı ve ızdırabı hafifletecek şekilde yüksek bir miktarda manevi tazminata hükmedilmelidir¹¹⁹⁸.

Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde zarar verenin kusuru dikkate alınmalı ancak ikincil fonksiyona sahip olmalı belirleyici olgunun manevi zararın ağırlığı olması gerektiği görüşündeyiz.

b. Zarar Verenin Ekonomik Durumu ve Zarar Verenin Tazminat Sebebi İle Yoksulluğa Düşecek Olması

Aksi görüş de mevcut olmakla birlikte¹¹⁹⁹ doktrinde genel olarak zarar verenin ekonomik durumunun manevi tazminat miktarının takdirinde etkili olmadığı kabul edilmektedir¹²⁰⁰.

ERTAŞ'a göre zarar verenin ekonomik durumunun manevi tazminat miktarı üzerinde etkili olmamasının nedeni manevi zararın objektif ağırlığıdır. TAMAN'a göre zarar veren manevi tazminat ödediği taktirde ailesine bakamayacak derecede zor duruma düşüyor ise hakim hakkaniyet gereği tazminatta indirim yapabilecektir¹²⁰¹.

Bu durumun istisnasını 6098 s. TBK madde 52/2 teşkil etmekte olup¹²⁰² bu madde uyarınca; *“Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”*

TBK m. 52/2 hem kusur hem de kusursuz sorumluluk¹²⁰³ ve sözleşme sorumluluğu açısından uygulama imkanı bulmakta ve bu madde uyarınca manevi

¹¹⁹⁸ Şatır, **a.g.e.**,s.179; Doğramacı, **a.g.e.**, s.240.

¹¹⁹⁹ Franko, **Manevi Zarar**, s.155.

¹²⁰⁰ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.101; Atlan, **2015**, s.226; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.331; Arıkan, s.110; Doğramacı, **a.g.e.**, s.241; Taman, **a.g.e.**, s.68; İsviçre Hukuk Doktrininde ağırlıklı görüş manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde zarar verenin ekonomik durumunun dikkate alınmaması gerektiği yönündedir. Bununla birlikte zarar verenin zor duruma düşecek olması halinde bu durumun dikkate alınması gerektiğini ileri süren görüş de mevcuttur. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.505.

¹²⁰¹ Taman, **a.g.e.**, s.68; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.506.

¹²⁰² Taman, **a.g.e.**,s.68; Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.101; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.507.

¹²⁰³ Kusursuz sorumluluk halinde TBK m. 52/2 yer alan zarar görenin hafif kusurlu olması şartının gerçekleştiği kabul edilir. Tandoğan, **Mesuliyet**, s.326; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.153; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**,s.592-593; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.509.

tazminat miktarında indirim yapılabilmesinin için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki zarar verenin kusurunun hafif olması yani zarar verici fiili kasten veya ağır ihmali ile gerçekleştirmiş olmaması ikincisi ise zarar verenin tazminatı ödemesi halinde yoksulluğa düşecek olmasıdır ¹²⁰⁴ . Zarar verenin yoksulluğa düşecek olup olmadığını tespitinde zarar verenin üçüncü kişiye rücu imkanı ve zarar verenin sorumluluk sigortası varsa sigortadan alacağı para hesaba katılmaktadır¹²⁰⁵.

Zarar veren hafif kusurlu ve manevi tazminat ödemekle yoksulluğa düşecek olsa dahi her halükarda tazminat miktarında indirim yapma hususunda takdir yetkisi hakime ait olacaktır¹²⁰⁶.

c. Zarar Veren Sigortalı Olması

Bir görüşe göre zarar verenin (hekim vs.) sorumluluk sigortasının mevcudiyeti tazminatı artırıcı değil manevi tazminata hükmedilmesi durumunda ekonomik durumunun sarsılacak olması halinde tazminatta indirim yapıp yapılmayacağı açısından etkisi olacaktır Zarar verenin sigortasının ihtiyarı veya zorunlu olup olmamasının bu konuda bir önemi yoktur. Aynı görüşe göre zarar veren kendi kusuru ile sigorta korumasının kapsamında çıkarsa manevi tazminatın takdirinde yoksulluğa düşme hali dikkate alınmamalıdır¹²⁰⁷.

Tıbbi müdahalelerden doğan tazminat talepleri sebebi ile yaptırılan Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçelerinde manevi tazminat ile ilgili bir düzenleme çoğu kez bulunmasa da bedensel zarar ile ilgili tazminat taleplerini teminat altına alan sigorta poliçelerinin manevi zarar taleplerini de kapsadığı kabul edilmelidir¹²⁰⁸.

¹²⁰⁴ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.507-508

¹²⁰⁵ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.153; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.507-508.

¹²⁰⁶ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.152; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**,s.593; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.509; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**,s.330-331;Doğramacı, **a.g.e.**, s.241.

¹²⁰⁷ Ertay, **Manevi Tazminat**, s.102.

¹²⁰⁸ Serap Amasya, **Sorumluluk Sigortalarında Bedensel Zararlar Teminatı Hakkında Genel Değerlendirme**, İçinde: S.Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi, TBB, 2018, ss.542-596, s.596; Doğramacı, **a.g.e.**, s.242.

d. Zararın Hatır İşleri veya Zarar Görenin Yardımı Sırasında Meydana Gelmesi

Hatır için yardımda bulunma kavramı doktrinde bir kimsenin başka bir kimseye nezaket gereği veya onu memnun etmek için bir iş yapması veya bir fiil işlemesi şeklinde tanımlanmaktadır¹²⁰⁹. Zararın hatır işi veya zarar verenin zarar görene yardım ettiği esnada yaptığı bir fiil veya iş neticesinde meydana gelmiş olması halinde ve zarar veren hafif kusurlu ise bu durum tazminatta indirim sebebi olarak kabul edilmektedir. Zarar görenin ağır kusuru veya kastının olduğu hallerde ise işin hatır için yapıldığı kabul edilemez¹²¹⁰.

Hatır için yapılan işlerin başında hatır taşımacılığı gelmekte olup bu çeşit taşımacılık Karayolları Trafik Kanunu madde 87’de düzenlenmiştir¹²¹¹. Bu maddede yer alan düzenleme uyarınca hatır için taşımacılık yapılması veya hatır için motorlu aracın verilmesi tazminatta indirim sebebi olarak öngörülmüştür.

3. Diğer Olgular

a. Beklenmeyen Olay

Bir olayın meydana gelmesine sorumlu kişinin irade ve davranışından bağımsız olarak etki eden olgular sorumluluk hukukunda beklenmeyen olay olarak ifade edilmektedir¹²¹². Beklenmeyen olay nedeni ile hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumluluk hallerinde¹²¹³ tazminatta indirime gidilmektedir. Zira

¹²⁰⁹ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.166; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.516.

¹²¹⁰ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.166; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.516.

¹²¹¹ Karayolları Trafik Kanunu madde 87/1 uyarınca; “Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ve motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlardan dolayı sorumluluk, genel hükümlere tabidir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.516.

¹²¹² Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.138; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.509.

¹²¹³ Beklenmeyen olay sebebi ile kusursuz sorumluluk halinde tazminatta indirime gidilebilmesi için beklenmeyen olayın, kusursuz sorumluluğun dayandığı esasa aykırı olmaması gerekir Örneğin tehlike sorumluluğu esasına dayanan motorlu araç işleteninin ve işletenin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğunda yolun buzlu veya kaygan olması, aracın freninin bozulması, direksiyonun kitlenmesi gibi haller beklenmeyen olay olmakla birlikte bunlar aracın işletme tehlikesine dayandıkları için tazminatta indirim sebebi olmazlar. Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.143; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.516.

beklenmeyen bir olayın yükünü sadece zarar verene yüklemek hakkaniyete uygun olmayacağı gibi adalet duygusunu da zedeleyecektir. Bu nedenle beklenmeyen olayın neticelerine her iki taraf da katlanmalıdır¹²¹⁴.

Hekim acil bir durumda tıbbi müdahalede bulunurken kusuru ile zararın artmasına neden olabilir. Hekim en hafif kusurunda dahi sorumlu olmakla birlikte beklenmeyen hal niteliğindeki acil hallerde sözleşme ilişkisinin bulunmadığı da göz önünde tutularak Türk Borçlar Kanunu madde 51/I kapsamında tazminat miktarında indirim yapılması hakkaniyet gereği olacaktır¹²¹⁵.

b. Manevi Tazminatın Tespitinde Tıbbi Müdahalenin Niteliği ve Bu Bağlamda Estetik Müdahalelerin Durumu

Tıbbi müdahale ister endikasyon isterse estetik amaçlı yapılsın hekim hafif kusurundan dahi sorumlu olacaktır. Estetik müdahaleler kişinin fiziksel ve ruhsal olarak kendini daha iyi hissetmesi, kendi iç dünyasındaki istek ve arzusu çerçevesinde yapıldığı için bu müdahalelerde çoğu kez endikasyon aranmaz. Bu sebeple estetik müdahaleler neticesinde meydana gelen zararın manevi etkisi daha ağır olabilecektir. Tıbbi müdahalenin niteliği özellikle estetik müdahale niteliğinde olması tek başına manevi zararı artırıcı bir unsur olmamakla birlikte manevi tazminatın miktarını tayin ederken hakim tarafından göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilmektedir¹²¹⁶. Nitekim Yargıtay'da manevi tazminatın miktarını tayin edilirken müdahalenin estetik müdahale olup olması hususunu dikkate almaktadır¹²¹⁷.

Estetik müdahaleler kapsamında zarar görenin yüzünde veya bedeninde kalıcı bir sabit izin kalması, sabit izin derinliği, uzaktan veya yakından fark edilme durumu, vücudun veya yüzün neresinde olduğu yani yeri, estetik ameliyat ile düzeltme imkânı

¹²¹⁴ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.141; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.509.

¹²¹⁵ Doğramacı, **a.g.e.**, s.244.

¹²¹⁶ Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.348; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.522.

¹²¹⁷ Y. 13. HD'nin 20.02.2018 tarih ve 2016/6167 E., 2018/2180 K. sayılı kararı; Eğlence sektöründe oryantal olarak çalışan kişinin kalça silikonu şeklinde ki estetik operasyon sonucu gelişen enfeksiyona bağlı olarak yatarak tedavi ve ikinci kez operasyon olmasına ilişkin davada Yargıtay ilk derece mahkemesi tarafından hükmedilen manevi tazminat miktarını yetersiz bulmuştur. Yarg. 3. HD'nin 17.02.2014 tarih ve 2013/18568 E., 2014/2337 K. sayılı kararı. Aktaran: Doğramacı, **a.g.e.**, s.244, dpnt. 288.

olup olmaması, yüzünde veya bedeninde kalıcı sabit iz kalan kişinin mesleği, yaşam tarzı gibi hususlar gözetilerek manevi tazminatın takdirinde dikkate alınacaktır¹²¹⁸. Yargıtay'da yüzde sabit iz kalmasını tazminat miktarını etkileyen bir durum olarak kabul etmiş ancak tazminat miktarının tespitinin bu alanda uzman bilirkişilerce yapılmasını öngörmüştür¹²¹⁹.

Estetik müdahale sonucu zarar gören kişinin yaşı, cinsiyeti, mesleği ve medeni hali gibi durumlarda yine tazminat tespit edilirken göz önünde tutulacaktır. Danıştay katarakt ameliyatına bağlı olarak gözdeki görme kaybı ve estetik bozukluğu zararın niteliği kapsamında değerlendirilerek idare mahkemesinin hüküm altına aldığı manevi tazminatı eksik bularak bunu artırılması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir¹²²⁰.

c. Cinsel Fonksiyon Bozuklukları-Evlenme Şansının Azalması

Bedensel bütünlüğün ihlali sebebi ile meydana gelen cinsel fonksiyon bozuklukları manevi tazminat miktarını artıran en önemli faktörler arasında yer almaktadır. Cinsel fonksiyon bozuklukları bedensel bütünlüğün ihlalinin doğrudan veya dolaylı sonucu olarak ortaya çıkabilir. Cinsel saldırıya uğrayan bir kadının bu sebeple yaşadığı fiziksel ve ruhsal travma neticesinde meydana gelen cinsel işlev bozukluğu, yaşanan kaza neticesinde yatağa bağımlı hale gelme sebebi ile cinsel işlevin yerine getirilememesi halleri manevi tazminat miktarını artırıcı bir etkiye sahip olacaktır¹²²¹.

İsviçre-Türk Hukuk uygulamasında bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin genç olması durumunda ihlale bağlı olarak evlenme şansını azalttığı kabul edilmektedir. Yargıtay¹²²² zarar görenin genç bir kız olması halinde evlenme şansının

¹²¹⁸ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.521; Orhunöz, **a.g.e.**,s.106; Doğramacı, **a.g.e.**, s.247.

¹²¹⁹ Yarg. 17. HD'nin 15.10.2019 tarih ve 2017/485 E., 2019/9402 K. sayılı kararı. Aktaran: Doğramacı, **a.g.e.**, s.248, dpnt. 308.

¹²²⁰ D. 15. D2nin 21.12.2016 tarih ve 2016/4725 E., 2016/6330 K. sayılı kararı. Aktaran: Doğramacı, **a.g.e.**, s.247, dpnt. 307.

¹²²¹ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.523.

¹²²² İsviçre Federal Mahkemesi bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin genç bir kadın veya erkek olması halinde evlenme şansının azaldığını bu durumun manevi tazminatın takdirinde dikkate alınması gerektiğini öngörmektedir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.523.

azaldığını ve manevi tazminatın daha yüksek belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir.

d. İçinde Bulunulan Ekonomik Şartlar Çerçevesinde Paranın Satın Alma Gücü

Ülkenin içinde bulunduğu ekonomik koşullar özellikle enflasyonist ortamda yaşanan paranın ekonomik değerinde meydana gelen hızlı düşüş manevi tazminat taleplerinde olumsuz bir etki yapmaktadır. Maddi tazminattan farklı olarak talep artırımı ve ıslah hukuki müesseselerinin kullanılma imkanının manevi tazminat taleplerinde olmaması uygulamada zarar gören tarafından yüksek tutarlı manevi tazminat talepleri ileri sürülse bile davaların çok uzun sürmesi halinde dava tarihinde talep edilen manevi tazminat miktarının hüküm tarihinde oldukça değer kaybetmesine yol açmaktadır¹²²³. Hakimin taleple bağlı olması da bu konuda farklı bir karar vermesinin önünde geçmektedir.

Nitekim Yargıtay kararlarında paranın satın alma değerini, ekonomik gücünün dikkate almakta¹²²⁴ ve zarar görenin manevi tatmin duygusu yaratacak şekilde manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²²⁵.

e. Maddi Tazminata Hükmedilmesinin Manevi Tazminata Etkisi

Doktrinde bir görüş maddi tazminata hükmedilmesi ile zarar görenin zenginleşeceği ve bu sayede manevi zararın da subjektif de olsa azalmış

¹²²³ Ahmet İyimaya, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, II. Cilt, Ankara 1995 s.132; Erlüle, **Kusur**, s.406; Doğramacı, **a.g.e.**, s.245; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.517.

¹²²⁴ YHGK'nun 07.07.2020 tarih ve 2017/1593 E., 2020/535 K., 12.11.2019 tarih ve 2016/1528 E., 2019/1169 K. sayılı kararları. Aktaran: Doğramacı, **a.g.e.**, s.245, dpnt.292.

¹²²⁵ İsviçre Federal Mahkemesi manevi tazminatın belirlenmesinde paranın ekonomik değerini ve satın alma gücünü dikkate almakta ancak bu hususta zarar verici olayın meydana geldiği tarihin mi yoksa manevi tazminata hükmedilecek tarihin mi dikkate alınacağı hususunda görüş birliğine varılamamaktadır. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.519-520.

sayılacağı¹²²⁶, diğer bir görüş ise manevi tazminatı maddi tazminatın bir tamamlayıcısı ve başvurulacak son çare olarak görmektedir¹²²⁷.

Bizim de kabul ettiğimiz görüş her ikisinin işlev, çerçeve, nitelik ve amaç olarak birbirinden ayrı ve bağımsız olduğu, maddi tazminatın malvarlığı değerleri ile ilgili iken manevi tazminat taleplerinin kişilik hakkı ile ilgili olduğu, manevi tazminatın maddi tazminatın bir alt türü olmadığı gibi onu tamamlayıcı niteliği de olmadığı yönündedir¹²²⁸.

f. Psikolojik Rahatsızlıkların Tazminata Etkisi

Zarar gören yaşadığı ihlal neticesinde ağır bir bedensel zarara uğrayabileceği gibi ruhsal bir takım sıkıntılar da yaşayabilir. Bu ruhsal sıkıntılar post-travmatik stres bozukluğu, majör depresyon, panik atak, anksiyete gibi ağır bir şekilde tezahür edebilir¹²²⁹. Bu türden psikolojik rahatsızlıklar bedensel bütünlüğün ihlali sonucu ortaya çıkmış ise zararın ikincil sonucu olarak kabul edilmeli ve her halükarda manevi tazminatın tespitinde dikkate alınmalıdır¹²³⁰.

Gerek Yargıtay¹²³¹ gerekse idari yargı manevi tazminatın tespitinde kişinin yaşadığı veya yaşayacağı olumsuz psikolojik sıkıntıları dikkate almaktadır¹²³². Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12.11.1966 tarihinde vermiş olduğu bir kararında bir deniz kazasında boğulma tehlikesi geçiren ve hastaneye kaldırılan, hastaneden çıktıktan sonra da yaşadığı ruhsal şok nedeni ile uzun süre psikolojik tedavi gören davacı lehine manevi tazminat hükmedilmesini doğru olduğunu belirlemiştir¹²³³.

¹²²⁶ Gürsot, **a.g.m.**, s.19; Doğramacı, **a.g.e.**, s.245.

¹²²⁷ Serozan, Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, s.86; Yargıtay ve Danıştay'da manevi tazminatı maddi tazminatın bir tamamlayıcısı, düzelticisi olarak görmektedir. Doğramacı, **a.g.e.**, s.246.

¹²²⁸ Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.332; Kırca, **a.g.m.**, s.264; Doğramacı, **a.g.e.**, s.246.

¹²²⁹ Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.348; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.520; Doğramacı, **a.g.e.**, s.246.

¹²³⁰ Çelik Ahmet Çelik, **Bedensel Zararlar**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s.526; Doğramacı, **a.g.e.**, s.246; İsviçre Federal Mahkemesi zarar görenin depresyona eğilimin olmasını, hafıza kaybını, aşagılık kompleksine kapılmasını manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate almaktadır. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.521.

¹²³¹ Y.15. HD'nin 10.07.2018 tarih ve 2017/1532 E.,2018/2978 K. sayılı kararı, Aktaran: Doğramacı, **a.g.e.**, s.247, dpnt.302.

¹²³² Akkoca, **a.g.e.**, s.74; Doğramacı, **a.g.e.**, s.247.

¹²³³ Yarg. HGK'nun 12.11.1966 tarih ve 497/7 sayılı kararı, Aktaran: Karahasan, Manevi Tazminat, s.349; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.521.

IV. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE YÖNTEMLER

A. Alman Hukukunda Uygulanan Yöntem

Alman hukukunda manevi tazminat miktarını tespit edecek hakim zarar veren fiilin ağırlığı ve süresini, fiziksel bir acı olduğu durumlarda acı ve ağrının şiddetini, süresini, ihlalin sebep olduğu yaralanma veya sakatlık söz konusu ise bunun tedavi süresini ve zarar gören üzerinde yarattığı olumsuz etki gibi olguları dikkate almaktadır. Alman Hukuk uygulamasında hakimler manevi tazminat miktarını belirlerken ihlalinin türüne göre ödenecek manevi tazminat miktarını gösteren ve emsal yargı kararlarını esas alan tablolardan yararlanmaktadırlar¹²³⁴. Bu tablolarda ihlalin hangi organın kaybına neden olduğu (kol, bacak, görme kaybı vb.), zarar görenin yaralanmasının niteliğinin ne olduğu (ezilme, kırık, yara, bere vb.), ihlale bir hekim hatasının mı yoksa başka bir sebebin mi yol açtığı gibi hususlar gösterilmektedir. Paranın satın alma gücündeki azalma ve hakimın esaslı bir gerekçe belirtmediği hallerde benzer olaylarda tabloda yer alan tazminat miktarından farklı bir miktara hükmedememesi gerekçeleri ile bu yöntem doktrinde eleştiri konusu olmuş ve uygulamada artık enflasyon artışı dikkate alınarak manevi tazminat miktarı tüketici fiyat endeksine göre belirlenmesi kabul edilmektedir¹²³⁵.

B. İsviçre Hukukunda Uygulanan Yöntemler

1. Klasik Yöntem

Bu yönteme göre doğası gereği para ile ölçülemeyen ve maddi tazminat gibi hesaplanamayan manevi tazminatı miktarını hakim kendisine tanınmış olan takdir yetkisi çerçevesinde, somut olayın özelliklerini de göz önünde tutarak, hukuka ve hakkaniyete göre belirleyecektir¹²³⁶. İsviçre Hukukunda Alman Hukukunda olduğu

¹²³⁴ Keskin, *Objektif Manevi Zarar*, s.308; Antalya, *Manevi Tazminatın Hesaplanması*, s.88-91; Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlali*, s.554.

¹²³⁵ Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlali*, s.553-555.

¹²³⁶ Atlan, 2015, s.124, Keskin, *Objektif Manevi Zarar*, s.310, Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlali*, s.556; Doğramacı, *a.g.e.*, s.249.

gibi manevi tazminatın miktarının tespiti için önceden hazırlanmış tablolar yoktur. Zira İsviçre Federal Mahkemesi somut olay adaletini gerekçe olarak göstermekte manevi tazminatın belirlenmesini katı ve değişmez kurallara bağlanmasına karşı çıkmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi manevi tazminatın belirlenmesinde ihlalin türü ve ağırlığına ek olarak ihlalin zarar görenin yaşam tarzı üzerindeki somut etkisini de manevi tazminatın tespitinde dikkate almakta¹²³⁷ benzer ihlallere ilişkin emsal kararlar ve bu kararlar kaynak alınarak oluşturulan tabloları yardımcı ve yol gösterici kaynak olarak kabul etmektedir¹²³⁸.

Klasik yöntem maalesef manevi tazminatın kapsamının belirlenmesi aşaması ile manevi tazminatın miktarının belirlenmesi aşamasını birbirlerinden ayırt etmek için yeterli olmamaktadır.

2. Manevi Tazminat Miktarının Tespitinde İki Aşamalı Yöntem

Manevi tazminatın bu yöntemle göre belirlenmesinde aşamalardan birini “tazminatın hesaplanması” bunu takip eden diğer aşama ise “tazminatın belirlenmesi” oluşturmaktadır¹²³⁹.

Bu yöntemin ilk aşamasında objektif ve soyut kriterler çerçevesinde manevi zararın kapsamı tespit edilmekte ve böylelikle taban manevi tazminat tutarı belirlenebilmektedir. Taban manevi tazminat tutarı kişisel değerleri benzer şekilde ihlal edilen tüm zarar görenler açısından talep edebilecekleri bir eşitliği içeren tutarı ifade etmektedir. Manevi zararı ispat yükü zarar görene ait olduğundan zarar gören zararın varlığını ve miktarı hakkında hakime takdir yetkisini kullanmasına olanak verecek nitelikteki olgu ve olayları ortaya koyacak bunu yaparken de örneğin tıbbi hata sebebi ile bedensel bütünlüğün ihlalinde, ihlalin türü ve ağırlığı önem

¹²³⁷ Atlan, 2015, s.125;Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.556;Doğramacı, **a.g.e.**, s.250.

¹²³⁸ Erlüle, **Kusur**, s.431; Doğramacı, **a.g.e.**, s.250.

¹²³⁹ Tazminata karar verilebilmesi için öncelikle zararın tespit edilmesi gerekli olup tazminat ikinci aşamada belirlenir. Nomer, Maddi Tazminatın Belirlenmesi, s.1,63; TOPUZ’a göre zararın belirlenmesi ile tazminatın belirlenmesi iki ayrı aşama olup öncelikle meydana gelen maddi zarar fark ve somut zarar teorilerine göre belirlenmeli daha sonra tazminat miktarını etkileyen zarar verenin kusurunun derecesi, zarar görenin müterafik kusuru gibi sebepler ikinci aşama olan tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır. Topuz, **Maddi Zarar**, s.234-235; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, dpnt.430, s.557-558.

kazanırken ölüm halinde ölenin yakınlarının ölen kişi ile arasında ki ilişkinin yakınlık derecesi, yoğunluğu, ölen kişi ile aynı evi paylaşp paylaşmadığı gibi hususlar göz önünde tutularak benzer tüm ihlallerde uygulama alanı bulabilecek taban bir manevi tazminat tutarının tespiti imkanı yaratılacaktır¹²⁴⁰.

İkinci aşama olan tazminatın belirlenmesi aşamasında ise taban tazminat, somut olayın özellikleri dikkate alınarak gerçekleşmesi beklenen ortalama manevi zarardan sapıldığı ölçüde arttırılacak veya indirilecektir¹²⁴¹.

Manevi tazminatın belirlenmesinde iki aşamalı yöntemi özetleyecek olursak ilk aşamada objektif kriterler kapsamında manevi zararın kapsamı yani taban manevi tazminat belirlenmekte ilk aşamayı takip eden ikinci aşamada ise taban tazminat, somut olayın özellikleri dikkate alınarak gerçekleşmesi beklenen ortalama manevi zarardan sapıldığı ölçüde arttırılmakta veya indirilmekte ve bu şekilde manevi tazminat miktarı tespit edilmektedir¹²⁴².

İki aşamalı yöntem İsviçre Hukuku doktrin ve uygulamasında büyük ölçüde kabul edilmekte ve uygulanmaktadır¹²⁴³. Ancak ilk aşamayı oluşturan taban tazminatın tespitinde dikkate alınacak objektif kriterlerin belirlenmesi ve manevi tazminat tutarının tespitinde dikkate alınacak olgulara yüklenecek anlama ilişkin tartışmalar halihazırda devam etmektedir¹²⁴⁴.

C. Diğer Yöntemler

1. Tarife Yöntemi

Bu yöntemde bir manevi tazminat tarifesi mevcut olmakta ve hakim bu tarife uyarınca karar vermektedir. Özellikle kişi hürriyetinin kısıtlanmasından ve vücut

¹²⁴⁰ Atlan, 2015, s.126; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.311-312; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.558-559; Doğramacı, **a.g.e.**, s.253.

¹²⁴¹ Atlan, 2015, s.125; Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.92; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.559; Doğramacı, **a.g.e.**, s.253.

¹²⁴² Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.560.

¹²⁴³ Atlan, 2015, s.134 vd.; Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.91vd.; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.557; Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.311; ; Doğramacı, **a.g.e.**, s.253.

¹²⁴⁴ Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.91-96; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.560.

bütünlüğünün ihlalden doğan manevi zararların değerlendirilmesi ve tespiti açısından uygun bir yöntem olarak görünmektedir¹²⁴⁵.

Bu yöntemin kullanıldığı ülkelere Fransa, İspanya, İsveç ve İtalya örnek olarak verilebilir. İsviçre¹²⁴⁶, Almanya, Avusturya ve İngiltere’de ise bu yöntem kullanılmamaktadır. Manevi tazminat miktarının tayininde kullanılan tarifeler tazminat miktarı ve belirleme yöntemleri açısından ülkeden ülkeye değişmekte daha çok ölüm, yaralanma ve vücut bütünlüğünün ihlali durumlarında kullanılmaktadır¹²⁴⁷.

Alanında uzman bilirkişiler tarafından hazırlanan ve çoğu ülkede kanun ekinde de yer alan bu tarifelerin benzer durumlar açısından yol gösterici niteliği olsa dahi bir takım sorunlara da yol açmaktadır. Tablolarda yeterli ayrıntı olmaması, karşılaştırılabilir olayların azlığı, tarifelerin çoğu kez eski olması ve tabloların değişen şartlar ölçüsünde güncellenmemesi, paranın satın alma gücünün yıllar içinde kaybı gibi sebeplerle bu yöntem eleştiri konusu olmakta¹²⁴⁸ ve hakkaniyete uygun düşmeyeceği gerekçesi ile Türk Hukuku açısından kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür¹²⁴⁹.

2. Emsal Kararlar İle Karşılaştırma Yolu ile Manevi Tazminat Miktarının Tespiti Yöntemi

İngiliz Hukuk Sisteminde emsal kararların bağlayıcılığı 17. yy’dan itibaren dikkate alınmaya başlanmış olup¹²⁵⁰ ve içtihat hukuku İngiliz Hukuk Sisteminin temel yapı taşı niteliğinde kabul edilerek açılan her yeni dava da bu sistemi ayakta tutan yeni bir sütun olarak öngörülmektedir¹²⁵¹.

¹²⁴⁵ Atlan, 2015, s.109; Doğramacı, a.g.e., s.250.

¹²⁴⁶ İsviçre Federal Mahkemesi manevi tazminat konusunda şematik bir tarifenin esas alınmasını kabul etmemekte ve manevi tazminat miktarının hakkaniyet esası uyarınca tespit edilmesini öngörmektedir. Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.309-310; Doğramacı, a.g.e., s.251.

¹²⁴⁷ Atlan, 2015, s.109; Doğramacı, a.g.e., s.250; Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.88.

¹²⁴⁸ Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.89; Doğramacı, a.g.e., s.251.

¹²⁴⁹ Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.90; Doğramacı, a.g.e., s.251.

¹²⁵⁰ Edward King/Joseph Hawley, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:16, S:1, 1959,s.191; Doğramacı, a.g.e., s.252.

¹²⁵¹ King/Hawley, a.g.m.,s.190; Doğramacı, a.g.e., s.252.

Emsal mahkeme kararları yöntemi özellikle İsviçre hukukunda manevi tazminatın belirlenmesinde önemli bir kaynak olup düzenli olarak yayınlanan bu kararlar hâkime yol göstermekte ve benzer olaylarda benzer kararlar verilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır¹²⁵². İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi karşılaştırma için kullanılan içtihatların çok eski olmaması ve yirmi beş yılı aşan mahkeme kararlarının sınırlı olarak dikkate alınması gerektiği görüşündedir¹²⁵³.

Manevi tazminatın miktarının tespitinin belirli bir tarifeyle bağlanması hakime yol gösterici nitelikte olmakla birlikte¹²⁵⁴ Türk hukukunda bu konuda yapılmış bir çalışma olmaması, yayınlanmış mahkeme kararlarından konunun niteliği ve tazminat miktarı konusunda yararlanma imkanının sınırlı olması, kişilik hakkının gelişen nitelikte bir hak olması ve emsal kararlar ile bağlı kalınmasının bu yöndeki gelişimi olumsuz etkileyeceği, olaylar arasında tam bir benzerlik bulunmasının mümkün olmaması, hâkimin emsal kararı nasıl uygulayacağına dair açık düzenlemelerin olmaması ve bunun keyfiliğe yol açabileceği gibi sebeplerle bu yöntem eleştirilmiştir¹²⁵⁵.

3. Türk Hukuku Açısından Manevi Tazminat Miktarının Tespitinde Kullanılan Yöntem

Türk Hukuk uygulamasında manevi tazminatın miktarının tespitinde bir ölçü bulunmamaktadır¹²⁵⁶. Türk hukukunda hükmedilen manevi tazminat miktarları Avrupa ülkeleri ile kıyaslanamayacak ölçüde düşük olduğu gibi benzer olaylarda hükmedilen manevi tazminat tutarları arasında da önemli farklılıklar göze çarpmaktadır¹²⁵⁷. Bu durumun sebebi olarak bazı yazarlar manevi tazminatın belirlenmesinde hâkime tanınmış olan geniş takdir yetkisi olduğunu¹²⁵⁸, bazı yazarlara göre ise manevi tazminat talep eden kişilerin ne kadar bir miktar manevi

¹²⁵² Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.308-309; Doğramacı, **a.g.e.**, s.252.

¹²⁵³ Doğramacı, **a.g.e.**, s.252.

¹²⁵⁴ Ertaş, **Manevi Tazminat**, ss.106-107.

¹²⁵⁵ Çelik, **Tazminat ve Alacak Davaları**, s.100; Doğramacı, **a.g.e.**, s.252-253.

¹²⁵⁶ Çelik, **Tazminat ve Alacak Davaları**, s.100.

¹²⁵⁷ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.560; Doğramacı, **a.g.e.**, s.254.

¹²⁵⁸ Ertaş, **Manevi Tazminat**, s.107; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.561.

tazminat isteyeceklerini bilemediklerinden bu yönde ki taleplerini herhangi bir hesap veya ölçüye dayandıramamaları olarak¹²⁵⁹ göstermektedirler.

Yargıtay'ın 22.06.1966 tarihli İçtihadı birleştirme kararında yer alan manevi tazminata duyulan elem ve ızdırabı dindirecek ve zarar görende bir tatmin duygusu yaratacak miktarda hükmedilmesi gerektiği şeklindeki ifadeler de soyut kalmakta yol gösterici nitelikte olmamakta bu nedenle de Yargıtay dairelerinin kararları arasında önemli farklar ortaya çıkmakta, manevi tazminatın amacının tatmin fonksiyonu ile açıklanmasına yol açmaktadır¹²⁶⁰.

Doktrinde bazı yazarlar manevi tazminat talepleri açısından hâkimin takdir yetkisinin objektif ölçülere bağlı bir sistemin geliştirilmesini önermekte bu sayede hakimlerin takdir yetkisini kullanmadaki farklılıkların giderilmesinin sağlanacağını¹²⁶¹ ifade etmektedirler. Ancak ERTAŞ'a göre benzer olsa bile ihlale konu olayların tam olarak aynı olması mümkün olmayacağından manevi tazminat miktarlarının ne ihlale maruz kalan kişisel değerin türü ve ihlalin kapsamına göre önceden belli yasal manevi tazminat meblağına ne de içtihatlar yolu ile bir tarife listesine bağlanması mümkün olmayacaktır¹²⁶². ANTALYA ise manevi zararın tespitinde ve manevi tazminatın hesaplanmasında iki aşamalı yöntemin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁶³. İhlal edilen kişisel değerin nitelik ve özelliği, ağırlığı, somut olayın özellikleri ve diğer objektif unsurlar dikkate alınarak önce temel manevi zarar miktarı belirlenmeli¹²⁶⁴ ikinci aşamada ise kişisel değerin ihlalinin zarar gören üzerindeki etkisi bu bağlamda zarar görenin psikolojik olarak duyduğu acı, elem ızdırıp dikkate alınarak tazminat miktarı artırılacaktır¹²⁶⁵. Manevi zarar bu şekilde tespit edildikten sonra manevi tazminatın hesaplanması aşamasına geçilecek ve zarar

¹²⁵⁹ Çelik Ahmet Çelik, **Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı**, 1. Bası, İstanbul 2006, s.49;Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.561.

¹²⁶⁰ Çelik, manevi tazminatın maddi tazminat benzeri bir yöntemle bir değer birimi üzerinden hesaplanması ve hesaplama yapılırken TBK'da yer alan indirim sebeplerinin gözetilmesini, hakim de hesaplama sonucunu bakarak ve Kanunda yer alan özel durumları da dikkate almak suretiyle manevi tazminat miktarını belirlemesi gerektiğini savunmaktadır Çelik Ahmet Çelik, **Kazanç Kavramı**, s.50; Erlüle, **Bedensel bütünlüğün İhlali**, s.561.

¹²⁶¹ Ertas, **Manevi Tazminat**, s.107; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.561; Doğramacı, **a.g.e.**, s.254.

¹²⁶² Ertas, **Manevi Tazminat**, s.107; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.562-563.

¹²⁶³ Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.95-96; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.563.

¹²⁶⁴ Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.96; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.563.

¹²⁶⁵ Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.96; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.563.

veren kusur sorumluluğu kapsamında sorumlu ise kusur ve kusurun ağırlığı, kusursuz sorumluluk kapsamında sorumlu ise ek kusur durumu, borca aykırılık varsa bu aykırılığın niteliği ve ağırlığı dikkate alınarak manevi tazminat miktarı artırılacaktır¹²⁶⁶.

V. TIBBİ HATA SEBEBİ İLE MANEVİ TAZMİNATA İLİŞKİN BAZI SONUÇLAR VE ZAMANAŞIMI

A. Manevi Tazminat Talebinin Devri Ve Mirasçılara Geçmesi

1. Manevi Tazminat Talebinin Mirasçılara Geçmesi

Manevi tazminat talebinin devri ve mirasçılara geçmesi hususunda pozitif hukukta yer alan tek yasal düzenleme Türk Medeni Kanunu’nun 25. maddesinin IV. fıkrası teşkil etmektedir¹²⁶⁷. Bu madde uyarınca; “*Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.*”

Türk hukuk doktrininde manevi tazminat talebinin mirasçılara geçmesi hususunda üç farklı görüş ileri sürülmüştür. Manevi zararı subjektif olarak kabul eden ve manevi tazminatın amacını tatmin ve denkleştirme fonksiyonu olarak öngören birinci görüşe göre manevi tazminat talebi kişiye sıkı surette bağlı haklardan olup¹²⁶⁸ manevi tazminat hakkı ile zarar görenin ihlal neticesinde yaşadığı acı, elem ve ızdırabın giderilmesi amaçlandığından manevi tazminat talebinin mirasçılara geçtiğinin kabul edilmesi halinde manevi tazminatın tatmin ve denkleştirme fonksiyonun gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır. Bu görüşe göre manevi zararın olmazsa olmaz subjektif unsurunu oluşturan acı, elem, üzüntü gibi bizzat ihlale maruz kalan zarar gören tarafından hissedilen duyguların karşılığını oluşturan manevi tazminat talebi miras yolu ile geçmez¹²⁶⁹.

¹²⁶⁶ Keskin, **Objektif Manevi Zarar**, s.315; Antalya, **Manevi Tazminatın Hesaplanması**, s.96; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.563; Doğramacı, **a.g.e.**, s.255.

¹²⁶⁷ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.565.

¹²⁶⁸ Franko, **Manevi Zarar**, s.213 vd.;Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.689; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.566.

¹²⁶⁹Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.567.

Başka bir görüşe göre manevi tazminat talebi bir malvarlığı hakkı, bir alacak hakkı olup herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın zarar gören tarafından üçüncü bir kişiye devredilebilir ve mirasçılara geçebilir¹²⁷⁰. Bunun için zarar görenin ölmeden önce manevi tazminat davası açarak bu yöndeki dava açma iradesini göstermiş olması da şart değildir¹²⁷¹.

Doktrinde ileri sürülen üçüncü ve karma nitelikteki görüşe göre manevi tazminat talebinin mirasçılara geçebilmesi için zarar görenin ölmeden önce manevi tazminat talebi ile ilgili iradesini dava açarak veya dava açma yönünde bir avukata vekalet vererek açıklamış olması gerekmektedir. Zira bu görüşe göre ancak bu halde manevi zarar malvarlıksal bir niteliğe bürünerek alacak hakkına dönüşecektir. Zarar görenin ölmeden önce zarar verenin manevi tazminat borcunu ödemeyi kabul etmesi halinde de zarar görenin manevi tazminat talebine ilişkin iradesini açıklamış olduğu kabul edilir¹²⁷².

Türk Medeni Kanunu'nun m.25/IV düzenlemesi uyarınca manevi tazminat talebinin mirasçılara intikal edebilmesi için miras bırakan tarafından hayatta iken ileri sürülmüş olması gerekmekte olup¹²⁷³ kanunun düzenlemesi karma yani üçüncü görüş ile uyumlu olmaktadır¹²⁷⁴. Bununla birlikte ileri sürme dava yolu ile olması şart olmayıp örneğin bu hususta muhataba bir ihtarname çekilmesi veya bir arkadaş toplantısı esnasında manevi tazminat talebinde bulunulacağının ifade edilmesi vb. şekilde açıklanması yeterli olacaktır¹²⁷⁵. Yargıtay'da kararlarında karma görüşü

¹²⁷⁰ Kırca, **a.g.m.**,s.261-26; Rona Serozan, **Kişiyi Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçılara Geçebilirliği**, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2005, s.559-561; Rona Serozan, **Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali**, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s.279 vd; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.567.

¹²⁷¹ Serozan'a göre manevi tazminat günümüzde bir sosyal yardım, telafi parasına dönüşmüş olup adeta maddi tazminatın bir düzelticisi, tamamlayıcısı görüntüsü vermektedir. Yazara göre manevi tazminat talebi diğer malvarlığı haklarından farklı bir şekilde değerlendirmemelidir. Bunun en belirgin işareti olarak da manevi tazminatın sorumluluk sigortası kapsamına alınarak gerek sorumluluk hukukunda gerekse sigorta hukukunda maddi tazminata özgü işlevler yüklenmesini göstermektedir. Serozan, **Manevi Hakların Mirasçılara Geçebilirliği**, s.560; Serozan, **Manevi Tazminatın Mirasçılara İntikali**, s.281, Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.567-568.

¹²⁷² Tandoğan, **Mesuliyet**, s.334; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.569; Manevi tazminat talebinin mutlaka dava yolu ile sürülmüş olması gerekmemekte bu iradeyi ortaya koyan ve ispatlayan herhangi bir husus yeterli olmaktadır. Dural/Öğüz, **a.g.e.**,s.165.

¹²⁷³ Halil Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, 2004, s.88; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.571.

¹²⁷⁴ Aksi görüş için bkz. Serozan, **Manevi Hakların Mirasçılara Geçebilirliği**, s.561.

¹²⁷⁵ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.571.

benimsemiş ve zarar gören ölmeden önce dava açmış veya dava açma iradesini açıklamış ise manevi tazminat isteme hakkının mirasçılara geçeceğini ve mirasçıların açılmış olan davaya devam edebileceklerini kabul etmektedir¹²⁷⁶.

Bizim katıldığımız görüş ise manevi tazminat talebini malvarlıksal nitelikte bir alacak hakkı olan görüştür. Zira bu talebin sebebini kişiye sıkı surette bağlı kişisel değer ihlal edilmesi oluşturmakla birlikte talebin konusunu ise bir miktar paranın ödenmesi oluşturmaktadır. İsviçre Hukukunda gerek doktrin gerekse İsviçre Federal Mahkemesi manevi tazminat talebini malvarlıksal bir hak olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi manevi tazminat talebinin mirasçılara geçebilmesi için miras bırakanın ölmeden önce bu yöndeki iradesini açıklamış olmasını aramaktadır¹²⁷⁷.

2. Manevi Tazminat Talebinin Devri

Manevi tazminat talebinin kişiye sıkı surette bir hak olduğunu kabul eden görüşe göre manevi tazminat talebi üçüncü kişilere devredilemez¹²⁷⁸. Manevi tazminat talebinin malvarlıksal bir hak olduğunu kabul eden görüşe göre ise bu talep herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın mirasçılara geçebileceği gibi üçüncü kişilere de devredilebilir. Bu görüşe göre manevi tazminat talebinin sebebini kişiye sıkı surette bağlı olan hakkın, kişisel değer ihlal edilmesi, talebin konusunu ise belli bir para oluşturmaktadır¹²⁷⁹.

Doktrinde savunulan karma ve üçüncü görüşe göre zarar gören alacak hakkını devretmesi veya alacak hakkını devretmek için bir kimseye yetki vermesi veya zarar

¹²⁷⁶ Yargıtay 21. HD'nin 22.02.2007 tarih ve 18030 esas /2541 karar kararı ile Yargıtay 4. HD'nin 02.06.1994 tarih ve 1898 esas /5093 karar sayılı kararları, Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.571-572, dpnt. 25 ve 26.

¹²⁷⁷ Alman Hukukunda 01.07.1990 tarihinde yapılan değişiklik ile birlikte manevi tazminat talebinin diğer malvarlığı haklarında olduğu gibi herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın mirasçılara geçebileceği, üçüncü kişilere devredilebileceği hatta haczedilebileceği kabul edilmiştir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.569-570.

¹²⁷⁸ Saymen, **a.g.e.**,s.218; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.246; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.572.

¹²⁷⁹ Serozan'a göre manevi tazminatın devrinde getirine kanuni sınırlama tutarsız ve şaşırtıcıdır ve revizyona ihtiyacı vardır. Serozan, **Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım**, s.94; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.572.

verenin tazminat ödeme teklifini kabul ederek tazminat talebini devretme iradesini açılmış olması halinde ise manevi tazminat talebini üçüncü kişilere devredebilir¹²⁸⁰.

Türk hukukunda Türk Medeni Kanunu madde 25/IV’de yer alan kanuni düzenleme uyarınca manevi tazminat talebi karşı taraf kabul etmediği müddetçe devredilemez. İsviçre doktrinde ve uygulamasında manevi tazminat talebi malvarlıksal bir hak olarak kabul edilmekte ve diğer malvarlığı talepleri gibi devredilebileceği öngörülmektedir¹²⁸¹.

B. Manevi Tazminat Talebinin Haczi

Türk hukuk doktrinde manevi tazminat talebini kişiye sıkı surette bir hak olarak kabul eden görüş bu talebin haczedilemeyeceğini kabul etmektedirler¹²⁸². Manevi tazminat talebini malvarlıksal nitelikte bir alacak hakkı olarak kabul eden görüş ise diğer alacak hakları gibi bu talebin de İcra İflas Kanunu hükümleri uyarınca ve bir kanun hükmü açıkça yasaklamadıkça haczedilebileceği görüşündedir. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre manevi tazminat alacağı zarar veren kişi tarafından kabul edilmiş veya bir mahkeme ilamına bağlanmış ise haczedilebilir; ikrar veya manevi tazminat miktarını tespit eden mahkeme ilamı mevcut değilse bu durumda manevi tazminat alacağının haczinin kabulü alacaklıların borçlunun kişisel alanına girmesi ve ona ait olan manevi tazminat hakkını elde etmesi demek olacağından haczedilmesi mümkün değildir¹²⁸³.

C. Manevi Tazminat Taleplerinde Zamanaşımı Süresi

1. Genel Olarak

Manevi tazminat taleplerinde zamanaşımı süresi 6098 s. Borçlar Kanunu madde 72’de düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca; *“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak,*

¹²⁸⁰ Tandoğan, **Mesuliyet**, s.335; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.573.

¹²⁸¹ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.574.

¹²⁸² Franko, **Manevi Zarar**, s.222;Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.574-575.

¹²⁸³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**,s.692.

tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.”

Kanun koyucu her ne kadar manevi tazminat talepleri için genel zamanaşımı süresinden farklı bir düzenleme yapmışsa da zamanaşımının durması ve kesilmesinde genel hükümler uygulanacaktır¹²⁸⁴.

6098 s. Türk Borçlar Kanunu madde 72’de iki yıl, on yıl ve ceza zamanaşımı süresi olmak üzere üç çeşit zamanaşımı süresi düzenlenmiştir.

2. İki yıllık Kısa Zamanaşımı süresi

Manevi tazminat talebi zarar görenin zararı ve tazminat sorumlusunu öğrendiği tarihten itibaren iki yıl geçmesi ile zamanaşımına uğrar. Zararın öğrenilmesi ile kast edilen tazminatın tespitine yönelik tüm ayrıntılar değil; zararın varlığı, niteliği, temel unsurları ile ilgili bilgilerin öğrenilmiş olmasıdır.¹²⁸⁵.

Yargıtay, bedensel bütünlüğün ihlalden doğan zararlarda tıbbi tedavi sonucunda düzenlenen hekim veya bilirkişi raporu ile zarar belli olacağından iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcını da bu raporların alınmasından itibaren başlayacağı yönünde karar vermektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.06.2002 tarihinde verdiği bir kararında, “...Davacının “zararı ıtıla”diğer bir deyimle zararı öğrenme tarihinin Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesi’nin maluliyet oranına ilişkin raporunun düzenlendiği 31.01.1997 tarihi olduğunu kabul etmek ve buna göre zamanaşımı süresini hesaplamak gerekir.”¹²⁸⁶” demek suretiyle bu hususu özellikle vurgulamaktadır.

İki yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için zarar görenin zararı öğrenmesine ek olarak zarar veren kişiye bilmesi gereklidir. Kusur sorumluluğunda bu kişi fail, sebep sorumluluğunda ise kanunun kendisini tazminat ödemek ile sorumlu

¹²⁸⁴ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.576.

¹²⁸⁵ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.576.

¹²⁸⁶ Yargıtay HGK’nun 05.06.2002 tarih ve 4-470/477 esas ve karar sayılı kararı, aynı yönde Yargıtay HGK 09.07.2003 tarih ve 4-463/471 esas ve karar sayılı kararı, Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.578, dpnt, 49.

kıldığı fiili gerçekleştiren kişidir¹²⁸⁷. Zarar veren kişinin kimliği tam olarak tespit edilemiyorsa açılacak dava husumet yönünden ret olacaktır.

3. On Yıllık Zamanaşımı Süresi

Manevi tazminat talebi her halükarda fiilin işlendiği tarihten itibaren on yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar. Bu zamanaşımı süresi açısından önemli olan haksız fiilin işlendiği tarihtir. Haksız fiilin işlendiği tarih ile zarara neden olan fiilin tamamlandığı tarih anlaşılmalıdır¹²⁸⁸.

Nükleer santralde patlama neticesinde sızan radyasyonun etkilerinin 20 yıl sonra kanser vb. rahatsızlıklara yol açması, bir ilacın etkisinin yıllar sonra ortaya çıkması, kömür veya taş tozlarının solunum yolu ile akciğerde meydana getirdiği rahatsızlığın yine yıllar sonra ortaya çıkması, bir deprem felaketi neticesinde yaşanan ölüm, bedensel ve psikolojik rahatsızlıkların zaman içinde başka zararları da ortaya çıkarması¹²⁸⁹ örneklerinde olduğu gibi zarar verici fiilin gerçekleştiği tarih ile zararın gerçekleşmesi arasında on yıldan fazla bir süre geçmiş olabilir. Bu halde zamanaşımının gerçekleştiği ileri sürülerek zarar görenin dava hakkının elinden alınması hakkaniyete aykırı olacağı kanaati ile Yargıtay zarar verici fiilin tamamlanma anının ancak zararın doğduğu an itibari ile olacağını ve zamanaşımı

¹²⁸⁷ Serdar Nart, “Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Ankara 2011, s.235; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.579.

¹²⁸⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s.72; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.576-577.

¹²⁸⁹ Yargıtay 4.HD’nin 11.12.2001 tarih ve 2001/8406 E., 2001/12825 K. sayılı kararında zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için hakkın talep edilebilir hale gelmesi gerektiği, zamanaşımını süresinin yaşanan deprem nedeni ile harekete geçebilecek konumda bulunmayan kişi aleyhine işleyemeyeceği, zararın deprem neticesinde meydana geldiği, hukuka aykırı eylem yani deprem nedeniyle yıkılan binanın imar yönetmeliğine aykırı olarak yapılması hali mevcut olmakla birlikte zarar gerçekleşmemişse, zamanaşımı süresinin başlamasının söz konusu olmayacağı ve imar yönetmeliğine aykırı bina yapım tarihinde zarar doğmadığından, davacı açısından o tarihte bir talep hakkı da olmayacağı, tazminat talep hakkının doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması, hakkın istenmesini olanaksız olduğu yönünde karar vermiştir. Yargıtay 4. HD’nin 29.04.2003 tarih ve 2002/12847 E., 2003/5544 K., 13.5.2002 tarih ve 2002/4491 E., 2002/5701 K. sayılı kararlarında da aynı görüş mevcuttur. Veysel Başpınar/ Mehmet Altunkaya, **Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008, Cilt:57, Sayı:1, ss.95-131, s.115-116.

süresinin de bu tarihten itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmektedir¹²⁹⁰. Türk Hukuk Doktrinde, Yargıtay'ın bu yöndeki yaklaşımı, zararın tekliği ilkesine aykırı olması, zarar verici fiil uzun süre devam eden nitelikte ise on yıllık zamanaşımı süresinin zarar verici fiilin sona erdiği tarihten itibaren başlayacağı şeklinde ileri sürülen sebeplerle eleştiri konusu olmuştur¹²⁹¹. Danıştay ise deprem sonrasında idarenin hizmetlerinin geç veya hiç işlememesinden kaynaklı manevi zarar sebebi ile açılan manevi tazminat davalarında davaların süresinde açılmaması sebebi ile idare mahkemeleri tarafından verilen red kararlarını hukuka uygun bulmamakta, dava açma süresinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 12 inci maddesine göre hesaplanmasının dava açma hakkını zedeleyen zorlama bir yorum olacağı kanaati ile dava açma süresinin başlangıcı olarak davacıların zarara neden olan eylemleri öğrendikleri tarihin esas alınması ve davanın süresi içerisinde açılıp açılmadığının bu şekilde tespit edilmesigerektiği yönünde görüş bildirmektedir¹²⁹².

4. Ceza Zamanaşımı Süresi

Manevi tazminat talebi ceza kanunun iki veya on yıllık zamanaşımı süresinden daha uzun bir zamanaşımı süresini gerektiren cezayı gerektiren bir fiilden

¹²⁹⁰ Yargıtay HGK'nun 21.04.1999 tarih ve 1-222/226 esas ve karar sayılı kararı, Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.580, dpnt,53.

¹²⁹¹ Nart, **a.g.m.**,s.236; İsviçre Federal Mahkemesi'nde zarar verici fiilin devam ettiği hallerde on yıllık zamanaşımı süresinin bu fiilin sona erdiği tarihten itibaren başlayacağı görüşündedir. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.581.

¹²⁹² Danıştay 11. HD'nin 30.04.2004 tarih ve 2001/4552 E., 2004/2026 K. sayılı kararında; "*Olayda davacıların, depremde yakınlarını kaybetmeleri nedeniyle uğradıklarını ileri sürdükleri manevi zararı, davalı idarenin deprem sonrasında yapması gereken kurtarma faaliyetlerinin ve koordinasyon çalışmalarının yetersizliğine dayandırdıkları, dolayısıyla manevi zarar, söz konusu hizmetlerin geç veya hiç işlememesi şeklinde oluşan fiil ve hareketlerle somutlaştığından, bu şekilde oluştuğu ileri sürülen zararın idari işlemlerden değil, idari eylemlerden kaynaklandığı sonucuna ulaşılmaktadır. Durum böyle olunca, olayda idarenin hareketsizliği söz konusu olmakta ve böylelikle öğretide de kabul edildiği gibi, idarenin bu hareketsizliğinin "olumsuz eylem" olarak kabulü gerekmektedir. Bu durumda, uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın, idarenin olumsuz eyleminden kaynaklandığı sonucuna ulaşıldığından davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.*" Danıştay 6.HD'nin 30.12.2006 tarih ve 2006/931 E., 2006/6661 K. ve Danıştay 10. HD'nin 28.5.2007 Tarih ve 2005/9126 E., 2007/3069 K.sayılı kararlarında, idari işlem ve idari eylemlerin birlikte hak ihlaline neden olması halinde, dava açma süresinin nasıl hesaplanacağı yönünde kanunda bir düzenleme olmadığı bu konuda bir boşluk olduğu, birbirinden ayrılması mümkün olmayan idari işlemler ve idari eylemler in bir hak ihlaline neden olması halinde dava açma süresinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 12 inci maddesine göre hesaplanmasının dava açma hakkını zedeleyen zorlama bir yorum olacağı, bu sebeple davacıların zarara neden olan eylemleri öğrendikleri tarih esas alınmak suretiyle davanın süresi içerisinde açılıp açılmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Çelik Ahmet Çelik, <http://www.tazminathukuku.com/deprem-zararlari-nedeniyle-tazminat-davalari.htm>, s.4,29.

doğmuş olması halinde tazminat davasında daha uzun olan ceza zamanaşımı süresi uygulanır. Bunun için zarar verici fiilin hem suç teşkil etmesi hem de bu fiil için Ceza Kanununda daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüş olması gerekmektedir. Ceza zamanaşımı süresinin geçerli olduğu hallerde zamanaşımı süresi zarar verici suç teşkil eden fiilin işlendiğitarihten itibaren işlemeye başlar¹²⁹³.

Ceza zamanaşımı süresi iki yıllık süreden uzun on yıllık süreden az ise sadece iki yıllık süreyi etkiler ve onu uzatır. Bununla birlikte ceza zamanaşımı süresi on yıldan fazla ise hem iki yıllık hem on yıllık süreyi etkiler¹²⁹⁴.

VI. TIBBİ HATANIN SEBEP OLDUĞU ÖLÜM VEYA BEDENSEL ZARAR NEDENİ İLE MANEVİ TAZMİNAT TALEP EDEBİLECEK KİŞİLER

A. Bedensel Zarar Ve Ruhsal Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat Talep Edebilecek Olanlar

Beden bütünlüğü kavramı fiziksel bütünlük yanında kişini ruhsal bütünlüğünü de içine almakta bu şekli ile 6098 s. TBK madde 56 kişinin ruhsal bütünlüğünü de korucu bir niteliğe sahip olmaktadır.

1. Ruhsal Bütünlüğü Zarar Gören Kişinin Manevi Tazminat Talep Hakkı

Genel yasal düzenlemeler uyarınca da haksız fiil sebebi ile fiziksel olarak zarar gören yani yaralanan kişi manevi tazminat talep edebilir. 6098 s. TBK madde 56 uyarınca bedensel bütünlüğü zedelenen kişini manevi tazminat talep etmek hakkı mevcuttur¹²⁹⁵.

¹²⁹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**,s.725; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.582.

¹²⁹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**,s.725; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s.582.

¹²⁹⁵ Narter, **Manevi Tazminat**, s.346; İş kazası ve meslek hastalığı sebebi ile işçinin bedeninde meydana gelen bozulmalar, özürler, anatomik değişme ve bozulmalar işçinin psikolojik dengesini bozacağı ve ruhsal bütünlüğünü etkileyeceğinden bu gibi durumlarda işçinin manevi zarara uğradığı açıktır. İşçi bu manevi zararını işveren veya sorumlu diğer 3.kişilerden talep edebilir. Manevi tazminat hükmedilebilmesi için maddi tazminatta olduğu gibi işçinin belirli bir maluliyete sahip olması gerekmemektedir. İşçinin maluliyet derecesi sıfır bile manevi tazminata hükmedilebilir. Özlem Bal,

2. Ağır Bedensel Zarar Gören Kişinin Yakınlarının Manevi Tazminat Hakkı

6098 s.TBK madde 56 fıkra 2 uyarınca ağır bir bedensel zarar veya ölüm söz konusu ise zarar görenin veya ölenin yakınlarının manevi tazminat talep etme hakkı mevcut olup bu halde manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.

Soyut bir kavram olarak yakınları kavramının kapsamına kimlerin dahil olacağı hususu sadece Türk-İsviçre Hukuku yönünden değil Kıta-Avrupası Hukuku¹²⁹⁶ yönünden de belirsizliğini kormakta ve bazı yazarlar tarafından bu kavram katı bir şekilde bazı yazarlar tarafından ise daha esnek bir şekilde tanımlanmaktadır¹²⁹⁷.

6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda yakın kavramına, ölen veya bedensel zarara uğrayan kişi ile arasında düzenli ve yoğun bir ilişki içerisinde olan ve yaşanan vahim olay sebebi ile ağır bir acı hisseden kişilerin dahil olduğu ifade edilmiştir¹²⁹⁸. Türk Hukuk Doktrininde yakınları kavramının kapsamında ölenin veya bedensel zarar gören kişinin yakın ilişki içinde olduğu eşi, çocukları, annesi, babası, kardeşleri, ölenle veya bedensel zarar gören kişi ile birarada yaşama şartı ile hala, teyze, amca, dayı gibi akrabası, ölenin veya bedensel zarar gören kişinin nişanlısı, öleni veya bedensel zarar gören kişiyi derin bir sevgi ile gözetken veya ölen veya bedensel zarar gören kişi tarafından derin bir sevgi ile gözetilen yakın arkadaşı veya dostunun olduğu kabul

Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.114-115; Güneren, **a.g.e.**, s.1313; Yargıtay HGK'nun 08.10.2003 tarih ve 2003/21-500-541 sayılı kararı, Aktaran: Narter, **Manevi Tazminat**, s.346.

¹²⁹⁶ Alman hukukunda yakınları kavramına dahil olacaklar değerlendirilirken her somut olayın özelliği ayrı ayrı değerlendirilerek esnek bir yaklaşımla ölen veya bedensel zarar gören kişi ile fiilen var olan yakın ilişkiden hareket edilmekte, Avusturya Hukukunda yakınları kavramına eş, çocuk, anne, babadan oluşan çekirdek aile yanında nişanlı olunan veya fiili birliktelik yaşanan kişi, koruyucu aile, koruyucu ailenin bakımını üstlendiği çocuk ve şartları mevcutsauzak akrabalar da dahil edilmiş, İsviçre Hukukunda ölen veya bedensel zarar gören kişi ile arasında gerçek bir duygusal, yakın bağın mevcudiyeti ile ölüm veya zarar verici olaydan ağır bir şekilde etkilenmiş olmak aranmaktadır. Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 300-317.

¹²⁹⁷ Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 296.

¹²⁹⁸ Antalya, 6098 Sayılı Türk boçlar Kanunu, s.112; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 321.

edilmektedir¹²⁹⁹. Ölenle veya bedensel zarar gören kişi ile ilişkileri seyrekleşmiş akrabalar, yakın kapsamında kabul edilmemektedir¹³⁰⁰. Ölenin evlilik dışı birliktelik yaşadığı kişinin yakınları kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ise tartışmalıdır¹³⁰¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.11.1970 tarih ve 967/645 sayılı kararında iyiniyete dayanan ve devamlılık arz eden ve müşterek çocuk da bulunan aynı köy içinde karı-koca şeklinde bir yaşam süren davacı kadının manevi tazminat isteme hakkının olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay zarar verenin fiili ile davacının (bedensel bütünlüğü ağır zarar görenin veya ölenin anne, baba, karı, koca çocuk gibi yakınlarının) ruh sağlığının bozulması arasında uygun illiyet bağının mevcudiyeti halinde bedensel bütünlüğü ağır zarar görenin veya ölenin anne, baba, karı, koca çocuk gibi yakınlarının manevi tazminat taleplerini kabul etmektedir. Bedensel bütünlüğün zedelenmesi sebebi ile zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talep edilebilmesi için zararın ağır olması şarttır¹³⁰².

B. Ölüm Sebebi ile Manevi Tazminat Talep Edebilecek Olanlar

Haksız fiil sebebi ile kişi ölmüşse ölen kişinin yakınları mirasçılık sıfatından değil kanunun doğrudan doğruya kendilerine tanıdığı kişiye bağlı bir hak olarak manevi tazminat talep etme hakkına sahiptir¹³⁰³.

¹²⁹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.660; Gürsoy, **a.g.m.**, s.31; Tandoğan, **Mesuliyet**, s.335; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.281; Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 323-324; Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.90 vd.; Taman, **a.g.e.**, s.36.

¹³⁰⁰Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 324;Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, s.281.

¹³⁰¹Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.660;Gürsoy, **a.g.m.**, s.31;Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlali**, s. 323-324; Taman, **a.g.e.**, s.36.

¹³⁰² Yargıtay 21. HD'nin 12.06.2003 tarih ve 4754/5612 sayılı kararı, Aktaran: Narter, **Manevi Tazminat**, s.348, dpnt: 696.

¹³⁰³ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2013, s.388; Narter, **Manevi Tazminat**, s.349.

1. Ölen Kişinin Anne-Babasının Manevi Tazminat Talep Hakkı

Ölen kişinin kız veya erkek çocuk olması, anne-babanın başka çocuklarının olması, ölen çocuğun öz evlat olmaması manevi tazminat miktarının tayininde önem arz etmez. Anne ve baba yönünden evlat kaybının onlarda derin bir üzüntü ve acıya yol açacağı ve manevi olarak zarar gördükleri yasal olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple ölen kişinin evlat olduğu durumda anne ve babanın manevi zarara uğradıklarının ayrıca ispat edilmesine gerek yoktur¹³⁰⁴.

2. Ölen Kişinin Eşinin Manevi Tazminat Talep Hakkı

Evlilik bağı eşler arasında duygusal bir varlığın mevcudiyeti konusunda bir karine teşkil ettiğinden ölen kişinin eşinin manevi tazminat talep etme hakkı mevcuttur. Resmi bir evlilik bağı olmayan kişilerden birinin ölümü halinde sağ kalan kişi manevi bağı varlığının ispatı halinde manevi tazminat alma hakkına sahiptir. Ancak ölen kişinin eşinden uzun yıllardan beri ayrı yaşaması, açılmış bir boşanma davası sebebi¹³⁰⁵ ile taraflar arasındaki duygusal yakınlık ortadan kalkmış ise sağ kalan eşin manevi tazminat talep hakkı da olmayacaktır¹³⁰⁶.

3. Ölen Kişinin Çocuklarının Manevi Tazminat Talep Hakkı

Ölen kişinin çocuklarının ölen ile fiili ve gerçek bir yakınlık içerisinde olduğu hatta en yakını ve ailesi olduğu kural olarak kabul edilmekte ve ölen kişinin manevi tazminat talep hakkı yönünden üzüntü, elem ve acı içinde olduklarının yarıca ispatı gerekmemektedir. Ancak her olayın kendi şartları değerlendirilmeli ve ölen kişi ile

¹³⁰⁴ Narter, **Manevi Tazminat**, s.349; Orhunöz, **a.g.e.**, s.32.

¹³⁰⁵ Boşanma davası açılmış olması tek başına yeterli olmayıp taraflar arasındaki duygusal yakınlığın da ortadan kalkmış olması gerektiği ileri süren görüş de mevcuttur. Narter, **Manevi Tazminat**, s.351.

¹³⁰⁶ Süzek, **a.g.e.**, s.389; Özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu’da yerleşmiş olan örf ve adetler göz önünde alındığında taraflar yıllarca resmi bir nikah akdi olmaksızın sosyolojik kurallar sebebi ile birlikte yaşamakta ve çocuk sahibi olmaktadır. Nikâhsız eşin diğer eşin ölümü halinde ortak hayatı sürdürmeyerek yeni bir yaşama yöneleceği yönündeki varsayım ülke gerçekleri ile bağdaşmamaktadır. Bu sebeple nikâhsız eş lehine hükmedilecek tazminatta bu ve diğer çeşitli nedenlerle indirim yapılması somut hayat gerçekleri ile uyusmamaktadır. Sarper Süzek, **Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın İş Hukuku’na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara 20003, s.38-40; Bal, **Manevi Tazminat**, s.125; Narter, **Manevi tazminat**, s.351.

çocukları arasında fiili ve gerçek bir yakınlık olmadığı iddiasının ileri sürülmesi ve bunun ispat edilmesi halinde açılan manevi tazminat davasının reddine karar verilmelidir. Olay günü anne rahmine düşmüş cenin ile çok küçük çocukların da anne veya babasının ölümü sebebi ile manevi tazminat talep etme hakkı mevcuttur. Burada tazminat talebi çekilecek acıların karşılık takdir edilmektedir¹³⁰⁷.

4. Ölen Kişinin Kardeşlerinin Manevi Tazminat Talep Hakkı

Ölen kişinin kardeşlerinin de ölüm sebebi ile duydukları acı ve üzüntü nedeni ile manevi tazminat talep etme hakları vardır. Bununla birlikte kardeşlerin yaşam süreci içinde herhangi bir iletişim içinde olmaması, birbirleri ile ilgisiz ve alakasız olmaları halinde tazminat talebi reddedilebilir veya hükmedilecek tazminatta indirim yapılabilir¹³⁰⁸.

5. Ölen Kişinin Nişanlısı veya Evlatlığının Manevi Tazminat Talep Hakkı

6098 s. TBK madde 56 uyarınca ölüm nedeni ile manevi tazminat talep edebilmek için ölenle çok yakın ve samimi duygusal bir bağın olması gerekmekte ancak madde ayrıca kan veya sıhri hısımlık olma şartını aramamaktadır. Bu nedenle ölenin nişanlısı veya evlatlığının da manevi tazminat davası açma hakkı mevcuttur¹³⁰⁹.

6. Ölen Kişinin Diğer Yakınlarının Manevi Tazminat Talep Hakkı

Ölen kişinin teyze, hala, enişte, dayı, yenge, amca, kayınvalide, kayınpeder ve yeğen gibi akrabalarının manevi tazminat taleplerinin dinlenebilmesi ölen kişi

¹³⁰⁷Narter, **Manevi Tazminat**, s.351-352.

¹³⁰⁸ Süzek, **a.g.e.**, s.389; Bazı olaylarda kardeşlerin birlikte oturmaması halinde sağ kalan kardeşin manevi tazminat talebi reddedilmektedir. Yargıtay 21. HD'nin 06.03.2006 tarih ve 152/1979 sayılı kararı, Aktaran: Narter, **Manevi Tazminat**, s.352, dpnt. 718.

¹³⁰⁹ Güneren, **a.g.e.**, s.1357; Ölüm halinde sağ kalan nişanlının manevi tazminat taleplerinde ölenin kişinin nişanlısı ile aralarında duygusal bağın devam edip etmediği, nişanlanmanın evlilikle sonuçlanıp sonuçlanmayacağı hususlarının tespit edilmesi, ölüm olayının sebepsiz zenginleşme aracı halinde getirilmemesi hususunda titizlikle hareket edilmesi gerekmektedir. Orhunöz, **a.g.e.**, s.35-36; Narter, **Manevi Tazminat**, s.352-353.

aralarında gerçek bir içsel samimi duygu bağının var olduğunun ve ölüm sebebi ile bu bağdan kaynaklı derin bir üzüntü, acı ve ıstırap içinde manevi zarara uğradıklarının ispat edilmesi gerekmektedir. Yargıtay’a göre bu kişilerin ölen kişi ile sık görüşmekte olmaları veya aynı yerde oturmaları manevi tazminata hükmedilmesi için yeterli değildir¹³¹⁰. Bununla birlikte ölen kişinin akrabası olmamakla birlikte ölenin çok yakın arkadaşı gibi onunla gerçek bir samimi duygusal bağ ve yakınlık içerisinde olduğu ispat eden kişiler de manevi tazminat talebinde bulunabilirler¹³¹¹.

¹³¹⁰ Güneren, **a.g.e.**, s.1358; Yargıtay 4. HD’nin 17.11.2006 tarih ve 12490/12432 sayılı kararı, Aktaran: Narter, **Manevi Tazminat**, s.353, dpnt: 722.

¹³¹¹ Narter, **Manevi Tazminat**, s.353.

SONUÇ

Hayat ve sağlık hakkı kişinin sahip olduğu en değerli haklardır. Bu hakların mevcudiyeti diğer hakların varlığının da ön koşulu olarak kabul edilebilir. Hayat ve sağlık hakkının sağlanması açısından hekimlik mesleği bđyđk önem arz etmekte ve çağlar boyunca insanoğlunun en çok ihtiyaç duyduğu mesleklerden biri olarak kabul edilmektedir.

Hekimlik mesleği insan sağlığının bozulmasına önlemek, hastalıkları teşhis ve tedavi etmek, hastalığın yol ağtığı olumsuz etkilerden koruyucu tedbirleri almak en nihayetinde insan ömrünün daha uzun ve kaliteli bir biçimde yaşanmasını sağlamak amacı ile icra edilmektedir. Her alanda olduğu gibi tıp alanında da gelişen teknoloji hastalığın gerek hızlı teşhisinde gerekse çabuk ve daha kolay şekilde tedavisinde geçmişe kıyasla çok daha iyi imkanları günümüzde bireylere sağlamaktadır. Hekimler mesleklerini icra ederken "Primum non nocere" yani "önce zarar verme" ilkesinde hareket etmektedir. Bununla birlikte insan unsurunun olduğu her alanda olduğu gibi hekimlik mesleğinin icrasında da hatalar, aksaklıklar, olumsuzluklar karşımıza çıkabilmektedir.

Tıbbi hata (Malpraktis) hekimlik mesleğinin icrası sırasında tıp biliminin ilkelerine uyulmaması sebebi ile gerek hekim gerekse ona yardımcı olan sağlık çalışanlarının fiilleri neticesinde meydana gelen ve hekimi cezai ve hukuki sorumluluk altına sokan bir durumdur. Tıp biliminin tarihsel gelişim süreci içinde, tıp bilimi gelişme gösterdikçe, yeni uygulama alanları, yeni tıbbi süreçler, tedaviler ortaya çıktıkça tıbbi uygulama hataları da kendi içinde değişim göstererek farklı şekillerde ortaya çıkmakta ve meydana gelmeye devam etmektedir.

Tıbbi hata(Malpraktis) sebebi ile hekimin hukuki sorumluluğuna gidilmesinin önlenmesi tıbbi uygulamanın da hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için öncelikle tıbbi uygulamanın yetkili sağlık personeli tarafından tıp biliminin ve genel kabul görmüş esas, ilke ve kurallarına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Yine herhangi bir tıbbi müdahalenin veya tedavinin hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için bu müdahalenin veya tedavinin haklı bir nedene dayanması yani bir

endikasyonunun olması gerekir. Endikasyon belirli bir teşhis veya tedavinin hastaya uygulanabilmesi için hekimin müdahalesinin gerekli ve haklı olması halidir.

Tıbbi hata (Malpraktis) sebebi ile hekimin hukuki sorumluluğuna gidilmesinin önlenmesi tıbbi uygulamanın da hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için bir diğer koşul hastanın hali hazırdaki sağlık durumu ve hastalığı hakkında konulan teşhis, önerilen tedavi yöntemi ve başarı şansı ve tedavinin süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılma şekli ve yol açabileceği olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yol açacağı neticeler, diğer tedavi seçenekleri ve riskleri konusunda aydınlatılması ve aydınlatılmış rızasının alınmış olması gereklidir. Kişinin beden bütünlüğü üzerinde tasarruf yetkisi sadece o kişiye ait olduğu kuralı tıbbi müdahaleler için de geçerlidir. Aydınlatılmış onam yoksa yapılan tıbbi müdahale de hukuka aykırı olacak ve hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu olacaktır.

Hastanın aydınlatılması hususundan uygulamada aydınlatılmış onam metni/kılavuzu verilerek ve bu belgenin belirli yerleri hastaya veya yakınlarına imzalatılarak bu husustaki yükümlük yerine getirilmeye çalışılmaktadır. Tek başına hastaya aydınlatılmış onam belgesi verilmesi ve imzalatılması bu yükümlülüğün yerine getirildiği anlamına gelmemekte olup hastalığın, yapılacak tedavinin özelliğine göre hastaya ne şekilde, koşulda ve kapsamda aydınlatma gerekiyorsa bu yükümlülük o şekilde yerine getirildiği takdirde hukuka uygun hareket edilmiş kabul edilecek aksi halde aydınlatma yükümlüğü yerine getirilmiş olmayacaktır.

Hastanın yapılacak tıbbi müdahaleye rızasının geçerli olabilmesi için öncelikle rıza beyanında bulunacak kişinin bu konuda ehliyetinin olması yani tıbbi müdahaleyi anlama ve kavrama yeteneğinin, temyiz kudretinin bulunması gerekmektedir. Tıbbi müdahaleye rıza beyanında bulunma yetkisi kişinin hayatını ve vücut bütünlüğünü ilgilendiren kişiyle sıkı surette bağlı haklardan olmakla birlikte temyiz kudretine sahip olmayan küçükler açısından rıza beyanında bulunma yetkisi kesin olarak kanuni temsilcisindedir. Küçüklerin rızası konusunda önemli olan ve esas alınan yaş değil, ayırt etme gücüdür. Ayırt etme gücüne sahip küçük hastaların rıza ehliyeti doktrinde ve uygulamada tartışma konusudur. Bu konuda bizim görüşümüz denge unsurunu dikkate alan görüş olup ayırt etme gücüne sahip küçüğün

yetenekler, yaşı, eğitimi, tecrübesi, olgunluğu, değerlendirme derecesi ve davranış şekli somut durum içinde dikkate alınmalı ve ayırt etme gücüne sahip küçük tıbbi müdahaleye kanuni temsilcisinin izni olmaksızın rıza gösterebilmeli, ölüm, ağır bedensel sakatlık gibi büyük riskleri içeren hatta hastanede yatış gerektiren tıbbi müdahalelerde kanuni temsilciden de ayrıca rıza beyanı alınmalıdır.

Hastanın ölüm riskinin bulunduğu, bilincinin kapalı olması veya başka sebeple rızasının alınma imkanı olmadığı acil durumlarda veya hastanın bir organının işlevini kaybetmesi veya o organı tamamen kaybetme riski bulunan hallerde hastadan tıbbi müdahale için rıza alınmasına gerek kalmadan sadece söz konusu durum kayıt altına alınarak sanki hastadan izin ve rıza alınmış gibi bir prosedür izlenerek hastanın yararına olacak müdahale derhal yapılabilir. Bu durum varsayılan rıza olarak adlandırılır. Varsayılan rızanın hukuki niteliği konusunda farklı görüşler olmakla birlikte bizim de katıldığımız ve ağırlıklı olarak savunulan görüş kişinin objektif menfaati ile kendi geleceğini tayin hakkı arasında bir denge kuran ve varsayılan rızanın bağımsız, özgün, izin verilen riske dayanan bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul eden görüştür

Hekimin yapacağı tıbbi müdahale tıp bilimi ve uygulamasının güncel standartlarına uygun şekilde ve özenli bir şekilde yerine getirmesi gerekmekte olup hekimin özen yükümlüğü tıbbi müdahale esnasında büyük bir özen ve dikkat göstermek, müdahaleyi hastanın yararına olacak şekilde yapmak ve tıbbi müdahaleyi uygularken, tıp bilimi standartlarına uygun şekilde hareket etmek olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır.

Hekimin tıbbi standartlara uygun bir şekilde gerekli tüm dikkat ve özeni göstermesine ve tıp biliminin gereklerine uygun bir şekilde tıbbi müdahalede bulunmasına rağmen hastada komplikasyon gelişebilir. Komplikasyon tıbbi müdahaleler sırasında ve sonucunda karşılaşılması ihtimal dahilinde olan herhangi bir kusur olmaksızın ortaya çıkan ve istenmeyen bir netice olarak tanımlanmaktadır. Komplikasyon ve tıbbi hata(malpraktis) arasındaki temel fark komplikasyonda öngürülebilir bir zarar ve bu zararın meydana gelmemesi için tedbir alınması ve buna rağmen zararın meydana gelmesi söz konusu iken tıbbi hatada hekimin zararın meydana gelmesine engellemek için gerekli tedbirleri almamış olması, tıbbi

standartlara uygun hareket etmemesi veya tıbbi müdahale ile ilgili gerekli bilgi, beceri ya da tecrübelerinin eksik olması halleri mevcuttur. Hekim komplikasyon sebebi ile sorumlu olmamakla birlikte, komplikasyon yönetiminin iyi yapılmaması, yeterli olmaması veya hatalı olması halinde yine hukuki ve cezai sorumluluğu olabilecektir.

Hekimin hukuki sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olmak üzere iki şekilde inceleme konusu yapılmıştır. Hekimin sözleşmesel sorumluluğunda gerek Yargıtay gerekse doktrinde ağırlıkta olan görüş hekim ile hasta arasında ilişkinin riskin hastaya ait olması, tarafların anlaşması, işin yani tedavinin yapılmasının bir zaman ile sınırlı olmaması, hekim ve hasta arasında bir ast-üst ilişkisi olmaksızın bağımsız olarak yapması, unsurları sebebi ile vekâlet sözleşmesi ilişkisi niteliğinde olduğu yönündedir. Sonucun taahhüt edildiği estetik operasyonlar ise eser sözleşmesi niteliğine haizdir. Hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı ve hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybetmesi veya işlev yapamaz bir duruma gelmesine yol açacak bir durumun söz konusu olduğu bir halde hekimin hastaya müdahalesi ise vekâletsiz iş görme olarak kabul edilir. Özel bir hastaneye tedavi olmak için başvuran hasta ile hekim arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi kurulmamakta, bu hastaya uygulanan tıbbi müdahaleden doğan hukuki sorumluluk özel hastaneye ait olmakta, özel hastanede çalışmakta olan hekim özel hastanenin ifa yardımcısı konumunda kabul edilmektedir. Hekimin sözleşme dışı sorumluluğu ise hekimin haksız fiil sorumluluğu, hekimin kusursuz sorumluluk hali ve culpa in contrahendo sorumluluğu şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Hastasının rızası ve ağır kusuru, komplikasyon ve mücbir sebebin varlığı halinde hekimin sorumluluğu ortadan kalkar.

Yasal mevzuatta zarar kavramından bahsedilmişse de kapsam ve içeriğinin tanımlanması doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Aynı şekilde kanuni düzenlemelerde manevi zararın tanımı yapılmamış ve manevi zararın oluşup oluşmadığının takdiri hâkime bırakılmış ve manevi zararın niteliğinin ve kapsamının açıklanması hususunda terminolojik olarak sübjektif teori, objektif teori ve karma teori olmak üzere doktrinde üç çeşit teori ileri sürülmüştür. Sübjektif teori uyarınca

manevî zararın oluşması için kişinin şahıs varlığını oluşturan kişisel değerlerde bir azalma meydana gelmesi tek başına yeterli olmayıp bu azalmanın hissedilmesi ve kişinin acı, elem, ızdırap gibi duygulara bağlı olarak huzur gibi olumlu duygularını kaybetmesi, yaşama sevincinin azalması gerekmektedir. Objektif teoriye göre ise manevî zarar kişilik haklarında objektif olarak meydana gelen azalmadır. Karma teoriye göre manevî zarar, iki unsurdan meydana gelmekte olup bu unsurlardan ilki, kişilikte objektif olarak gerçekleşen eksilme, ikincisi ise kişilik değerlerindeki objektif eksilmenin; acı çekerek, elem ve üzüntü duyarak ruhsal huzuru kaybederek farkına varılmasıdır.

Gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında manevî zararın niteliği hususunda ağırlıklı olarak sübjektif teori benimsenmektedir. Bizim bu konudaki görüşümüz ise her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği olup aksi halde hakkaniyete aykırı uygulamaların ortaya çıkabileceği yönündedir. Bununla birlikte sadece tek bir teori dikkate alınma zorunluluğu olursa karma teorinin daha uygun olduğu ve kişisel değerlerde objektif olarak gerçekleşen eksilmenin tek başına yeterli olmayacağı bunun yanı sıra sübjektif nitelikte ikinci bir unsurun yani acı çekme, elem ve üzüntü duymanın da manevî zararın varlığı açısından aranması gerektiği kanaatindeyiz.

Manevî tazminatın amacı ve işlevi konusunda da doktrinde çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Teoriler açısından manevî tazminat miktarı bir anlamda özel hukuk cezası olmakla birlikte zarar gören açısından telafi ve tatmin fonksiyonu, zarar veren açısından ise önleme ve caydırma fonksiyonu mevcuttur. İsviçre-Türk Hukukunda da hakim olan bu görüş ile manevî tazminatın amacı, bir miktar para ödenmesi sureti ile zarar görenin duyduğu fiziki ve ruhsal acıların dindirilmesi ya da en azından katlanabilir kılınması, zarar görenin kişilik haklarının ihlali sebebi ile duyduğu elemi, acıyı, kaybettiği huzur duygusunu veya yaşama hevesindeki azalmayı ortadan kaldırmak ve mağdurun psikolojik dengesini yeniden tesis etmektir. Yargıtay'ın son zamanlardaki kararlarında manevî zarar sebebi ile manevî tazminat takdirinde acıyı üzüntüyü, öfkeyi yatıştırma anlayışından uzaklaşma eğilimine yöneldiği ve manevî tazminatın amacının zarar göreni rahatlatmak

duygusuna ek olarak zarar veren tarafa bir yaptırım uygulanmak sureti ile dikkat ve özen göstermesini sağlamak olduğu görülmektedir.

Tıbbi hatalarda manevi tazminat takdirinde yasal düzenleme olarak 6098 s. Türk Borçlar Kanunu madde 56 ve madde 58 karşımıza çıkmaktadır. 6098 s. Türk Borçlar Kanunu madde 58 kişilik hakkı ihlal edilen kişiye Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan yasal düzenlemeler ile korunmakta olan kişisel değerler dışında kalan değerlerin ihlal edilmesi halinde manevi tazminat davası açma imkânını vermekte TBK 58'e göre özel hüküm niteliğine haiz TBK madde 56 ise bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi halinde zarar görene, ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesi imkânı tanımaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 56 ile tıbbi hatalarda manevi tazminatın tespitinde hâkime kanunun öngördüğü haller ve sınırlar içerisinde takdir yetkisi tanınmış bu sayede kanunun ana ve genel esasları toplumun değişen ihtiyaçlarına, gelişen ve aynı zamanda da değişen ilişki biçimlerine uyumlanması ve uygulanması imkânı sağlanmıştır. Hâkim takdir yetkisini kullanırken hakkaniyet yöntemine göre karar verecek, duygusal yani sübjektif davranmayacak, takdir hakkını gerekçelendirecek ve her halükarda takdir yetkisinin üst yargı denetimine tabi olacaktır.

Manevi tazminat miktarı tayin edilirken zarar görenin rızası, kusuru, yaşı, sosyo-ekonomik durumu, iştigal edilen meslek dalı, bedensel yatkınlık gibi vb. hususlar dikkate alınacak olgular olarak kabul edilmektedir.

Manevi tazminatın miktarının tespitinde karşılaştırmalı hukukta iki aşamalı yöntem, klasik yöntem, tarife yöntemi ve emsal kararlar ile karşılaştırma yolu ile manevi tazminat miktarının tespiti yöntemi olmak üzere çok çeşitli yöntemler kullanılmakta ancak Türk Hukuk uygulamasında manevi tazminatın miktarının tespitinde genel bir yöntem ve ölçü bulunmamaktadır. Türk adli ve idari yargılamasında hükmedilen manevi tazminat miktarları Avrupa ülkeleri ile kıyaslanamayacak ölçüde düşük olup aynı zamanda benzer olaylarda hükmedilen manevi tazminat tutarları arasında da önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu

durumun nedeni olarak bazı yazarlar manevi tazminatın miktarının tespitinde hâkime tanınmış olan geniş takdir yetkisini göstermekte, bazı yazarlar ise manevi tazminat talep eden kişilerin ne kadar bir miktar manevi tazminat isteyeceklerini bilemediklerinden bu yönde ki taleplerini herhangi bir hesap veya ölçüye dayandıramamalarını göstermektedirler. Yargıtay'ın kararlarında yer alan manevi tazminata duyulan elem ve ızdırabı dindirecek ve zarar görende bir tatmin duygusu yaratacak miktarda hükmedilmesi gerektiği şeklindeki ifadeler de soyut kalmakta yol gösterici nitelikte olmamaktadır. Yine Yargıtay'ın tazminat miktarının zenginleştirici olmaması gerektiği yönündeki görüşünün değişen koşullar içinde terk edilerek manevi tazminat miktarının her olayın kendi içinde arz ettiği özellikler de göz önünde tutularak tek bir yönteme bağlı olmaksızın o olay hangi yöntemi gerektiriyor ise o yöntemin uygulanarak tespit edilmesi ancak seçilen yöntem açısından haklı gerekçelerin mutlaka belirtilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Yargıtay üzüntü ve acıyı zamana yayılması suretiyle manevi tazminatın bölünmesinin bir kısmının dava konusu yapılarak kalan kısmının saklı tutulmasının yani kısmi dava açılmasının manevi tazminatın bölünmezliği ilkesine aykırı olacağı görüşünde olup manevi tazminatın bölünmezliği ilkesini benimsemektedir. Doktrinde hâkim olan görüş de bu yöndedir. Bu görüşe karşı çıkanlar manevi tazminatın bölünmemesi halinin değil, manevi zararın bölünmezliğinin manevi tazminat kavramı ile hatalı olarak ilişkilendirilmesinin söz konusu olduğunu savunmaktadırlar.

Yargıtay manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi uyarınca manevi tazminat davasının belirsiz alacak davası veya tespit davası olarak açılmayacağı kanaatindedir. Doktrinde ise manevi tazminat davasının belirsiz alacak davası veya tespit davasına konu edilip edilemeyeceği hususunda farklı görüşler mevcut olup manevi tazminatın miktarının hakim tarafından takdir edilmesi ve dava açılırken miktarın belirlenmesinin tam ve kesin olarak mümkün olamayacağı gerekçesi ile manevi tazminat davasının belirsiz alacak davası şeklinde açılacağı yönünde görüşler olduğu gibi manevi tazminatın maddi tazminattan farklı olarak telafi, cezalandırma gibi işlevlerinin de olduğu bu sebeple belirsiz alacak davasına konu olamayacağını ileri süren görüşler de mevcuttur. Bir diğer görüş ise değişen veya

artan zarar söz konusu ise ve zarar miktarı öngörülemiyorsa manevi tazminat davasının belirsiz alacak davası şeklinde açılabileceği yönündedir.

Adli yargılama açısından manevi tazminat davalarında ıslah yolu ile dava dilekçesinde yer alan talepten daha fazla bir talepte bulunulamayacağı gibi sadece maddi tazminat talep edilen bir davada kısmi ıslah yolu ile manevi tazminat maddi tazminata ek olarak istenemez. Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir. İdari yargılamada yargılamanın sonuna kadar dava değerini artırma imkânı bulunması sayesinde manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinin idari yargıda mutlak bir kural olarak geçerli olmadığı ve manevi tazminat talebinin artırılabilceği savunulmaktadır.

Günümüz dünyasında yaşanan değişimlerin geçmiş zamanlara kıyasla oldukça hızlı olması ve buna ek olarak son zamanlarda yaşanan ve her ülke tarihinde belirli dönemlerde yaşanmış bulunan ekonomik koşullar özellikle yaşanan enflasyonist süreç dikkate alındığında hukuki kurumlara yaklaşımların sıkı, katı ve değişmez olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu anlamda manevi tazminat talebinin bölünmezliği ilkesi de aynı katı ve değişmezlik sarmalından çıkarılarak, kısmi dava, tespit ve belirsiz dava konusu olabilmeli, ıslah yolu ile manevi tazminat miktarı da artırılabilmeli, bu konuda ki yasal düzenlemelerde gerekli değişikliklerin ivedilikle yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Türk hukuk doktrinde manevi tazminat talebinin mirasçılara geçmesi ve devri hususunda farklı görüşler mevcut olmakla birlikte Türk Medeni Kanunu'nun madde 25/4 düzenlemesi uyarınca manevi tazminat talebinin mirasçılara intikal edebilmesi için miras bırakan tarafından hayatta iken ileri sürülmüş olmasını gerekmektedir. Yine aynı yasal düzenleme uyarınca manevi tazminat talebi karşı taraf kabul etmediği müddetçe devredilemez.

Yargıtay'ın İcra İflas Kanunu madde 82'de yer alan düzenlemeyi sadece sigorta sözleşmesi gibi maddi nitelik arz eden sözleşmeleri kapsadığı yönünde kararları mevcut olmakla birlikte söz konusu içtihatların kanuni düzenlemeye uygun olmadığı ve manevi tazminatın haczinin ve özellikle bedensel bütünlüğün ihlalden

doğan manevi tazminat taleplerinin haczedilemeyeceği yönünde görüşümüz mevcuttur.

Devlet hastanesinde görev yapan hekimin tıbbi hata sebebi ile sorumluluğu açısından ise hizmet kusur-kişisel kusur kavramları inceleme konusu yapılmıştır. Türk Hukuku açısından kamu görevlisinin kişisel kusuru, kamu hizmetinin tamamen dışında işlenen kusurlar, kamu görevlisinin suç teşkil eden davranışları, kamu görevlisinin kamu hizmetini yerine getirirken ağır kusur işlemesi (örneğin bir hekimin alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında muayene veya tedavi işlemi yapmaya çalışması,) kamu görevlisinin kamu hizmetini yerine getirirken kasıtlı kusur işlemesi yani kin, düşmanlık, öç alma saikleri ile hareket etmesi, yargı kararlarının uygulanmaması halleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Hizmet kusuru ise kamu hizmetinin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç yerine getirilmemesidir. Hizmet kusurunun varlığı halinde idarenin sorumluluğuna gidilecek ve manevi tazminat davası idari yargıda hekime değil doğrudan idare aleyhine açılacak, kişisel kusurun varlığı halinde kamu görevlisi olan hekim doğrudan sorumlu olacak ve manevi tazminat davası hekime karşı açılacaktır.

6098 s. TBK madde 56 uyarınca bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca ağır bir bedensel zarar veya ölüm söz konusu ise zarar görenin veya ölenin yakınlarının manevi tazminat talep etme hakkı mevcuttur. Zarar gören kişinin veya yakınlarının mirasçılarının manevi tazminat talep hakkı hususunda farklı görüşler mevcut olmakla birlikte burada yine Türk Medeni Kanunu m. 25/4 maddesinde yer alan manevi tazminat talebinin miras bırakan tarafından sağlığında ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçemeyeceği yönünde ki düzenleme uygulama alanı bulacak ve zarar gören sağlığında manevi tazminat talep etme iradesini sağlığında açıklamış ise bu hak mirasçılara geçebilecektir.

Tıbbi hata idarenin eylem ve işleminden kaynaklanıyorsa dava idari yargıda, idarenin eylem ve işleminden kaynaklanmıyorsa adli yargıda açılacaktır. Tüketicinin belirli miktarın altında kalan manevi tazminat talepleri Tüketici Hakem Heyetlerine yöneltilecek, kanuni düzenlemedeki miktarı aşan taleplerde ise tüketici mahkemeleri görevli olacaktır. İnsan haklarının gelişmesi ve teknolojik gelişmeler ile birlikte kişilerin bilgiye ulaşma imkânının artması tıbbi hata kaynaklı tazminat

davalarının sayısında artışa sebep olmuş ve TBMM’ne bu konudaki uyuşmazlıkları çözmek adına ihtisas mahkemeleri kurulması yönünde teklif sunulmuşsa da bu hususta kanunlaşma süreci maalesef tamamlanamamıştır.



KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Sibel: **Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, TAAD, S:9, Ankara, TAAD Yayınları, 2012.
- Akabayashi,
Akira/Brian T
Slingsby: **Informed Consent Revised**, Japan U.S.A. JOB, Volume 6, 2006, s.10-11.
- Akar, Tülay Yıldız: **"Hastane Enfeksiyonlarının Hukuki Yansımaları"**, İstanbul Barosu Yayınları, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10-17 Eylül 2011, Nisan 2012, s.7-35.
- Akartepe, Alpaslan: **Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**, Sağlık Hukuku Sempozyum, Erzincan 2006, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s.13-22.
- Akbenlioğlu, Sevgi: **"Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, 2010.
- Akbulut, Emre: **"İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:66, 2006, s.183-225.
- Akipek Öcal,
Şebnem: **"Maddi ve Manevi Zararların Erken Tazmini Sorunu (Geçici Ödemeler)", İçinde N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk**, Uluslararası Kongre, TBB, s. 59–76.
- Akipek, Şebnem /
Küçükgüngör,
Erkan: **Sözleşmeler Rehberi**, 2.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002.

- Akipek, Şebnem: **Alt Vekâlet**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Akkanat, Halil: “Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesinde Sorumluluk Düzeni”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:5, Aralık 2005 (Metin içerisinde “Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi” olarak atıf yapılmıştır).
- Akkoca,Ahmet: “Türk İdari Yargı Sisteminde Maddi ve Manevi Tazminat”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2008.
- Akkuş, Ekrem: “Manevi Tazminatla (BY.m.49) İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991.
- Aktaş, Nihan
Koyuncu: **Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu**, İstanbul, On İki levha Yayıncılık, 2020.
- Aktürk, İpek Yücer: **İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Akünel, Teoman: **Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu**, İstanbul, 1977 (Metin içerisinde “Denkleştirme” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Akünel, Teoman: **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, İstanbul, 1995 (Metin içerisinde “Tüzel Kişiler” şeklinde atıf yapılmıştır).

Akyıldız, **Tıp Hukuku Atölyesi-III**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.
Sunay/Kök, Ahmet
Nezih / Tuncer, A.
Murat / Özpınar
Gümrükçüoğlu,
Berna / Özdemir, Ö.
Özkan:

Akyıldız, Sunay: **Aydınlatma ve Rıza:Tıp Hukuku Atölyesi-I**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013.

Akyol, Şener: **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, 1995.

Alangoya, Yavuz H.: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 2.Bası, İstanbul, 2001.

Alp, Mustafa: **Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe**, İçinde: Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan DEÜHF, İzmir, 2001, s.425-441.

Altop, Atilla: "Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 tarih ve 2011/17-/142 E., 2011/411 K. Sı ve 22.02.2012 tarihli 2011/17-787 E., 2012/92 K. Sı kararları ile Yargıtay 17. HD'nin 05.06.2012 tarihli 2011/11551 E., 2012/7391 K. Sı Kararının Değerlendirilmesi", **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, C:8 S: Özel, 2013, s.151-184.

Altunkaş, Aysun: **"Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları"**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Ulusal Sağlık Hukuku, Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu, İstanbul, 2015.

- Amasya, Serap: “Sorumluluk Sigortalarında Bedensel Zararlar Teminatı Hakkında Genel Değerlendirme”, İçinde: S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), **Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar**, Uluslararası Kongresi, TBB, 2018, s.542-596.
- Amiklioğlu, Hüseyin: "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", **Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:3, S:1, 2015, s. 97-115.
- Antalya, O. Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C: II, Legal Yayınevi, 2017 (Metin içerisinde “Borçlar Genel Cilt II” olarak atıf yapılmıştır).
- Antalya, O. Gökhan: **Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması**, İstanbul, 2017 (Metin içerisinde “Manevi Tazminatın Hesaplanması” olarak atıf yapılmıştır).
- Antalya, O. Gökhan: **Sunuşlu, Genel ve Madde Gerekçeli, Adalet Komisyonu Raporu ve TBMM Tutanakları ile Kaynak ve İlgili Kanun maddesi, YIBK ve BGE Atıflı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu**, İstanbul 2011, (Metin içerisinde “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu” olarak atıf yapılmıştır).
- Appelbaum, Paul S. / Lidz, Charles W. / Meisel, Alan: **Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice**, NewYork, Oxford University Press, 1987.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

- Arat, Ayşe: “6098 Sılı Borçlar Kanunu m.58’e Göre Manevî Tazminatın Belirlenmesine 818 Sılı Borçlar Kanunu m. 49/II’nin Kaldırılmasının Etkisi”, **EÜHFD**, C:XVII, S:3-4, 2013, s.185-206 (Metin içerisinde “Manevi Tazminat” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Arat, Ayşe: **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Ardahan, Melek / Yelkin Alp, Fethiye: "Hasta Güvenliği ve Hasta Güvenliğini Sağlamada Sağlık Çalışanlarının ve Yöneticilerin Rolü", **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, C: 6 S:2, Nisan 2015, s.85-88.
- Arıdemir, Arzu Genç: **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2008.
- Arıkan, Şafak: **Türk Borçlar Kanuna Göre Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat**, Seçkin Yayınları, 2020.
- Arpacı, Abdulkadir: **Kişiler Hukuku(Gerçek Kişiler)**, İstanbul, 1993.
- Arslan, Emine: “Türkiye’de Hasta Hakları”, **Yüksek Lisans Tezi**, Beykent Üniversitesi İstanbul, 2010.
- Arslan, Firdevs: “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:26, S:1, 2020, s.400-422.
- Artar, Ceyhan / Güçlü, Abdulkadir: “Sağlık İşletmelerinde Yanlış Tedavi Sonucu Hasta Mağduriyetleri ve Hukuki Boyutunun İncelenmesi”, **Aydın Sağlık Dergisi**, Y:6, S:3, Ekim 2020, s.235-247.

- Aslanova, Kemale: **Sağlık Hukuku: Ders Notları**, 2. Baskı, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2019.
- Aşçıoğlu, Çetin: **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993
- Atabek, Reşat /Sezen, Merih: "Hekimin Mesuliyeti", **İBD**, C: XXVIII, S: 2, 1954, s. 135-165.
- Atabek, Reşat: "Hastanelerin Sorumluluğu", **İstanbul Barosu Dergisi**, C:60, S:10,11,12, 1986 (Metin içerisinde "Hastanelerin Sorumluluğu" olarak atıf yapılmıştır).
- Atak, İsmail: "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları", **TOTBİD Dergisi**, S: 19, 2020, s.19-26.
- Atalay, Özcan: "Tinsel Ödence, (Manevi Tazminat Davaları)", **Ankara Barosu Dergisi**, C:978, S:6, 1978 s.928-938.
- Atay, Ender Ethem: **İdare hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- Ateş, Derya: **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakaya Aykırılık**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2007.
- Atlan, Hülya: "Beden Bütünlüğünün İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi", **AÜHFD**, C:65, S:4, 2016, s.2659-2683 (Metin içerisinde "2016" olarak atıf yapılmıştır).
- Atlan, Hülya: **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, XII Levha, 2015 (Metin içerisinde "2015" olarak atıf yapılmıştır).
- Ayan, Mehmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020 (Metin içerisinde "Genel Hükümler" şeklinde atıf yapılmıştır).

- Ayan, Mehmet: **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Kitap, Ankara 1991 (Metin içerisinde “Tıbbi Müdahale” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Aybay,Aydın: **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, 14.Basidan Tıpkı 15.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.
- Aydın, Elif Fulya; **Küçük ve Kısıtlılara Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam**, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi
- Aydın, Öztürk: "Hekimin Sorumluluğunu Azaltan ve Kaldıran Nedenler", **Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:1, S:1, 2013, s.35-61.
- Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Aykırı, Aykut Cemil /Çınarlı, Serkan: **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aykırı, Yunus: **“Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayırımı”**, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, GÜHF, 29 Mayıs 2009, Ankara, 2009.
- Aynacı; Yusuf: “Hekimlerde Defansif Tıp Uygulamalarının Araştırılması”, **Tıpta Uzmanlık Tezi**, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Konya, 2008.
- Bal, Özlem: **Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi**, C.II, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul, 2011.

- Bal, Özlem: **Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010 (Metin içerisinde “Manevi Tazminat” olarak atıf yapılmıştır.)
- Bal, Yakup / Şahin, Yahya / Karabulut, Mustafa: **Danıştay 10.Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.
- Barker,Kenneth N. /Flynn, Elizabeth A. /Pepper, Ginette A. / Bates, David W. /Mikeal, Robert L.: “Medication Errors Observed in 36 Health Care Facilities”, **Arch Intern Med.**,2002, C:162, S:16, s.1897-903.
- Barlıoğlu, Hüseyin Cem: **Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Basım, Aybüke: “Kısmi Dava, Belirsiz Alacak Davası ve Manevi Tazminat Taleplerinin Bu Davalara Konu Olup Olamayacağı Sorunu”,**AÜHFD**, C:65, S:4, 2016, s.2685-2723.
- Başara, Gamze Turan: **Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi**, Turhan Yayınevi, 2018.
- Başpınar, Veysel: **"Hekimin Özen Borcu"**, 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan, 2006 (Metin içerisinde “Özen Borcu” şeklinde atıf yapılmıştır).

Başpınar, Veysel: **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2.Baskı, 2004, s.71 vd., (Metin içerisinde “Vekilin Özen Borcu” şeklinde atıf yapılmıştır).

Başpınar, Veysel/
Altunkaya, Mehmet: **Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:57, S:1, 2008, 95-131.

Bayat, Ali Haydar: **Tıp Tarihi**, İstanbul, Zeytinburnu Belediyesi Yayınları, 2016.

Bayındır, M. Savaş: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:9, S:1-2, 2007, 551-590.

Bayraktar, Köksal: **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972 (Metin içerisinde “Hekimin Sorumluluğu” şeklinde atıf yapılmıştır).

Bayraktar, Köksal: **Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu**, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu 2. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2007 (Metin içerisinde “TCK ve Hekim” şeklinde atıf yapılmıştır).

Baysal, Başak: **Haksız Fiil Hukuku BK 49-76**, 1. Baskı, İstanbul, 2019.

Baysal, Başak: **Zarar Görenin Kusuru**, XII Levha Yayıncılık, 2012.

Beatson, Sir Jack /
Andrew Burrows/
John Cartwright: **Anson’s Law of Contract**, 30th Edition, Oxford University Press, 2016.

- Belgesay, Mustafa Reşit: **Tıbbi Mesuliyet**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953.
- Berg , Jessica W. / Appelbaum , Paul /Lidz, Charles /Parker, Lisa: **Informed Consent, Legal Theory and Clinical Practice**, 2nd Edition, NewYork, Oxford University Press, 2001.
- Bilge, Necip: **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1962.
- Boran, Bedia: **Aydınlatılmış Rıza**, Ankara, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007.
- Boran, Bedia: **Aydınlatılmış Rıza**, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, 1.Baskı, Ankara Barosu- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008.
- Bozdağ, Ahmet: “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, **Türk İdare Dergisi**, Y:82, S:468, Eylül 2010, s. 33-48.
- Budak, Ali Cem: “Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller”, **YÜHFD**, C:3, S:2, 2006, s. 337-356.
- Bulut, Berivan: **Teşhis ve Tedavi Hatalarında Hekimin Sorumluluğu, Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Büyükay, Yusuf: **Eser Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

- Cabrioğlu, Saniye
Sena: **Türk Borçlar Hukuku ve İdare Hukuku Açısından Ölüm Halinde Manevi Tazminat**, Yayınlanmamış **Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.
- Canbolat, Ferhat: “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 80, 2009.
- Candan, Turgut: **Açıklamalı İdari Yargılama Kanunu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Cansel, Erol / Özel: Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Cartwright ,John: **Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer**, Oregon, Oxford and Portland, 2007.
- Cooke, John /
Oughton, David W.: **The Common Law of Obligations**, London, Edinburg, 1989.
- Coşar, Ahsen: "Hasta Hakları", **Sağlık Hukuku Digestası Dergisi**, Y:1, S:1, 2009, s.7-19.
- Culhane, John: “Compensation For Personal Injuries in Anglo-American (Mostly U.S.) Law (Anglo-Sakson-Hukukunda Bedensel Zararların Tazmini Esasları)”, İçinde: Sema Uçakhan Güleç ve Necdet Basa (Ed.) **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini**, Uluslararası Kongre C: 1, TBB, s.91-110.

- Çağlayan, Ramazan: “İdarenin Sorumluluğu Anlamında Bedensel Zarar Kavramı ve Uygulaması”, , (Ed.) Sema Uçakhan Güleç-Necdet Basa, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini**, C: 2, 2016, ss. 225-268 (Metin içerisinde “İdarenin Sorumluluğu” olarak atıf yapılmıştır).
- Çağlayan, Ramazan: **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Adalet Kitabevi, 2013 (Metin içerisinde “İdare Hukuku” olarak atıf yapılmıştır).
- Çakal, Ayça: **Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Çakmut,Özlem
Yenerer: **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuk Açısından İrdelenmesi**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2003.
- Çalkın, Fahri /
Tuğsavul, Muhsin: **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, Cumhuriyet Matbaası, 1948.
- Çankaya, Fulya: **Estetik Diş Hekimliği ve Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Çatak Irız, Betül: **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, 2011.
- Çavdar, Pelin: “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:22, S:3, 2016, s.735-764.
- Çelebi, Funda: **"Haksız Fiil Sorumluluğu", (Unsurlar, Tazminat, Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller, Zamanaşımı, Yargılama)**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları- II, İstanbul Barosu Yayınları, 28-29 Nisan 2012, s. 13-28.

- Çelik, Ahmet Çelik: **6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasasına göre Tazminat ve Alacak Davaları Açılması ve İzlenmesi**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2014.
- Çelik, Ahmet Çelik: **Bedensel Zararlar**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Çelik, Ahmet Çelik: **Belirsiz Alacak Davasında Manevi Tazminat İstenmesi**, İçinde: Tazminat Davalarında Güncel Sorunlar, Aristo Yayınevi, 2019.
- Çelik, Ahmet Çelik: **Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı**, 1. Bası, İstanbul 2006 (Metin içerisinde “Kazanç Kavramı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Çelik, Ahmet Çelik: **İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınları, 2022.
- Çelik, Ahmet Çelik: **Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2021 (Metin içerisinde “Destekten Yoksunluk” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Çelik, Faik: **Komplikasyon:Tıp Hukuku Atölyesi-1**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 77-103.
- Çetin Gürsel: **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Sempozyum Dizisi No:48, 2006, s.31-43.
- Çetin, Gürsel / Yorulmaz, Coşkun: **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No:48, İstanbul, s.31-43.

- Çetin, Pınar: “Manevi Tazminat Davasının Hukuki Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, GÜSBE, Ankara, 2007.
- Çınarlı, Serkan /
Avcıoğlu, Ezgi /
Kızılkaya, Seyit Ali: "Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahinin İçerisinde Yer Alan Estetik Operasyonların Hukuki Olarak Nitelendirilmesi ve İdari Yargı Sürecine Etkileri", **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:1, S:1, 2013, s. 231-267.
- Çınarlı, Serkan /
Ermumcu, Fidan
/Meral, Orhan /
Azak, Kerim: **Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı (Tam Yargı) Davaları**, Adalet Yayınevi, 2020.
- Çınarlı, Serkan /
Selçuk, Sinan /
Teyin, Aslıhan: “İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğuna Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C:11, S:119, 2016, s.14-35.
- Çınarlı, Serkan
/Ağar, Baykal: “İdari Yargılama Hukukunda Dava Değerinin Arttırılması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C:12, S: 129, 2017, s.22-32.
- Çınarlı, Serkan: **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, 2013, Ankara, Orion Kitapevi, 2013.
- Çilingiroğlu, Cüneyt: **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Çipli, Sercan: “Beden Tamliğının İhlali ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul, 2011.
- Dede, Emine: **Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

- Değdaş, Ulaş Can: “Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, **Anadolu Üniversitesi Dergisi**, C: 1, S:6, 2008, s. 41-65.
- Demir, Mehmet: **Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane- Kamu Hastanesi Ayırımı**, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s.263-283 (Metin içerisinde “Hukuksal Sorumluluk” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Demir, Mehmet: **Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları**, Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007(Metin içerisinde “Sorumluluğun Koşulları” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Demir, Mehmet: **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Sorumluluğu**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010 (Metin içerisinde “Hastanelerin Sorumluluğu” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Demir, Mehmet: **Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020 (Metin içerisinde “Tıbbi Sorumluluk” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Demir, Remzi: “Bedensel Bütünlüğün Tıbbi Müdahaleler Sonucunda İhlâlinden Kaynaklanan Manevi Tazminat Davası”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:17, S:1, 2020, s. 27–59 (Metin içerisinde “2020” olarak atıf yapılmıştır).
- Demircioğlu, Huriye Reyhan: **Culpa In Contrahendo Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.

- Demirel,Birol: “Hekimin Yasal Sorumlulukları”, **Gazi Tıp Dergisi**, C:16, S:3, 2005, s. 99-106.
- Demirhan, Nurhan: “Malpraktis ve Hekimin Taksirle Yaralama Suçu”, **Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi İstanbul, 2011.
- Dickens, Bernard M.: “**The Ethical Content of Legally Informed Consent**”,**Contemporary Issues in Biomedical Ethics**. Humana Press, 1978.
- Dinçkol, Hulusi Alphan: “İdari Yargı’da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi”, **MÜHF-HAD**, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), C:19, S:2, 2013, s. 1567-1594.
- Doğan, Cahid: **Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması**, KKTC Girne Amerikan Üniversitesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart Girne, 2010.
- Doğan, Murat: **Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı**, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, s.39-55.(Metin içerisinde “İspat” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Doğan, Murat: **Psikiyatristlerin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara Barosu IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2012 (Metin içerisinde “Psikiyatrist” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Doğramacı, Yakup Gökhan: **Türk Hukukunda Tıbbi Uygulamadan Kaynaklanan Manevi Tazminat**, Seçkin Yayınları, 2022.
- Donay, Süheyl: "Doktorun Hukuki Sorumluluğu", **İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi**, S:10, 1968, s. 39-53.

- Donbaz, Veysel: **Mezopotamya ve Anadolu’da Eski Tıp**, III.Türk Tıp Tarihi Kongresi Bildirileri, İstanbul, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1993, s. 319-336.
- Duman, Mete: **6098 Slı Türk Borçlar Kanunu’nda Uygulayıcı Gözüyle Vekâlet Sözleşmesi**, Ankara Barosu 6098 Slı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2011, s.15-40.
- Dunham, Beth Walston: **Medical Malpractice Law and Litigation**, New York, 2006.
- Durak,Yasemin: “Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi”, **Tıp Hukuku Dergisi**, C:3 S:6, 2014, ss.147-175.
- Dural, Mustafa /Öğüz, Tufan: **Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku**, C: II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2023.
- Dural, Mustafa /Sarı, Suat: **Türk Özel Hukuku**, C: I, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, 2015.
- Duran, Lütfi: **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Tahsin Belkir Balta’ya Armağan, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974.
- Durkal, M. Eroğlu: “Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, **TBB Dergisi**, Ağustos S:131, 2017, s.179-210.
- Edis, Seyfullah: “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, **AÜHFD**, C:30, S:1, 1973, ss, 169-196, (Metin içerisinde “Takdir Yetkisi” olarak atıf yapılmıştır).
- Edis, Seyfullah: **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara 1979 (Metin içerisinde “Medeni Hukuka Giriş” olarak atıf yapılmıştır).

- Elmalı, Ebubekir: “Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Sonuçları”, **Yüksek Lisans Tezi**, Ufuk Üniversitesi, Ankara, 2019.
- English, Veronica / Romano Critchley, Gillian / Sheather, Julian / Sommerville, Ann: **Medical Ethics Today, The BMA's Handbook of Ethics and Law**, 2nd Edition, BMJ Publishing, London, 2004.
- Er, Ahmet/ Topaç, Ömür/ Kaygusuz, Serap: **Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Erdoğan, Mustafa: **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Ankara, 2007.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Anlara, Yetkin Basımevi, 2019 (Metin içerisinde “Borçlar Genel” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018 (Metin içerisinde “Borçlar Özel” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974 (Metin içerisinde “İş Kazası” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Eren, Fikret: **Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi**, Prof. Dr. Mamut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461 vd. (Metin içerisinde “Hukuka Aykırılık Bağı” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Erhan Büken/Nükhet Ö. Büken: **Yasal ve Etik Yönleriyle Türkiye’de Tıbbi Malpraktis,** Çağdaş Tıp Etiği, Ed. Prof. Dr. Ayşegül Demirhan Erdemir- Prof. Dr. Öztan Öncel- Doç. Dr. Şahin Aksoy, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevleri, 2003, s.163-178.
- Erlüle, Fulya: “Manevi Tazminatta Kusurun ve Zararın İşlevi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C:15, S:2-1, s.647-668 (Metin içerisinde “Kusur” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Erlüle, Fulya: **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, İstanbul, 2021. (Metin içerisinde “Bedensel Bütünlüğün İhlali” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Erman, Barış: **Ceza hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Erman, Hasan: **Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2023.
- Eroğlu, Müzeyyen: “Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009 (Metin içerisinde “Tam Yargı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Eroğlu, Orhan: "Down Sendromunun Gebelik Sürecinde Tespit Edilememesine İlişkin Gebelik Takibini Yapan Doktorun Hukuki Sorumluluğunda İspat Sorunu", **Terazi Hukuk Dergisi**, C:14, S:153, 2019, s.1046-1055.

- Erol, Gültezer
Hatırnaz: **Özel Hastaneler ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi**, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10/17 Eylül 2011, s.191-220 (Metin içerisinde “Hastaneye Kabul Sözleşmeleri” olarak atıf yapılmıştır).
- Erol, Gültezer
Hatırnaz: **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, 5. Baskı, Ankar, Seçkin Yayınevi, 2017(Metin içerisinde Hasta Hakları olarak atıf yapılmıştır).
- Ersoy,Nermin: **Aydınlatılmış Onam, Hasta Hakları-Çağdaş Tıp Etiği**, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevleri, 2003.
- Ertaş, Şeref: "Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu", **EÜHFD**, C:1, S:1, 1980 (Metin içerisinde “Mesleki Kusur” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Ertaş, Şeref: **ManevîTazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti**, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul Üniversitesi 1990, s.65-111.(Metin içerisinde “Manevi Tazminat” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Erzurumluoğlu
Erzan: “Hastane Yönetimi ve Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu”, **ATIAD**, C:8, S: 1-2, 1976, s.191-204.
- Eşitli, Ezgi Aygün: "Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti", **TBBD**, S: 106, 2013.
- Faden, Ruth R. /
Beauchamp, Tom L.: **A History and Theory of Informed Consent**, Oxford University Press, NewYork, 1986.
- Fidan, Nurten: "Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu", **TAAD**, C: 1, S: 3, 2010, s. 349-362.

- Filiz, Emel: "Hastanede Hasta Güvenliği Kültürü Algılamasının ve Sağlık Çalışanları ile Toplumun Hasta Güvenliği Hakkındaki Tutumunun Belirlenmesi", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Konya, 2009.
- Flight, Myrtle: **Law, Liability and Ethics for Medical Office Professionals**, Cengage Learning, Delmar 2011.
- Franco, Nisim İ.: "Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanunu'nda Tazmini Sistemi Hakkında Bir Tetkik", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:2, S:2, 1984, s.133-154.
- Franco, Nisim İ.: **Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini**, Ankara 1973, s.123; (Metin içerisinde "Manevi Zarar" olarak atıf yapılmıştır).
- Frasca, Ralph R.: "Negligent Beginnings: Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life", **Journal of Forensic Economics**, C:19, S:2, s.185–205.
- Fremgen, F. Bonnie: **BioMedical Law and Ethics**, 6th Edition, New Jersey.
- Furrow, Barry /
Greaney, Thomas /
Johnson, Sandra /
Jost, Timothy: **Health Law**, Hornbook Series, New York, 2014.
- Gezder, Ümit: "Hekimin Yükümlülükleri", **Tıp Hukuku Dergisi**, C:3, S:6, 2014, s. 124-145 (Metin içerisinde "Yükümlülük" şeklinde atıf yapılmıştır).

- Gezder; Ümit: “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Karşısında Hastane ve Hekimin Hukukî Durumu (TBK m. 66)”, **Tıp Hukuku Dergisi**, S:9, 2016(Metin içerisinde “TBK. m. 66” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Giritli, İsmet
/Bilgen, Pertev
/Akgüner, Tayfun: **İdare hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2006.
- Gökcan, Hasan
Tahsin: **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 4. Baskı, 2016 (Metin içerisinde “Haksız Fiil” olarak atıf yapılmıştır).
- Gökcan, Hasan
Tahsin: **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017 (Metin içerisinde “Tıbbi Müdahale” olarak atıf yapılmıştır).
- Gökcan, Hasan
Tahsin: **Tıp Uygulayıcılarının Ceza Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları**, II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2009, s. 116-141.
- Gökmen, Habil /
Güleç, Sibel: “Tıbbi Malpraktis Riskinin Yönetiminde Bir Araç Olarak Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortaları”, **Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi**, C:1, S:1, 2010, s.9-16.
- Gönen, Doruk: **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2016.
- Gören, Zafer: **Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması**, Anayasa Yargısı, C:9, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1992, s.165-184

- Gözler,
Kemal:/Kaplan,
Gürsel: **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Yayıncılık, 2013
- Gözpınar, Gülşah
Karan: “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C:11,S: 119, 2016, s. 138-155.
- Gözübüyük, Şeref /
Tan, Turgut: **İdare Hukuku**, C.II, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- Gözübüyük, Şeref: **Yönetim Hukuku**, 33. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015(Metin içerisinde “Yönetim Hukuku” olarak atıf yapılmıştır).
- Güleç, Dilek /
İntepeler, Şeyda
Seren: "Tıbbi Hatalarda Tutum Ölçeğinin Geliştirilmesi", **Hemşirelikte Araştırma Geliştirme Dergisi**, C:15, S:3, 2013, s. 26-41.
- Gülel, İlhan: “Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C:1, Y:2, S:5, 2015, s.585-644.
- Güleryüz, M. Tarık /
Yılmaz, Ayça
Zorluoğlu: “Bir Anglo Amerikan Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuk Müesseseleri ile Mukayesesi”, **TBB Dergisi**, S:141, 2019, s.325-362.
- Güllüoğlu,Yasemin : "Türk Hukukunda Hasta Hakları Kavramı (Hukuki Nitelik ve Sonuçları)", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Gümüş, Mustafa
Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020(Metin içerisinde “Borçlar” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Gümüş, Mustafa Alper: **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, Beta Yayınları, İstanbul 2001(Metin içerisinde “Özen borcu” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Günel, H. Yılmaz: “Müterafik Kusur”,**Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakülte Dergisi**, C:16, S:1, s.208-220.
- Günday, Rezzan: **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Gündüz, Fatma Ebru / Gündüz, Hakan: “İdare hukukunda Destekten yoksun Kalma Tazminatı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XV, S:3, 2011, s.225-258
- Güneren, Ali: **İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Günergök, Özcan /Kayıhan, Şaban: **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, İstanbul, Umuttepe Yayınları, 2020.
- Güneş, Bahu Kılıç: **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, 2016.
- Güran, Sait: **Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, 12-13 Mart, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Gürcan, Merve: **Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi, Estetik Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Eser Sözleşmesi-Estetik Tıbbi ve Cerrahi Müdahaleler Yargıtay Kararları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020.

- Gürcan, Merve: **Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi**, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2020
- Gürelli Nevzat: "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", **İÜHFM**, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C:XLV-XLVII, S:1-4, 1979, 1980, 1981, s. 267-275.
- Gürkan, Merve: "Ölüm Halinde Manevi Tazminat Talebi", **İstanbul Barosu Dergisi**, C:87, S:6, 2013, s. 93-110.
- Gürsoy, Kemal Tahir: "Manevi Zarar ve Tazmini", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:30, S:1, 1973.
- Hakan Pekcanitez, "Belirsiz Alacak Davası," **DEÜHFD**, C:11, Özel S: Prof . Dr. Bilge UMAR'a Armağan, 2009, Basım yılı:2010, C:I, s.509-552.
- Hakeri, Hakan: **"Hastane Yönetiminin Sorumluluğu"**, Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, 2008(Metin içerisinde "Hastane Yönetimi" olarak atıf yapılmıştır).
- Hakeri, Hakan: **Tıbbi Müdahalelerde Endikasyon**, Tıp Hukuku Atölyesi-I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013(Metin içerisinde "Endikasyon" olarak atıf yapılmıştır).
- Hakeri, Hakan: **Tıp Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018(Metin içerisinde "Tıp Hukuku" olarak atıf yapılmıştır).
- Halide Savas, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013(Metin içerisinde "Tıbbi Müdahale Hataları" olarak atıf yapılmıştır).

- Halil Akkanat: **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul 2004(Metin içerisinde “Özel Hukuk İlişkileri” olarak atıf yapılmıştır).
- Haluk Nomer: **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul 1996(Metin içerisinde “Maddi Tazminatın Belirlenmesi” olarak atıf yapılmıştır).
- Hamide Tacir: **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- Hancı, İ. Hamit: **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005.
- Hatemi, Hüseyin /Gökyayla, Emre Gökyayla: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. Bası, İstanbul, İstanbul 2015.
- Hatemi, Hüseyin: **Kişiler Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1992.
- Helvacı, Serap /Arslan, Çisil Durgun: “İngiliz Sözleşme Hukuku Uyarınca Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi”, **MÜHF-HAD**, C: 25, S:2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal’a Armağan, 2019, s. 907-924.
- Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya: **Medeni Hukuk (Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)**, İstanbul, 2020.
- Helvacı, Serap: **Gerçek Kişiler**, Legal Yayınevi, 2016 (Metin içerisinde “Gerçek kişiler” olarak atıf yapılmıştır).

- Helvacı, Serap: **Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, (MK md. 24/a fıkra I/İMK md.28a fıkra I), İstanbul, 2001(Metin içerisinde “Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar” olarak atıf yapılmıştır).
- Hergül, Filiz Kabu / Özbayır, Türkan / Gök, Fadime: "Ameliyathanede Hasta Güvenliği: Sistematik Derleme", **Pamukkale Tıp Dergisi**, C:9, S: 1, 2016.
- Hızal, Abdullah / Çınarlı, Serkan: “Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı”, **İMÜHFD**, C:2, S:1, 2015, s.143-185.
- Hızal, Abdullah / Sevinç Arslan Hızal / Mithat Kara: **Aydınlatılmış Onam**, İzmir, İzmir Tabip Odası Yayınları, 2009.
- Hurwitz, Brian: **Clinical Guidelines and The Law, Negligence, Discretion and Judgement**, CRC Press, Boca Raton, 2016.
- Hüseyin Altaş: **Eserin Tesliminden Önce Telef Olması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002.
- Işık, Olcay: “Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Yüksek Lisans Tezi**, Atatürk Üniversitesi Erzurum, 2010.
- Işıklar, Celal: “Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Haller”, **YBHD**, Y:4 S:1, 2019, s.115-158,
- İlgün, Kerem: **Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

- İnan, Ali N. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3.Baskı, Ankara, 1984.
- İnceoğlu, Sibel: **Ölme Hakkı, Ötenazi**, İstanbul,1999.
- İpekyüz, Filiz
Yavuz: **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Ankara, Vedat Kitapçılık, 2006.
- İyimaya, Ahmet: **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, 1990.
- İyimaya, Ahmet: **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, II. C., Ankara, 1995.
- Jacobson, Peter D: **Medical Liability and the Culture of Technology, Medical Malpractice and the U.S Health Care System**, Edited By William M. Sage/Rogan Kersh, s. 115-134, Cambridge University Press, 2006.
- Kabadayı, Talip: “Hakkaniyet” Adaletin Temelidir”,**PÜSBED**, S:15, 2013, s. 49-57.
- Kaboğlu, İbrahim
Ö.: **Özgürlükler Hukuku(İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı)**, İstanbul, 2002.
- Kahraman, Zafer: “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:7, S:1, 2016, s.479-510 (Metin içerisinde “Medeni Hukuk” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Kahraman, Zafer: “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, **Banka ve Finans Hukuku Dergisi**, C:8, 2019, S.32, Yördem (Metin içerisinde “Banka” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Kalabalık, Halil: **İdari Yargılama Usul Hukuku**, 8. Baskı, Konya, Sayram Yayıncılık, 2015.

- Kangal, Zeynel
Temel: “Ceza Hukukunda VarSlan Rıza”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:15, S:4. 2011, s. 223-251.
- Kanık, Tahir: “Manevi Tazminat Davaları”, **Adalet Dergisi**, C:41, S:9, s. 1166-1177.
- Kaplan, Gürsel: “Danıştay veAskeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu”, **AÜHFD**, Yıl:2006, C:55, S:2, s.117–141.
- Karaca, Anita /
Hediye Aslan: "Hemşirelik Hizmetlerinde Hasta Güvenliği Kültürünün Değerlendirilmesine Yönelik Bir Çalışma", **Sağlık ve Hemşirelik Yönetimi Dergisi**, C: 1, S:1, 2014, s.9-18.
- Karacabey, Uğur: “Hekimin Kusurundan Kaynaklanan Zararın ve Tazminatın Belirlenmesi”, **Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 3, S:1, Yıl: 2015, s. 41-75.
- Karahasan, Mustafa
Reşit: **Tazminat Hukuku Manevi Tazminat**, 6. Baskı, İstanbul, 2001.
- Karakul, Selam: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:3, S:2, 2016, s.169-206.
- Kaushal, Rainu /
Bates, David W. /
Landrigan,
Christopher: “Medication Errors and Adverse Drug Events. İn Pediatric Inpatients”, **JAMA**, C:285, S:16, 2001, s.2114-20.
- Kaya, Mine: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı İle İlişkisi", **TAAD**, C:1, Y:3, S:8, 2012, s.45-82 (Metin içerisinde “Kişilik Hakkı” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Kaya, Mine: “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, S:100, 2021, s.45-82 (Metin içerisinde “Aydınlatma Yükümlülüğü” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Kayalı, Zeka: “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler”, **Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 1994.
- Kazancı, Behiye Eker: “**Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Uygulama Hatası**”, **Oftalmolojide Malpraktis**, İstanbul, Galenos Yayınevi, 2012, s.104-113 (Metin içerisinde “Tıbbi Hata” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Kazancı, Behiye Eker: “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrik”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:15, S:2, 2013, s.1309-1357 (Metin içerisinde “Mağdur” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Kazancı, Behiye Eker: “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi-Haksız Tahrik”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:15, S:2, 2013, s.1309-1357.
- Kazmaz Tepe, Büşra: “Beden Bütünlüğün İhlalinden Doğan Tazminat Davalarının Dava Türü Bakımından İncelenmesi”, **DEÜHFD**, C:22, S:2, 2020, s.1123–1153.
- Keçeligil, Hasan Tahsin: **Defansif Tıp Bağlamında Hekimin Cezai Sorumluluğu**, III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ed. Hakeri/Doğan, C.1, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.185-195.

- Kenyon, Mason /
Laurie, Graeme /
McCall, Alexander
Smith: **Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics.**,
Oxford University Press, 2013.
- Keskin, A. Dilşad: **Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat**, Yetkin Yayınları, 2016 (Metin içerisinde "Objektif Manevi Zarar" şeklinde atıf yapılmıştır).
- Keskinbora,
Kadircan: **"Komplikasyon ve Malpraktisin Yönetimi", Oftamolojide Malpraktis**, Türk Oftamoloji Derneği Eğitim Yayınları, S:14, 2012, s.45-61.
- Kıcalıoğlu, Mustafa: **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Kılıçgöl Çiçek,
Tuğçe: "Türk Hukuku Açısından Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi", **Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Haziran, 2019.
- Kılıçoğlu, Ahmet
M.: "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", **Ankara Barosu Dergisi**, S:1, 1984, s.1-15.
- Kılıçoğlu, Ahmet
M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020 (Metin içerisinde "Genel Hükümler" şeklinde atıf yapılmıştır).
- Kılıçoğlu, Ahmet
M.: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019 (Metin içerisinde "Özel Hükümler" şeklinde atıf yapılmıştır).

- Kılıçoğlu, Ahmet: **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın yoluyla Saldırılarından Doğan Hukuksal Sorumluluk**, Ankara, 2.Bası, 1993, (Metin içerisinde “Şeref, Haysiyet” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Kılıçoğlu, Ahmet: **Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?** DÜHFD, Yıl:1983, C:1, S:1, s. 287-294.
- Kılıçoğlu, Mustafa: “Cismani Zarar ve Ölüm Hallerinde Manevi Zarar ve Manevi Tazminat”, **Kamu İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:7, S:3, 2004, s.1-30. (Metin içerisinde Cismani Zarar” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Kılıçoğlu, Mustafa: **6098 Sı Türk Borçlar Kanunu’na Uyarlı Tazminat Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2014. (Metin içerisinde “Tazminat” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Kılıçoğlu, Mustafa: **Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2002. (Metin içerisinde “Sorumluluk” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Kırca, Çiğdem: “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, **Yargıtay Dergisi**, C:25, S:3, 1999, s.242-270.
- Kızıllarslan, Hakan: **"Hukuka Aykırı Delil Açısından Vücut Muayenesi ve Örnek Alma İşlemleri ve CMK Düzenlemesi"**, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3. Yılı Sempozyumu, TCHD 2009.
- Kızılyel, Serkan: **İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008.

- King, Edward/
Hawley, Joseph: “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:16, S:1, 1959, s. 178-233.
- Kirkit, Ecem, **Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Kitzinger, Celia /
Kitzinger, Jenny: "Family perspectives on 'proper medical treatment' for people in prolonged vegetative and minimally conscious states", **The Legitimacy of Medical Treatment What Role for the Medical Exception?** Edited by Sara Fovargue and Alexandra Mullock, Routledge, NewYork, 2016, s.86-104.
- Kocayusufpaşaoğlu,
Necip: **Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49)**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I.Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s. 141-180. (Metin içerisinde “Kişilik Hakları” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Koch, Bernhard A.: **Medical Liability in Europe A Comparison of Selected Jurisdictions**, De Gruyter Detmold, 2011.
- Korkmaz, Ayşe
Çiçek: "Geçmişten Günümüze Hasta Güvenliği", **İnönü Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokulu Dergisi**, C:6, S:1, 2018, s.10-19.
- Köprülü, Ömer: “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C:LVIII, S:10-11, 1984, s.589-613.
- Kramer, Adam: **“An Agreement-Centred Approach to Remoteness and Contract Damages”**, Nili Cohenand Ewan McKendrick (eds), **Comparative Remedies for Breach of Contract**, Oxford, 2005, s. 249-286.

- Kudat, Arkun: **Cismani Kazalardan Doğan Zararlar Nasıl Değerlendirilir?**, Ankara, Ajans- Türk Matbaası, 1966.
- Kutlu Sungurbey, Ayfer: **Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar**, İstanbul 1988
- Kurt, L. Müjde: “Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı”, **AÜHFD**, 20127, C:66, S:3, s.581-604.
- Küfüdür, Bülent: **İdari Yargıda Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davası Açılması, İdarenin Sorumluluk Türleri ve Usul Hükümlerinin Uygulanması**, İçinde: N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), **Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre**, TBB, 2020, s. 685-732.
- Kürşat,Zekeriya: **Hemşirelerin Aydınlatma Yükümlülüğü**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:66, S:1, s. 293-322.
- Lamb, Rae M. / Studdert, David M./ Bohmer, Richard MJ / Berwick Donald M. / Brennan, Troyen A.: **Hospital Disclosure Practices: Results of National Survey, Health Affairs**, C:22, S:2, 2003, s. 73-83.
- Langmack, Hans: “Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Çev. Erdener Yurtcan, **İÜHFM**, C:39, S:1-4, 1974, s. 451-464.
- Lunney, Mark / Oliphant, Ken: **Tort Law, Text and Materials**, Oxford University Press, 2013.

- Maclean, Alasdair: **Autonomy, Informed Consent and Medical Law**, Cambridge University Press, New York, 2009.
- Maldonado, Jose E.: **“Strict Liability and Informed Consent: Don’t Say I didn’t Tell You So”**, Akron Law Review, S:9, 1975.
- Mandacı Uncu, Ebru: **“Eski Mezopotamya’da Tıp”**, **History Studies**, C:5, S:5, s.107-118.
- Mello, Michelle M. / Studdert, David M.: **The Medical Malpractice System, Structure and Performance, Medical Malpractice and The U.S. Health Care System**, Edited by William M. Sage/Rogan Kersh, Cambridge University Press, 2006, s. 11-29.
- Meral, Ömer Oğuzhan: **“Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”**, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr .Şeref Ertaş'a Armağan, C:19, Özel Sayı, 2017.
- Metin, Bayram: **"Hemşirelik Hizmetlerinde Hasta Güvenliği ve Tıbbi Hata (Malpraktis)"**, **Sağlık Akademisyenleri Dergisi**, C:5, S:1, 2018.
- Moran, Patrick J.,: **A Military Exception To Informed Consent**, Doe v. Sullivan, St. John’s Law Review: Volume 66, Issue 3, Article 15.
- Nart, Serdar: **Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Ss1, 6098 S1 Ttürk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu(3-4 Haziran 2011) Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Ankara, 2011.

- Narter, Sami: **Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2016 (Metin içerisinde “Kusursuz Sorumluluk”olarak atıf yapılmıştır).
- Narter, Sami: **Uygulamada Manevi Tazminat**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022 (Metin içerisinde “Manevi Tazminat” olarak atıf yapılmıştır).
- Nelson, Leonard J. /
Morrisey, Michael
A. / Kilgore,
Meredith L.: **Damages caps in medical malpractice cases**, Milbank Quarterly, Volume:85, Issue:2, June 2007, s. 259-286.
- Nomer, Haluk N: “Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün Müdür?” **İÜHF**, C:LVIII, S:1-2, 2000, ss.221-229 (Metin içerisinde “Kısmi Dava olarak atıf yapılmıştır).
- Nomer, Haluk N: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2020.
- O’Shea,Tom: **“Consent in History Theory and Practice”**,Essex Automy Project Green Paper Report (University of Essex Autonomy Project), 2011.
- Odyakmaz, Zehra /
Keskin, Bayram: **Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Gerekliliği**, Yetkin Yayınları, 2020.(Metin içerisinde “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Oğuz, Habip: “Sorumluluk Hukukunda Kusur”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S:7, C:28, s.273-286.

- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami: **Medeni Hukuk**, 21. Bası Vedat Yayınevi, 2015.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Özdemir, Saibe Oktay: **Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 14.Bası, İstanbul, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal /Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C:1, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, 2019(Metin içerisinde “Cilt 1” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Oğuzman, M. Kemal /Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C:2, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020 (Metin içerisinde “Cilt 2” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Oktay, Saibe: **Gezi Sözleşmesi**, Beta, 1997.
- Oliphant, Ken / Wright, Richard W.: **Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective**, De Gruyter, 2013.
- Oral, Tuğçe: "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü", **Ankara Barosu Dergisi**, S:2, 2011, s.186-209.
- Orhunöz Ergun: **Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat, (B.K Madde-47)**, Ankara, 1999.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin: "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:52, S:3, 2003, Ankara, s.55-77.
- Öğüz, Tufan: **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, İstanbul, 2007.

- Öz, Pınar: “Vücuda Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, C:41, S:5, 1984, s. 706-719.
- Özay,Merter: **EstetikAmaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006
- Özbek, Veli Özer: "Tıbbi Uygulama Hatalarına İlişkin İddialarda Hukuksal Yaklaşım", **Oftamolojide Malpraktis**, Türk Oftamoloji Derneği Eğitim Yayınları, S:14, Yıl 2012, s.77-90.
- Özbudak, Coşkun: “İdari Yargıda Dava Değerinin Artırılması(“mış Gibi” Bir Yasama İşlemi)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2015, C:10, S:106, s. 128-135.
- Özcan Büyüktanır/ Gülseren, Burcu: “Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi ve Manevi Zararların İngiliz Hukukuna Göre Tazmini”, **AÜHFD** C:66, S:1, s. 49-72.
- Özcan, Burcu G. / Özel, Çağlar: “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, C:10, S:1; Yıl:2007.
- Özcan, Funda Işık: **Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- Özcan, Zeynep: **Malpraktis-Komplikasyon Ayrımının Önemi**, Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, İstanbul 2018, s.197-212 (Metin içerisinde “Komplikasyon” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Özcan, Zeynep: **Tıbbi Standartların Hekimin Hukuksal Sorumluluğu Üzerine Etkisi**, Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, ss. 213-225, s. 217(Metin içerisinde “Tıbbi Standart” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Özcanoğlu Görkey / Ayşe Betül: **Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu**, Borçlar Hukuku Monografiler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Özcanoğlu, Ayşe Betül / Özcan, Zeynep: “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis ve Komplikasyon Ayırımı Bağlı İspat Sorunları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y.8, S:16, Aralık 2020, s.289-315.
- Özçetin, Selvi /Balaban, Murat: **Sağlık Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Özdemir, Elif Aydın: **Akit Dışı sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Özdemir, Gençer: **Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu**, Ankara, 2021.
- Özdemir, Hayrunnisa: **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004(Metin içerisinde “Özel Hukuk” olarak atıf yapılmıştır).
- Özdemir, Hayrunnisa: **Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017(Metin içerisinde “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi” olarak atıf yapılmıştır).
- Özdemir, Yücel: “İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu ve Manevi Tazminatın Artırılması Sorunu”, **Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019, C:4, S:2, s.129-156.

- Özel, Çağlar / Leblebici, Doğan N.: “Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış”, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, C:10, S:2, 2007,
- Özgenç, İzzet: **Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Özkara Erdem: **Tıp Hukukunda Bilirkişi**, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Kongresi, Ed. Hakan Hakeri/Cahid Doğan, İstanbul, 2016, s. 167-172
- Özlü, Zeynep Karaman / Kılıç, Münevver / Yayla, Ayşegül: "Cerrahi Aydınlatılmış Onam Hakkında Hastaların Bilgi Düzeylerinin İncelenmesi", **Sağlık Bilimleri ve Meslekleri Dergisi**, C:2, S:3, 2015, , s.318-328.
- Özpınar, Berna: **Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluğun Türleri**, Ankara Barosu- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2009, s.269-291, (Metin içerisinde “Sorumluluk Türleri” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Özpınar, Berna: **Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulamanın Hatalı Sonuçları**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Güngör Basım Yayım, 2007 (Metin içerisinde “Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulama” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Özsunay Ergun: **Çeşitli Hukuk Çevrelerinde “Manevi Zarar Kavramı” ve “Manevi Zararın Giderimi”ne İlişkin Çözümler**, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999 (Metin içerisinde “Manevi Zarar” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Özsunay, Ergun: **“Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları.”**, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, Ankara 1982 (Metin içerisinde “Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Özsunay, Ergun: **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 2.Bası, İstanbul 1974 (Metin içerisinde “Gerçek Kişiler” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Özsunay, Ergun: **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Bası, İstanbul 1986((Metin içerisinde “Medeni Hukuk” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Öztürkler, Cemal: **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk**, Teşhis Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006(Metin içerisinde “Tıbbi Sorumluluk” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Öztürkler, Cemal: **Uygulamanın içinden Ölüm ve Bedeni Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003(Metin içerisinde “Maddi Tazminat” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Pakış, Işıl: **Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik**, Adli Bilimler Dergisi, C:13, S:3, s.51-59.
- Palmer, Vernon Valentine: **European contractual regimes: The contemporary approaches.**, İçinde: Vernon Valentine Palmer (Ed.), The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law, Cambridge University Press, 2015, s. 95-110(Metin içerisinde “The Contemporary Approaches” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Palmer, Vernon Valentine: **Questionnaire, National Reports and Commentary: The Comparative Evidence.**, İçinde: Vernon Valentine Palmer (Ed.), The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law, Cambridge University Press, 2015, s. 111-397 (Metin içerisinde “Questionnaire, National Reports and Commentary” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Peel, W. Edwin/Goudkamp, James: **Winfield & Jolowicz on Tort**, 19th Edition, London 2014.
- Petek, Hasan: “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, **DEÜHFD**, C:8, S:1, 2006, s.177-240 (Metin içerisinde “Estetik Ameliyat” olarak atıf yapılmıştır).
- Petek, Hasan: **Tıbbi** “Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:15, Özel Sayı, 2013, (Basım Yılı:2014), s.969-1017 (Metin içerisinde “Tıbbi Müdahale” olarak atıf yapılmıştır).
- Polat, Oğuz: **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin, 2019.
- Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 2014.
- Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, Beta, 2008.
- Reisoğlu, Seza: **Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul, 1983.

- Saatçioğlu, Onur Can: "Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya'daki Özel Hukuk Uygulamalarında Tıbbi Malpraktis Olgusu", **Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi**, Y:1 S:1, Eylül 2009, s.190-209.
- Sarıal, Enis: **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986.
- Sarıbaş, Nur Yücel: **Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2021.
- Sarıtaş, Hatice: **Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2006.
- Savaş, Halide: "Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerinden Doğan Hukuki Sorumlulukları İrdelenmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, C:81, S:3, 2007, s.1001-1025 (Metin içerisinde "Özel Hastaneler" olarak atıf yapılmıştır).
- Savaş, Halide: **"Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar"**, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 10-17 Eylül 2011, s.259-293 (Metin içerisinde "Malpraktis" olarak atıf yapılmıştır).
- Savaş, Nuriye: **"Hekimin Tazminat Sorumluluğu"**, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10-17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, s. 157-179.
- Savcı, Bahri: **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara, 1980.
- Saymen, Ferit Hakkı: **Manevi Zarar ve Tazminat Sureti**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1940.

- Seçer, z: **"Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, 2013, s.107-148.**
- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3.Cilt, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2016.**
- Serozan, Rona: **Kişiye Sıkı Biçimde Bağlı Slan Manevi Hakların Mirasçılara Geçebilirliği, zer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2005(Metin içerisinde "Manevi Hakların Mirasıya Geçebilirliği" olarak atıf yapılmıştır).**
- Serozan, Rona: **Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Armağan, Ankara, 1990, ss.67-101.(Metin içerisinde "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım" olarak atıf yapılmıştır).**
- Serozan, Rona: **Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali, Prof. Dr. İlhan Postacioğlu'na Armağan, İstanbul, 1990 (Metin içerisinde "Manevi Tazminatın Mirasçılara İntikali" olarak atıf yapılmıştır).**
- Silva,M. C./
Zeccolo, P.L.: **"Informed Consent: The Right To Know and The Right To Choose",Nursing Management, C:17, S:8, 1986.**
- Sindel, Ece: **"Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu", Terazı Hukuk Dergisi, C:11, S:19, s.243-255.**
- Siraisi, Nancy G.: **Medievaland Early Renaissance Medicine: an introduction to knowledge and practice." University of Chicago Press, 2009.**

- Somer, Pervin: **"Hekimin Hukuki Sorumluluğu"**, Kadir Has Üniversitesi Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2011, s.41-59 (Metin içerisinde "Hukuki Sorumluluk" olarak atıf yapılmıştır).
- Somer, Pervin: "Roma Hukuku'nda Hekimin Sorumluluğu", **MÜHFD**, C:14, S:4, 2008, s.133-151 (Metin içerisinde "Roma" olarak atıf yapılmıştır).
- Somer, Pervin: **Komplikasyon Yönetimi**, Tıp Hukuku Atölyesi-1, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2013(Metin içerisinde "Komplikasyon" olarak atıf yapılmıştır).
- Sommerville, Ann: **Everyday Medical Ethics and Law**, Wiley-Blackwell, West Sussex USA, 2013.
- Spriggs, Merle: **The Value and Practical Limits of Informed Consent, Informed Consent and Clinician Accountability: The Ethics of Report Cards on Surgeon Performance**, Edited by Steve Clarke and Justin Oakley, Cambridge University Press 2007, s. 134-146.
- Stauch, Marc: **The Law of Medical Negligence in England and Germany, A Comparative Analysis**, Hart Publishing, 2008.
- Subaşı, İlhan: **Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü**, Aydınlatılmış Onam, Tazminat Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016.
- Sütlaş, Mustafa: **Hasta ve Hasta Yakını Hakları**, İstanbul, Çivi Yazıları Yayınevi, 2000.
- Süzek, Sarper: **İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2013.

- Şahin, Meral Ekici: **Ceza Hukukunda Rıza**, Oniki Levha Yayıncılık, 2012.
- Şatır, Nejdett: **Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay-Danıştay İçtihatları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- Şehsuvaroğlu, Bedi N.: **Tıbbi Deontoloji Dersleri**, Genişletilmiş 2. Basım, İstanbul.
- Şengül, Ragıp: **Hasta İle Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu**, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2020.
- Şenocak, Zarife: “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:50, S:4,2001, Metin içerisinde “Küçüğün Rızası” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Şenocak, Zarife: **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, 1995 (Metin içerisinde “İfa Yardımcıları” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Şenocak, Zarife: **Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat**, Ankara Barosu-Ankara Barosu Sağlık Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, 2008, s.241-254 (Metin içerisinde “Özel Sorunlar” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Şenocak, Zarife: **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998(Metin içerisinde “Hekimin Sorumluluğu” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Şimşek, Uğur: “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan III, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:16, Özel Sayı, İzmir 2015, s. 3535-3556.
- Tacir, Hamide: **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Tahiroğlu, Bülent: **Roma Hukukunda Iniuria**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1969.
- Taman, Şükran: “Beden Tamliğının İhlali ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat (BK. m.47)”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İÜSBE, İstanbul, 1984.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C: II, 3. Bası**, İstanbul 2010 (Metin içerisinde “Özel Borç İlişkileri” olarak atıf yapılmıştır).
- Tandoğan, Haluk: **Hukuka Aykırılık Bağı**, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları-Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 1977.
- Tandoğan, Haluk: **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, 1. Baskı, Ankara 1981 (Metin içerisinde “Sözleşme Dışı Sorumluluk” olarak atıf yapılmıştır).
- Tandoğan, Haluk: **Mukayeseli Hukuk ve Özellikle İsviçre-Türk Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, Ankara 1957 (Metin içerisinde “Vekâletsiz İş Görme” olarak atıf yapılmıştır).
- Tandoğan, Haluk: **Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, Ankara, 1961 (Metin içerisinde “Mesuliyet” olarak atıf yapılmıştır).

- Tanrıver, Süha: **Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararların Tazmini Bağlamında Belirsiz Alacak Davası**, İçinde: S. Uçakhan Güleç ve N. Basa(Ed.),Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, C: 2, TBB 2016, s.153-173.
- Taşcan, İdris
/Çalışkan, Suat: **Tıbbi Uygulama Hataları ve Hekim Suçları**, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2018.
- Tekben, Tuğçe: "Hekim ile Hasta ilişkisinin Vekâlet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **YÜHFD**, C:8, S:2, 2011 ve C: 9, S: 1, Yıl: 2012, s.859-906.
- Tekinay, S.
Selahattin / Akman,
Sermet / Burcuoğlu,
Haluk /Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993.
- Tezcan, Durmuş /
Erdem, Mustafa
Ruhan / Önok,
Murat: **Ceza Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Tiftik, Mustafa: **Akit dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994.
- Top, Mehmet/ Gider,
Ömer/Taş,
Yunus/Çimen,
Seher: "Hekimlerin Tıbbi Hatalara Neden Olan Faktörlere ilişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinden Bir Alan Çalışması", **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, C:11, S:2, 2008, s.161-200.
- Topuz, Murat: **İsviçre- Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, İstanbul, 2011.

- Toraman, Aynur /
Çarıkçı, İlker
Hüseyin: “Defansif Tıbbın Nedenlerinin Hekim Gözüyle Değerlendirilmesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, C:10, S:23, 2019, s. 40-51.
- Tosun, Mebrure /
Yalvaç, Kadriye: **Sümer, Babil, Asur Kanunları ve AmniŞaduqa Fermanı**, Ankara, Türk Tarih Kurumu, Basımevi, 2002.
- Treitel, Sir Guenter: **Remedies for Breach of Contract (A Comparative Account)**, Oxford 1988, s. 150 vd. (Metin içerisinde “Treitel, Remedies” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Tunalı, Işıl Güney: **Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Tunçer, Polat: **Sağlık Hukuku Temel Bilgileri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976,
- Turhan, Faruk: **"Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku"**, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 1025-1075.
- Tutumlu, Mehmet
Akif: **Tüketici Hukukunda Manevi Tazminat Davası**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015.
- Tümer, Ali Rıza/
Kendi, Özer/ Bilge,
Yaşar: “Ameliyatın Genişletilmesi Durumlarında Hukuki Sorumluluk”, **Ulusal Cerrahi Dergisi**, C:17, S:5, 2001.
- Türkmen, Ali: **Hasta ve Hekim Hukuku**, Samsun, Yılmaz Kitabevi, 2009.

- Türkoğlu, Suna: **İdarenin Bedensel Zararlardan Sorumluluğu**, İçinde; N. Basa ve S. Uçakhan Güleç(Ed.), Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri 5-6 Nisan 2019, TBBY 2020, s.58-67.
- Uygur, Atiye: “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:144, s.355-381.
- Uygur, Atiye: **Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, 2009 (Metin içerisinde “Sözleşme” şeklinde atıf yapılmıştır)..
- Ünal, Mehmet: “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, **AÜHFD**, Yıl:1978, C:35, S:1; 1978; s.397-437.
- Ünver, Yener: **Tıbbi Standart**, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012(Metin içerisinde “Tıbbi Standart” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Ünver, Yener: **"Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi"**, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum No:2, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2007(Metin içerisinde “Endikasyonun Etkisi” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Ünver, Yener: **Tıbbi Riskin Ceza Hukuku Görünümü**, Uluslararası Katılımlı 3. Tıp Etiği Kongresi, C:1, Bursa, 2003, s.120-137
- Üstündağ, Mustafa Emir: “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:2, S:2, 2016, s.87-93.

- Wear, Stephen: **Informed Consent, Patient Autonomy and Physician Beneficence within Clinical Medicine**, Springer, New York, 1993.
- Yağcıoğlu, Ali Haydar: **Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, 2014.
- Yahata, Sakura: **A Study of Defensive Medicine in Japan**, Applied Ethics, pp. 175-186, Hokkaido University Press, Sapporo, 2011.
- Yardım, İsa Yardım: **Tüketici Olarak Hasta Hakları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Yasin, Melikşah: **Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu**, Sağlık Hukuku Sempozyumu, No.1, 2006.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 17. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2021.
- Yavuz, Fatih: **Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı**, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.97-106.
- Yaycı, Nesime: **"Komplikasyon ve Malpraktis Ayırımı"**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2011, Editörler: Pervin Somer/İpek Sevdâ Söğüt, s.29-40.
- Yazıcı, Mustafa Fahrettin: **Malpraktis ve Tazminat Sorumluluğu**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2022.

- Yelkenci, Işıl: **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, İstanbul, 2014.
- Yenisey, Feridun: **"Tedavi Açısından İlgilinin Rızası"**, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, s. 868-879 (Metin içerisinde "İlgilinin Rızası" şeklinde atıf yapılmıştır).
- Yenisey, Feridun: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, Trafik ve Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006 (Metin içerisinde "Trafik ve Ceza Hukuku" şeklinde atıf yapılmıştır).
- Yerdelen, Erdal: **Hastanın Kusurunun Hekimin Sorumluluğuna Etkisi (Mağdurun Kusuru-Müterafik Kusur)**, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, Legal Yayıncılık, 2016, s.93-108.
- Yeşiller, Fatma Begüm: "Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara, 2019.
- Yıldırım, Abdülkerim: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014 (Metin içerisinde "Borçlar Hukuku" şeklinde atıf yapılmıştır).
- Yıldırım, Turan: "Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:25, S:2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s.1520-1538.

- Yıldız, Nihal: **Malpraktis Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat,II.** Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.113-124.
- Yılmaz, Battal: **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Yılmaz, Kerem /Polat, Oğuz /Kocamaz, Begüm: “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 5, S:16, Ocak 2014, s.19-51.
- Yılmaz, Kumru Kılıçoğlu: “Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C:1, S:115, 2016, s. 39-55.
- Yılmaz, Safiye: “İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Konya, 2011.
- Yılmaz, Ş. Berfin Işık: “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:98, 2012, s.389-410
- Yördem, Yılmaz: "Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu", **TAAD**, S:39, 2019, s. 129-157.
- Yücel, Özge /İnan, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Yücel, Özge/ Sert, Gürkan: **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Seçkin Yayınevi, 2018.
- Yücel, Özge: **Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları**, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara, 2018,

- Yüksel, Sera
Reyhani: “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:21, S:2, 2015.
- Yürekli, Sabahattin: **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016;
- Yüzbaşıoğlu, Cihan: **İdare ve Personel Yünüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk**, XII Levha Yayıncılık, 2020.
- Zengin, Nazmi: **Oftalmolojide Malpraktis Nasıl Önlenebilir? Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları**, Türk Oftalmoloji Derneği Eğitim Yayınları No: 14, İstanbul, Galenos Yayınevi, 2012.
- Zeytin, Zafer: **"Aydınlatma"**, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır, Adalet Yayınevi, Ankara 2012 (Metin içerisinde “Aydınlatma” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Zeytin, Zafer: **"Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi"**, **Tıp Hukuku Dergisi**, C:3, S:6, 2014, s. 103-121(Metin içerisinde “Vekalet” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Zeytin, Zafer: **Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki(Tazminat) Sorumluluğu**, Roche Sağlık günleri 1/Tebliğler,1. Baskı, Deniz Ofset Matbaacılık, İstanbul 2007(Metin içerisinde “Tedavi” şeklinde atıf yapılmıştır).

Zinn, Christopher: **Patient confidentiality challenged over HIV test results**, British Medical Journal, May, 2003.

ONLINE KAYNAKLAR:

<http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/asiye-genc-turkiye> E.T. 23.05.2023,

<https://deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/asireddipaneli/asireddininsaglikhukukuboyutu.pdf> E.T:08.05.2023,,

<https://hekimsen.org/gonderiler/gonderi/detay/hekimin-hastayi-reddetme-hakki> E.T: 22.05.2023

<https://rm.coe.int/16804f2a17>, E.T. 01.05.2023

<https://sozluk.gov.tr/hekim> (ET:27.08.2023)

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Profilaksi>. E.T. 08.05.2023

Brown, O. William, **Good Samaritan statutes: A Malpractice Defense For “Doing The Right Thing”**, Vascular Legal Forum, s.1572-1573 (ET:18.10.2023).

Çelik, Ahmet Çelik: **Can Zararlarında Manevi Tazminata Ölçü Arayışı**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan Konferansı, s. 1.
http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/533_manevi-tazminatin-olcusu.pdf, (E.T: 23.10.2023)

Çelik, Ahmet Çelik: <http://www.tazminathukuku.com/deprem-zararlari-nedeniyle-tazminat-davalari.htm>, s.4,29.

Green, Douglas ST / Mackenzie, C. Ronald: **“Nuances of Informed Consent: The Paradigm of Regional Anesthesia.”**HSS Journal, E.T: 03.01.2023.

Saltık; Ahmet: **Aşı Reddinin Sağlık Hukuku Boyut**, Erişim Adresi:<https://deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/asireddipaneli/asireddininsaglikhukukuboyutu.pdf>, E.T: 08.05.2023.

ÖZGEÇMİŞ

İlköğrenimimi Uşak'ta, orta ve lise öğrenimimi Uşak Anadolu Lisesi'nde tamamladım. 1995 yılında hukuk öğrenimine başladığım Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 2001 yılında mezun oldum. 2002 yılında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalında başladığım yüksek lisans öğrenimimi çok kıymetli Hocam Prof. Dr. Serap Helvacı'nın danışmanlığında "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü" tezimi savunarak 2005 yılında tamamladım. 2008 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalında Doktora öğrenimime başladım. 2002 yılından itibaren kendi ofisimde serbest avukatlık, 2018 yılından itibaren de arabuluculuk yapmaktayım.